

Iuris Dictio.

Nº. 32
JULIO-DICIEMBRE 2023
E-ISSN 2528-7834

*Dossier:
Derechos de las personas en movilidad
humana: tensiones y desafíos en el
desarrollo normativo y jurisprudencial*

Iuris Dictio

Director editorial

Diego Falconí Trávez

Coordinador editorial

Efraín Caravantes

Comité científico

Catalina Botero (Universidad de los Andes, Colombia), Paolo Carozza (Notre Dame University, Estados Unidos), Larry Catá Backer (Penn State Law, Estados Unidos), Fabián Corral Burbano de Lara (Academia Ecuatoriana de la Lengua, Ecuador), Andrés Jakab (Universidad de Salzburgo, Austria), Esther Torrelles (Universidad de Salamanca, España), Peter Van den Bossche (Maastricht University, Holanda), Virginia Zambrano (Universidad de Salerno, Italia).

Comité editorial

Marena Briones, Eddy de la Guerra, Johanna Fröhlich, Andrés Felipe López Latorre, Andrés Martínez, Álvaro Paúl, José Gustavo Prieto, Daniela Salazar.

Asistentes editoriales

Doménica Acebo, Ximena Stefanía Cañar Molina, Gabriel Cela Quezada, Valeria Nicole Cerda Gálvez, María Paulina Conde, María Paz León, Eduarda Navarrete, Steven Vásconez Jácome, María Paula Yáñez Ramírez, David Yumiceba.

Revisores pares

María Gracia Alava, Vladimir Andocilla, Diana Asmat Narro, Gina Benavides, Harold Bertot Triana, Daniel Caballero, Juan Francisco Carrasco, Priscila Castro, Ahmed Correa, Johana Egas, Luis Enrique Gonzalez, Efrén Guerrero, Alina Herrera, Francisco Hurtado, Verónica Jaramillo, Karina Marín, Joseph Mejía, Daniel Nagao, Mónica Oehler, Gabriela Ortega, Gabriela Oviedo, Alejandro Páez, Gracy Pelacani, Ana Paula Penchezadeh, Valentina Rioseco, Felipe Rivadeneira, Juan Rivadeneira, Daniel Rueda, Farith Simon, Carmen Simone, Daniela Ubidia, Ingrid Uguelles, Alex Valle, Paula Verdugo, Mariana Villagómez, Pablo Villegas Landazuri.

Corrección profesional

Adriana Elizabeth Salgado Coronel

Diseñadora

Mayra Overney-Falconí

Maquetadora

Krushenka Bayas

Webmaster

Jaime Páez

Licencia legal: Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional.

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>



LC: KHK 10 .197 CDD: 340.05

Iuris Dictio [Publicación Periódica] / Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito.

Año 1, No 1 (ene 2000), Quito: Universidad San Francisco de Quito, 2000-v. Semestral –junio-diciembre

ISSN: 1390-6402 e-ISSN: 2528-7834 1. Jurisprudencia – Ecuador – Publicaciones seriadas. 2. Interpretación del Derecho.

Publicaciones seriadas I. Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia

E-mail: revistaiurisdictio@usfq.edu.ec

Página web: <http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio>

POLÍTICA DE PUBLICACIÓN

1. Enfoque y alcance

Iuris Dictio es una publicación arbitrada que se orienta al estudio del Derecho. Su objetivo es difundir investigaciones originales y recientes que contribuyan al análisis y discusión del complejo fenómeno jurídico.

Con el objetivo de que el debate se difunda de modo extenso, periódico y en el marco de una academia internacional socialmente responsable, *Iuris Dictio* se publica de manera semestral y todos sus artículos son de libre acceso y circulación.

La revista fue fundada en 1998 y está adscrita al Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito USFQ. Se basa en la filosofía de Artes Liberales y, en tal virtud, acoge a especialistas de diversas instituciones y experiencias académicas como parte de su equipo editorial.

En su afán de entender al mundo contemporáneo, la revista intenta que cada uno de sus números conjugue el análisis generalista del Derecho con la especialización requerida por determinados temas jurídicos, a través de la publicación de artículos y reseñas innovadores y de calidad por parte de personas interesadas en el quehacer académico.

Iuris Dictio se orienta a un público especialista en el Derecho. No obstante, la sección de Entrevistas busca tener un alcance más divulgativo que apunta a que personas que no necesariamente conocen a profundidad el derecho puedan acercarse al quehacer jurídico.

2. Política de secciones

Iuris Dictio posee cinco secciones: dossier, miscelánea, traducciones, reseñas y entrevistas.

Dossier

Esta sección tiene como objetivo reunir un conjunto de artículos, cuyas contribuciones supongan una aportación original, en torno a un tema especializado para el Derecho. Los artículos para el dossier son enviados a la revista en respuesta a una convocatoria que ha sido previamente anunciada y que rige entre los 8 y 12 meses, periodo en el cual las personas interesadas envían sus trabajos para su evaluación. Los artículos a enviarse pueden ser de cuatro tipos: a) análisis teóricos o doctrinales; b) análisis de normativas nacionales o internacionales; c) comentarios jurisprudenciales; d) análisis comparatistas.

La sección dossier es coordinada por un/a especialista en el área. Todos los artículos deben ajustarse a los criterios del Manual de estilo de la revista y responder a las Normas de Publicación. Asimismo, todos los artículos enviados deben ser inéditos y no pueden estar en procesos de evaluación en ninguna otra publicación. La extensión de cada artículo debe tener entre 20.000 y 40.000 caracteres (sin espacios).

Miscelánea

Esta sección está compuesta por artículos doctrinales, reseñas legislativas, comentarios jurisprudenciales de temática libre y análisis comparatistas del derecho, siempre que se correspondan con el ámbito de la revista. Serán descartados del proceso de evaluación todos aquellos artículos que no cumplan con las Normas de Publicación y el Manual de estilo de la revista. Los artículos enviados a esta sección deben ser originales y no pueden estar en procesos de evaluación en ninguna otra publicación. La extensión de cada artículo debe tener entre 20.000 y 40.000 mil caracteres (sin espacios).

Traducciones

Esta sección busca que artículos publicados en otras lenguas diferentes al castellano puedan difundirse en este idioma. Para que el artículo sea republicado debe ser relevante para el estudio del derecho e incorporar el Manual de estilo de la revista, incluso si el artículo original fue escrito con otro sistema de citación. Será la dirección editorial (sin evaluación de pares ciegos) quien decida sobre la publicación de todos los artículos traducidos. La persona traductora deberá tener el permiso del autor/a así como de la institución donde el artículo fue publicado por primera vez. Su extensión no debe superar los 25.000 caracteres.

Reseñas

Esta sección está destinada a la revisión de las novedades editoriales en el ámbito del derecho. Los libros reseñados deben tener una fecha de publicación de no más de 2 años, respecto del año de publicación del número de la revista. La extensión de las reseñas no debe superar los 18.000 caracteres y deben ser originales e inéditas.

Entrevistas

Esta sección busca recoger entrevistas inéditas realizadas a juristas o bien a especialistas de otras áreas, que a pesar de no ser del área del derecho, realicen un aporte al complejo fenómeno jurídico en la contemporaneidad. Su extensión no debe superar los 25.000 caracteres.

3. Proceso de evaluación por pares

Los artículos recibidos tanto para Dossier como para Miscelánea, sin excepción, serán sometidos a un primer proceso de evaluación por parte de las personas que componen el Comité Editorial, cuya función es avalar que los artículos cumplan con los parámetros mínimos de calidad exigidos por *Iuris Dictio*; o bien rechazarlos. Los/as autores/as serán notificados/as de la aceptación preliminar o denegación de sus artículos en los seis meses luego del cierre de la convocatoria, contando desde el día de recepción del texto.

Posteriormente, cada artículo que pase este filtro inicial será examinado a ciegas por dos evaluadores/as externos/as especialistas en la materia, quienes podrán decidir publicar el artículo, publicarlo con correcciones o no publicarlo. En caso de no haber acuerdo entre ambos/as, se enviará el artículo a un/a tercer/a evaluador/a

que tendrá voto dirimente. Una vez tomada la decisión, se enviará de vuelta el artículo a su autor/a para que realice las correcciones pertinentes de acuerdo a estrictos tiempos que garantizan la publicación semestral de la revista.

Las Reseñas, las Entrevistas y las Traducciones no estarán sujetas a la evaluación por pares. Para la evaluación cada árbitro par deberá rellenar la siguiente ficha después de haber leído el artículo a evaluarse: Formulario de evaluación.

4. Frecuencia de publicación

La publicación de la revista es semestral, con un primer número entre enero-junio y un segundo entre julio-diciembre. A partir de 2023, en los meses de enero y julio se publica el primer artículo de cada número. Para cumplir con estas fechas, un estricto calendario rige los tiempos operacionales de la revista y por ello se notificará con tiempo a los/as autores/as tanto la recepción como la evaluación y posible revisión de los artículos.

4.1. Modalidad de publicación

Iuris Dictio publica bajo la modalidad de flujo continuo desde 2023. La recepción de manuscritos es permanente para las secciones Miscelánea, Traducciones, Reseñas y Entrevistas, mientras que para Dossier se realizarán dos convocatorias anuales (para más información, consultar la convocatoria actual).

5. Política de acceso abierto

Todo el contenido de la revista está publicado bajo la política de acceso libre de la Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional, que fomenta el debate académico y la difusión equitativa de ideas y posicionamientos críticos. Al ser una publicación *online* que se difundirá bajo la plataforma OJS (Open Journal Systems) que ahora se está implementando en la revista, intenta garantizar la transparencia de sus procesos y la gratuidad de sus aportaciones. No obstante, el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito USFQ así como USFQ Press tienen la potestad de impresión de ciertos ejemplares para el uso en bibliotecas y otros espacios distintos al ciberespacio.

6. Verificación de originalidad y autenticidad

El Equipo Editorial de *Iuris Dictio* verifica la originalidad de los artículos recibidos con Turnitin, programa antiplagio que evalúa el artículo, haciendo una comparación de porcentajes de similitud con otros artículos publicados en internet.

Los artículos deberán presentar las ideas propias del autor/a. En caso de detectar plagio, el artículo no será publicado y se procederá a informar al autor/a del documento original.

7. Publicación y edición de la revista

USFQ Press es el órgano que publica la revista y el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito USFQ es el órgano desde donde nace y se asienta esta publicación. Los costes de publicación de la revista son asumidos por internamente

por USFQ Press y el Colegio de Jurisprudencia de la USFQ. Las personas autoras no tienen que pagar ninguna tasa para la edición y la publicación del artículo (article-processing charges, APC). *Iuris Dictio* no subvenciona artículos (waivers).

8. Tiempo de publicación

Iuris Dictio publica los artículos, las reseñas, las entrevistas y las traducciones que han sido colgadas en nuestra plataforma web siguiendo las directrices establecidas en un promedio de seis meses. Este plazo (que incluye la revisión por parte de pares ciegos, el dictamen de publicación, la reformulación por parte del autor del escrito, la edición, la maquetación y la revisión final del texto maquetado por parte del autor) requiere el compromiso de envío puntual y preciso de los textos por parte de las personas autoras. En casos extraordinarios que no se atuviesen a los tiempos de la revista la publicación del texto final podría tardar un año.

9. Declaración ética sobre publicación y malas prácticas

La Universidad San Francisco de Quito (USFQ) se compromete a promover una conducta ética en la publicación de sus revistas científicas y toma como referencia los principios publicados por el *Commitee on Publication Ethics* (COPE) en el *Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors* (<http://publicationethics.org>), además del propio Código de Honor y Convivencia (<https://www.usfq.edu.ec/es/codigo-de-honor-y-convivencia>).

10. Sponsors

Colegio de Jurisprudencia.

11. Normas para autores/as

Los artículos deben ser originales y no haber sido publicados con anterioridad. Los/as autores/as deberán identificarse e indicar su afiliación y de no tenerla deberán poner “Investigador/a independiente”.

Los artículos, reseñas y entrevistas podrán estar escritos en castellano o inglés, las dos lenguas oficiales de la revista.

Las traducciones deberán estar escritas en castellano.

12. Derechos de autoría

Los autores que publican en esta revista están de acuerdo con los siguientes términos:

1. Los/as autores/as conservan los derechos de autoría y otorgan a la revista el derecho de primera publicación de la obra.

2. Los textos publicados en la revista *Iuris Dictio* están sujetos a una licencia de reconocimiento 4.0 Internacional de Creative Commons BY-NC-SA que permite compartir la obra con terceros, distribuirla, comunicarla públicamente y hacer obras derivadas y usos comerciales siempre que estos reconozcan su autoría, su publicación inicial en esta revista, la institución editora y las condiciones de la licencia. Ésta se puede consultar completa en: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>.

3. Se permite a los/as autores/as establecer por separado acuerdos adicionales para la distribución no exclusiva de la obra publicada en la revista -por ejemplo en repositorios institucionales, sitios web o libros- siempre señalando expreso su publicación inicial en *Iuris Dictio*.

4. Se alienta a los/as autores/as a publicar en línea el manuscrito previo a la publicación, antes y durante el proceso de envío, ya que puede conducir a intercambios productivos, así como a una citación anterior y mayor de los trabajos publicados (véase al respecto: <http://opcit.eprints.org/oacitation-biblio.html>).

13. Envíos en línea

Toda la comunicación de la revista, incluidos los envíos, se realizan en el ciberespacio a través de la plataforma OJS que cuenta con las funciones de identificación y registro de usuarios/as. La información se encuentra en el siguiente enlace:

<http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/index>

El envío del artículo para consideración de la revista supone la autorización de publicación y la aceptación de las reglas de esta.

LISTADO DE CONTENIDOS

DOSSIER

Presentación del dossier: Derechos de las personas en movilidad humana, tensiones y desafíos en el desarrollo normativo y jurisprudencial
Dossier's Presentation: Rights of people in human mobility, tensions, and challenges in regulatory and jurisprudential development
JAVIER ARCENALES ILLESCAS

El derecho a migrar en la práctica: la constante paradoja ecuatoriana
The Right to Migrate in Practice: The Constant Ecuadorian Paradox
NINA GUERRERO CACUANGO

La institucionalización como riesgo para los derechos de la niñez migrante no acompañada en el Ecuador
Institutionalization as a Risk to the Rights of Unaccompanied Migrant Children in Ecuador
PAULA CANTOS CÁRDENAS

Derecho fundamental de asilo: avances y vacíos de protección en la jurisdicción constitucional de Colombia
The Fundamental Right to Asylum: Developments and Gaps of Protection in the Constitutional Jurisdiction of Colombia
LAURA VANESSA VANEGAS HERRERA

La migración irregular y las vidas no deseadas en el conflicto armado colombiano
Irregular Migration and Unwanted Lives in the Colombian Armed Conflict
JESSICA MENDOZA NIÑO

Normativa migratoria en Chile: algunos comentarios en perspectiva de derechos respecto a los DESCA
Migration Regulation in Chile: A Few Comments in a Human Rights Approach Regarding ESCE
MARÍA IGNACIA SANDOVAL GALLARDO

Derechos políticos y electorales de las personas migrantes internacionales en la Argentina (2023)
Political and Electoral Rights of International Migrants in Argentina (2023)
GABRIELA MARIEL LLASER

La inconventionalidad de los plazos en el acceso a los sistemas de asilo en México
The Unconventionality of Deadlines for Asylum Applications in Mexico
LUIS XAVIER CARRANCÁ ÁLVAREZ

Repensando la legitimidad delictual del tráfico ilícito de migrantes en un estado constitucional de derechos

Rethinking the Criminal Legitimacy of Smuggling of Migrants
in the Constitutional State of Rights

PABLO ANDRÉS LEÓN GONZÁLEZ

Régimen tributario especial para personas en situación de movilidad humana
Special Tax Regime for People in a Situation of Human Mobility

PAMELA STEFANNY SILVA CALVOPIÑA

El acceso al derecho a migrar de la comunidad cubana en Ecuador.

Especial referencia al derecho de permanencia

Access to the right of free movement of the Cuban community in Ecuador.

Special reference to the right to remain

ELENA FERNÁNDEZ TORRES

MISCELÁNEA

Efectos del pago realizado luego de declararse la prescripción en materia tributaria:

¿Pago indebido u obligación natural?

Effects of Payments Made After the Tax Limitation Period: Undue Payment
or Natural Obligation?

NICOLÁS C. MALDONADO GARCÉS

Una cosa por otra: ¿ante qué remedios contractuales es eficaz la excepción de contrato no cumplido?

Quid pro quo: Against Which Contractual Remedies is the Exception of Non-
Performance Effective?

FELIPE CASTRO ZURITA

El joven Nietzsche y la verdad en la enseñanza del Derecho: una aproximación

The Young Nietzsche and the Truth in the Teaching of Law: An Approach

CAMILO ARANCIBIA HURTADO

Los límites de un acuerdo de paz (a propósito de los Acuerdos de La Habana)

The Limits of a Peace Agreement (The Havana Agreements)

EDUARDO BERTONI

Desafiando barreras y reivindicando derechos: el acceso a la justicia
para personas con discapacidad en Guatemala

Challenging Barriers and Claiming Rights: Access to Justice for
People with Disabilities in Guatemala

SANTOS ROMEO BARRIENTOS ALDANA

ENTREVISTAS

Entrevista a Álvaro Botero Navarro

Migración en Latinoamérica tras la pandemia: desafíos y oportunidades

Interview with Álvaro Botero Navarro

Migration in Latin America After the Pandemic: Challenges and Opportunities

MARÍA PAZ LEÓN MORENO

Interview with Gary B. Born

Perspectives and Experiences in International Arbitration

Entrevista a Gary B. Born

Perspectivas y experiencias en arbitraje internacional

STEVEN VÁSCONEZ JÁCOME

RESEÑAS

Cuestiones de Derecho Aeronáutico y Políticas de Transporte Aéreo

SEBASTIÁN REINA BÁEZ

Iuris Dictio.

Nº. 32
JULIO-DICIEMBRE 2023
E-ISSN 2528-7834

*Dossier:
Derechos de las personas en movilidad
humana: tensiones y desafíos en el
desarrollo normativo y jurisprudencial*

PRESENTACIÓN DEL DOSSIER:
DERECHOS DE LAS PERSONAS EN MOVILIDAD HUMANA, TENSIONES
Y DESAFÍOS EN EL DESARROLLO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL
Dossier's Presentation:
Rights of people in human mobility, tensions, and challenges
in regulatory and jurisprudential development

JAVIER ARCENTALES ILLESCAS¹
Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador

Yo tengo quince años, él tiene catorce. Nosotros podemos avanzar. Pero atrás vienen las madres con los hijos caminando. Apóyenlos a ellos. Día y noche caminando para no congelarnos en la vía. (...) Si usted pregunta a los que vienen ¿cuántos años tienes tú? Ninguno le va a decir treinta. Puro chamitos venimos todos en el viaje (...)²

Que las palabras iniciales de este dossier sobre movilidad humana provengan del testimonio de un adolescente venezolano migrante en la frontera entre Colombia y Ecuador, tiene como propósito partir desde aquello que debe ser lo realmente importante para el Derecho al abordar la movilidad humana, que es la protección de quienes se encuentran en condiciones de mayor desventaja a causa de situaciones que pueden provocar sufrimiento y dolor. Su voz es un grito que, recogido en una sentencia, obliga a la movilidad humana como una constante en las sociedades y no como un hecho esporádico, con un inicio y final marcado. Recuerda también que “el viaje” lo integra población diversa y en diferentes condiciones a las cuales, el Derecho sin enredarse en sus abstracciones, debería brindar respuestas humanas y dignas. No obstante, el abordaje jurídico de la movilidad humana aún está lejos de escuchar y comprender esas alertas, aún se aferra a formalismos inútiles y ritualidades estériles. Como consecuencia, son múltiples los desafíos que desde lo jurídico se debe reflexionar y superar, y de eso va el contenido de este dossier del número 32 de la Revista *Iuris Dictio*.

La movilidad humana ha sido constante en la región y forma parte sustancial de la historia de los países latinoamericanos. Factores económicos, políticos, culturales, bélicos, y más recientemente ambientales, constituyen elementos de expulsión y atracción que provocan la movilidad. Estos factores son dinámicos y determinan modificaciones en las trayectorias, destinos o la intensidad de los flujos migratorios. Así, el escenario posterior a la pandemia por Covid-19 evidencia el crecimiento acelerado de la movilidad humana en

¹ Javier Arcentales Illescas, abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, Especialista Superior en Derechos Humanos por la Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar, Quito. Profesor invitado del Programa Andino de Derechos Humanos. Consultor - investigador en derechos humanos, movilidad humana y sistemas de protección de derechos. Asesor en la Corte Constitucional del Ecuador. Correo electrónico: jarcentalesi@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6250-1842>.

² Testimonio de un adolescente migrante venezolano recogido por Josep Vecino del colectivo Corredores Migratorios e incorporado en la sentencia 2120-19-JP/21, emitida el 22 de septiembre de 2021 por la Corte Constitucional del Ecuador.



la región como resultado del deterioro de las condiciones de vida, la profundización de la desigualdad y las limitaciones en el ejercicio de los derechos, principalmente económicos, sociales y culturales³.

En la frontera entre Colombia y Venezuela, las imágenes de miles de personas cruzando la selva del Darién en las condiciones más adversas inundan los medios de comunicación y las redes sociales. Abundan los testimonios de hombres, mujeres, niños, niñas, adultos mayores, incluso personas con discapacidad de diferentes nacionalidades con rostros curtidos por el barro, el agotamiento sobre las experiencias lacerantes y terroríficas del trayecto: extorsiones, violaciones, muertes son elementos recurrentes de estos relatos⁴. A ello se suman las historias sobrecogedoras de migrantes que hacen lo imposible por franquear el muro en la frontera de México con los Estados Unidos.

A la par, en algunos países sudamericanos, principalmente Colombia, Ecuador, Perú y Chile es evidente el incremento de personas venezolanas migrantes. El trabajo como repartidores, el comercio ambulante o la mendicidad en las calles refleja que este proceso migratorio está lejos de terminar⁵. A la par se encuentra el desplazamiento por los rezagos del conflicto armado colombiano y la creciente movilidad forzada causada por la violencia que genera la propagación del crimen transnacional en la región y que se acentúa en las localidades más empobrecidas (CODHES, 2023).

La movilidad humana y sus escenarios complejos y dinámicos son un desafío para el derecho. Los flujos migratorios descritos tienen un alcance regional e involucran a los diferentes Estados que los atraviesan, esto pone en juego la noción de territorialidad del derecho y de las políticas migratorias. En este escenario complejo cada país ha respondido con sus propias regulaciones migratorias. Esto no es irrazonable desde los fundamentos tradicionales del Derecho pues bajo el principio de soberanía, cada Estado está facultado para decidir sobre el ingreso, permanencia y salida de su territorio.

No obstante, la determinación unilateral de las normas y políticas migratorias trae como resultado una respuesta segmentada y con niveles incipientes de coordinación entre Estados. Son las personas migrantes y con mayor énfasis quienes se encuentran en tránsito, sin documentos y sin recursos económicos las principales afectadas por esta manera de adoptar las políticas migratorias. Los cambios repentinos en las normativas se traducen usualmente en imposiciones de nuevos requisitos para acceder a documentación o regularización o el incremento en los costos para acceder a ellos que usualmente son imposibles de afrontar por las condiciones en las que se migra en la región. Esto puede modificar el trayecto migratorio: acelerar el viaje, extender la permanencia en un país y con menos probabilidad, considerar el retorno.

A su vez, los países vecinos deben adoptar nuevas medidas migratorias para “mitigar” los efectos de las decisiones unilaterales y poco coordinadas de otro Estado y, por lo general, las medidas sobrevinientes suelen redundar en el fortalecimiento del resguardo

³ Las cifras sobre la población que cruza el Tapón del Darién rumbo hacia los Estados Unidos evidencian el incremento de la movilidad humana en la región y además la diversificación de las nacionalidades. Según la Defensoría del Pueblo de Colombia, entre enero y junio de 2023 habrían cruzado este paso, aproximadamente 196.371 personas migrantes venezolanas, haitianos, ecuatorianos, chinos e indios e incluso provenientes de países africanos. Estas cifras llaman la atención en relación a la cifra del primer semestre de 2022, en la que se registró aproximadamente 49.452 personas, lo que representaría un aumento del 297%.

⁴ Se sugiere ver el reportaje documental “Migrantes ponen en riesgo su vida en el Tapón del Darién”, de Human Rights Watch.

⁵ Algunas investigaciones han profundizado sobre esta temática, por ejemplo, en Colombia, la investigación realizada por la organización no gubernamental Dejusticia, “Ser migrante y trabajar en Colombia.” a cargo de Lucía Ramírez Bolívar, Lina Arroyave Velásquez y Jessica Corredor Villamil, publicada el 8 de septiembre de 2022. En Ecuador, la investigación de la Fundación Rosa Luxemburg, “Y aquí estamos, migraciones populares, trabajo y economías” a cargo de Ailyn Torres Santana, Alexandra Martínez, Ferdinand Muggenthaler, publicada en abril de 2023.

fronterizo a través de la fuerza pública e incluso la militarización, el incremento de expulsiones lo que configura escenarios caóticos de concentraciones humanas bajo condiciones de riesgo insostenibles (Pacuar, 2023)⁶. Sin embargo, la movilidad humana persiste, genera nuevas estrategias, modifica las rutas y ratifica que las fronteras son ficciones jurídico-políticas. Entonces, las normativas migratorias dispersas y descoordinadas, sustentadas en la soberanía estatal constreñida a elementos estáticos como las fronteras y la jurisdicción territorial resultan insuficientes para el propósito imposible de frenar la movilidad humana o reconducirla a los canales de la regularidad que los Estados determinan.

Por otra parte, los marcos normativos que regulan la movilidad humana son el terreno en disputa entre el enfoque de derechos humanos y las demandas de mayor control, restricciones y selectividad de las personas inmigrantes. Que la nacionalidad determina una mayor propensión a cometer un delito es un prejuicio fomentado frecuentemente por autoridades y suele ser más recurrente en tiempos electorales. Bajo esta concepción, la oferta de reformas a las leyes migratorias como medio para reducir la delincuencia obedecen a esta concepción bajo la cual, toda persona extranjera es una amenaza frente a los nacionales, estos últimos asumidos como una permanente población en riesgo, que no incurre en actos delictivos o peor aún, que “tendría más derecho” a cometerlos por encontrarse en el propio país.

Frente a ello, se han desarrollado principios y derechos específicos sobre movilidad humana que desmontan estos y otros prejuicios y que orientan a los Estados a adecuar sus normativas internas al enfoque de derechos humanos. A pesar de estos principios y derechos que principalmente han surgido desde los órganos del Sistema Interamericano y de Naciones Unidas, persiste la resistencia a incorporarlos y operativizarlos en las legislaciones migratorias. Por lo general, la incapacidad de los gobiernos de diseñar respuestas a problemas económicos y sociales estructurales hace que las reformas de estas leyes respondan a la coyuntura de cada país, antes que al diseño de una política sobre movilidad humana de largo aliento, fundamentada en el enfoque de derechos humanos y acorde a la realidad del hecho migratorio interno y regional.

Las reformas de las normativas migratorias que tienen su fundamento en el securitismo y la selectividad suelen también incorporar restricciones al derecho a solicitar refugio. A pesar de que los países de la región se encuentran adscritos a la Convención de Ginebra de 1951 y rigen instrumentos como la Declaración de Cartagena de 1984 y la Declaración de Río 2000, estos últimos tendientes a adecuar la protección internacional a la realidad latinoamericana, se establecen barreras irrazonables que impiden el reconocimiento de las personas refugiadas y la garantía de este derecho.

Aún permea en la normativa la noción de que el reconocimiento e inclusive que la revocatoria de la condición de refugiado es una potestad soberana de los Estados, usualmente en manos del funcionario de turno. Esta forma de concebirlo desconfigura su naturaleza como derecho, confundiéndola frecuentemente con las formas de asilo previas a la Convención de Ginebra de 1951 y que fueron desarrolladas en Latinoamérica.

La complejidad de los factores que provocan la movilidad humana en la región constituye un desafío para los marcos normativos tendientes a clasificar tajantemente entre movilidad forzada y voluntaria, y establecer un *check list* para identificar quién debe ser reconocido bajo la condición de refugiado y quienes deben acogerse a formas ordinarias de regularización de la permanencia. En el contexto de una movilidad humana intensa y vertiginosa que

⁶ Ejemplo de esto es la reforma adoptada por Perú para deportar personas venezolanas en 48 horas, frente a lo cual, el Ecuador fortaleció el control migratorio, aunque consideró que podría abrirse un corredor humanitario.

enfrenta barreras jurídicas y económicas mayúsculas para acceder a una visa para los países de tránsito o destino, solicitar la condición de refugiado puede ser un medio para contar con un tiempo de permanencia regular.

Así, los flujos migratorios actuales ponen en entredicho la pertinencia de esta clasificación y en evidencia los vacíos de los marcos normativos para dar respuestas dignas que mitiguen los riesgos de los trayectos migratorios. Por el contrario, la tendencia a blindar el acceso a la solicitar la condición de refugiado y la regularidad migratoria se traduce en la desprotección de la población, sea o no refugiada, el aumento y diversificación de las redes de tráfico de migrantes y, a su vez, en la imposibilidad de los Estados de conocer cifras reales de la movilidad humana.

Luego surge otro desafío enorme desde la perspectiva jurídica, especialmente para el marco normativo que comporta la política migratoria, y se refiere a la configuración de posibilidades reales de integración en los países de acogida. Este desafío, por una parte, comprende la aplicación del principio de igualdad y no discriminación con énfasis en la condición migratoria y el lugar de origen como categorías protegidas frente a tratos diferenciados injustificables. Lo dicho se complejiza, pues la incorporación del principio de igualdad y no discriminación en el ámbito de la movilidad humana exige, la protección de otras condiciones interseccionales; es decir, que los factores discriminatorios se acentúan al converger con otras condiciones como género, etnia, edad, condición socioeconómica, orientación sexual, discapacidades, entre otras. Así, los marcos normativos migratorios, no solamente abarcan las denominadas leyes migratorias como tal, sino en general las normas que regulan el ejercicio de los derechos y a los mecanismos para su tutela.

En ese sentido, el ejercicio de derechos económicos sociales y culturales son elementos sustanciales para la integración de las personas en movilidad humana en la sociedad receptora. Ejercer los derechos al trabajo, a la vivienda, a la educación, a la salud, a la seguridad social principalmente, propicia las condiciones para sostener el proyecto migratorio individual o familiar desde la propia agencia de las personas en movilidad humana como sujetos de derechos. De tal manera, que su subsistencia no dependa de los beneficios provenientes de las organizaciones no gubernamentales y organismos internacionales, por lo general, a cargo de la asistencia humanitaria. No obstante, las barreras jurídicas directas o indirectas para el ejercicio de estos derechos provocan la exclusión social de las personas en movilidad humana, agudizada para quienes no se encuentran bajo una condición migratoria regular.

En una región caracterizada por países emisores de migración, otro desafío para los marcos normativos es la protección de los nacionales en el exterior. Pocos son los Estados que cuentan normas que contemplen alguna forma de extraterritorialidad de la protección de los derechos de los migrantes en el extranjero, más allá de las usuales atribuciones del servicio exterior. En este campo, el principio de soberanía estatal también opera estableciendo limitaciones a la actuación de las autoridades de un país respecto de otro. Si bien sobre esta noción de soberanía se ha construido el orden jurídico político que regula la relación entre Estados, en la práctica constituyen un freno y un factor limitante en la posibilidad de diseñar respuestas jurídicas efectivas para las multitudes en movimiento una vez que han salido del territorio nacional.

Sin embargo, los derechos políticos, en particular el derecho a elegir autoridades del país de origen, así como el de ser elegido son derechos que se han reconocido y desarrollado en las normativas electorales de los Estados. Esta es una forma de promover vínculos con el país de origen mediante la decisión de las autoridades de gobierno, y en algunos países, la

posibilidad de ser candidatos para dignidades locales o de representación legislativa, lo cual presupone también la promoción de procesos de organización social y política previa relacionados con la realidad y las necesidades de los países de origen.

El tráfico de migrantes en el contexto latinoamericano es otro aspecto de la movilidad humana que constituye un desafío para el ámbito jurídico. El fortalecimiento de las medidas de restricción y del control en las políticas migratorias configura un escenario favorable para el incremento de las redes de traficantes que, por medios ilegales, “facilitan” el tránsito hacia el país de destino a quienes no pueden cumplir con los requisitos para la obtención de visados. El incremento de los flujos migratorios y la diversificación de las actividades del crimen organizado internacional convergen como dos factores que han tornado al tráfico de migrantes en una actividad con ganancias millonarias para los carteles (Human Rights Watch, 2023)⁷. En tanto que para las personas migrantes significa, además de los montos elevados que deben pagar, el riesgo para sus visas e integridad física, mental e incluso sexual, en especial para mujeres y niñas.

El tráfico de migrantes se ha abordado, por lo general, únicamente desde el ámbito penal. La tipificación, el bien jurídico lesionado, la investigación y la sanción de una conducta delictiva usualmente es el centro del análisis en el ámbito jurídico, dejando de lado aspectos claves para el derecho como la prevención o la atención a las víctimas y a las personas afectadas. La reducción del tráfico de migrantes a este abordaje pierde de vista un aspecto esencial, como es la relación entre políticas migratorias y el incremento de esta actividad. La punibilidad justificada en que existe consentimiento por parte de quienes acuden a los traficantes y que este acto constituye una lesión a la soberanía estatal traducida en evadir los requisitos legales y controles para ingresar al territorio, no parece ser suficiente cuando quienes acuden a los traficantes pueden terminar sin vida, siendo víctima de ultrajes a su integridad y pagando valores desproporcionados por ello. Estos elementos demandan un abordaje integral, considerando la complejidad de este hecho y que debería expresarse en un marco normativo diferente no reducido al campo penal.

Lo propio ocurre con la trata de personas que forma también parte de los delitos que ocurren en contextos de movilidad humana. También reducido al ámbito penal, no obstante en este delito se considera como víctima a quien se encuentra en situación de explotación independientemente del consentimiento, sin embargo los factores que lo provocan no se pueden simplificar ya que están estrechamente vinculados a aquellos que provocan la movilidad humana, principalmente la imposibilidad de ejercer derechos necesarios para una vida digna, las condiciones socioeconómicas y la oferta de medios para superar el empobrecimiento operan como detonantes.

En ambos casos, la existencia de flujos migratorios transnacionales de grandes dimensiones que se movilizan a través de rutas irregularizadas interpela fuertemente la suficiencia de marcos normativos estatales segmentados y con énfasis en lo penal como mecanismo para prevenir el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas y, a la vez, atender a las víctimas. Sin duda, este es un desafío gigante para el campo jurídico.

En este contexto desafiante y cambiante de la movilidad humana abundan casos en los que la norma no resuelve un conflicto o las soluciones que prevé riñe con los derechos reconocidos en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Entonces, es clave el rol que deben cumplir los órganos judiciales pues a través de sus fallos

⁷ Human Rights Watch difundió que el Ministerio de Defensa de Colombia estimó que el Clan del Golfo obtiene en promedio 125 dólares por cada persona que cruza el Darién, con lo cual, habría obtenido 57 millones de dólares entre enero y octubre de 2023 debido su control sobre la ruta migratoria.

pueden tutelar el ejercicio de los derechos de las personas en movilidad humana, o por el contrario, permitir que situaciones injustas se mantengan o, peor aún, avalar tratos discriminatorios respecto del lugar de origen o la condición migratoria, o peor aún tolerar tratos xenófobos, lo cual, agudiza las tensiones sociales. Es probable que un fallo que establece límites al Estado y evita actos arbitrarios en contra de personas de otras nacionalidades no gozará de popularidad, pero al asegurar la supremacía de la Constitución y de los instrumentos internacionales contendrá razones jurídicas de peso que a la larga redunden en la legitimidad de la decisión y de la jueza, juez, Corte o Tribunal que la dictó.

El papel que desempeñan los órganos jurisdiccionales es de gran importancia pues pueden lograr cambios estructurales respecto de las vulneraciones que enfrenta la población en movilidad humana y obligar a los órganos legislativos u otros con potestad normativa a adecuar la legislación y normas para superar situaciones apremiantes.

El caso ecuatoriano merece una referencia específica en tanto su Constitución incorpora un contenido significativo sobre movilidad humana en el que prima el enfoque de derechos. El reconocimiento del derecho a migrar, la prohibición de criminalización de la migración⁸, la igualdad de derechos entre personas nacionales y extranjeras, la extraterritorialización de la protección de las y los ecuatorianos en el exterior, la prohibición expresa de trato discriminatorio por condición migratoria, lugar de origen o pasado judicial y el reconocimiento de principios como el progresivo fin de la condición de extranjero, la libre movilidad y la ciudadanía universal constituyen un marco constitucional de protección que responde a la trayectoria que el Ecuador ha experimentado en relación con la movilidad humana. Es el reflejo de un país emisor y receptor de población migrante y refugiada en la búsqueda de establecer un trato coherente entre quienes han partido y quienes llegan desde otras latitudes.

El reconocimiento del derecho a migrar, como corazón del contenido constitucional, implica, por una parte, la identificación de las personas en movilidad humana como sujetos de derechos, apartándose de la noción del objeto de control que determina el enfoque de seguridad. Y, por otra parte, establecer obligaciones del Estado, como principal garante de los derechos, para hacer posible el ejercicio del derecho a migrar, lo cual, en gran medida conlleva el establecimiento de limitaciones que impidan la arbitrariedad, pero también, la adopción de políticas migratorias acordes con la Constitución.

El desarrollo jurisprudencial que posteriormente ha efectuado la Corte Constitucional de esos principios y derechos ha confirmado que el derecho a migrar tiene características propias que lo distinguen y a la vez lo complementan con el derecho a la libertad de circulación⁹. La construcción del derecho a migrar se hace atendiendo a todo el proceso migratorio: el origen, el tránsito, el destino y el retorno y, a la vez, considerando los factores que provocan la movilidad y el impacto que puede tener una decisión en relación con el ingreso, permanencia o salida de una persona, familia o grupo de personas del territorio.

La caracterización de este derecho surge como una construcción jurídica que responde a la realidad ecuatoriana y latinoamericana, no centrado en el traslado individuos extraídos de las realidades que los obligan a moverse, sino considerando la movilidad como

⁸ El artículo 40 de la Constitución del Ecuador: “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”.

⁹ En la sentencia 335-13-JP/20 de 12 de agosto de 2020, la Corte afirmó en el párrafo 120 que:

El derecho a migrar no se limita a la libertad de circulación en términos del artículo 66 numeral 14 de la Constitución de la República o del artículo 22 numerales 1 y 2 de la Convención Americana, sino que parte del reconocimiento de los distintos riesgos y factores que obligan a las personas a salir de su lugar de origen o residencia habitual y, en consecuencia, tiene un alcance y protección mayor que abarca todo el proceso de migración.

parte de ese entramado que comprenden factores sociales, económicos, políticos y culturales que lo tornan más complejo. Este dossier recoge las reflexiones de investigadoras e investigadores académicos y profesionales del Derecho sobre los desafíos que presenta el abordaje jurídico de la movilidad humana en algunos de los países latinoamericanos. Así, Elena Fernández Torres desde el concepto de *ius migrandi* analiza los límites que presentan los sistemas internacionales de protección de derechos humanos y la normativa interna para el efectivo goce de derechos, centrándose en la experiencia de la población migrante cubana.

Las reformas normativas a nivel legal y constitucional y su impacto en los derechos de las personas en movilidad humana son abordadas por María Ignacia Sandoval Gallardo, quien analiza los debates y tensiones que presentan en los procesos de reforma de la Ley de Migración y Extranjería y el proceso de elaboración del nuevo texto constitucional en Chile. Y Nina Guerrero Cacuango, desde el litigio estratégico que realiza como defensora pública, propone algunos cuestionamientos a la normativa y la política migratoria ecuatoriana, identifica vacíos y orienta al desarrollo jurisprudencial para lograr cambios estructurales.

El derecho a solicitar refugio merece especial atención, principalmente en relación con las limitaciones jurídicas que dificultan su ejercicio. Así, Laura Vanessa Vanegas Herrera analiza los avances y vacíos de la protección del derecho al asilo en la normativa y en la jurisprudencia emitida por los órganos jurisdiccionales en Colombia. Desde, México, Luis Xavier Carrancá Álvarez cuestiona la validez de los plazos legales que limitan el derecho a solicitar asilo a la luz de una sentencia emitida por la Suprema Corte de Justicia mexicana y la Convención Americana de Derechos Humanos.

El análisis de los derechos de grupos específicos en situación de movilidad es abordado por Paula Cantos, quien identifica las falencias en las políticas migratorias en relación con la protección de niños, niñas y adolescentes en el Ecuador y cuestiona la práctica de la institucionalización y de la ausencia de mecanismos alternativos de cuidado. En tanto que Jessica Mendoza Niño identifica las barreras jurídicas y de otra índole que enfrentan las mujeres migrantes venezolanas para acceder en a la interrupción voluntaria del embarazo en el contexto colombiano.

En cuanto a los delitos en el contexto de movilidad humana, Pablo Andrés González analiza al delito de tráfico ilícito de migrantes en el Código Orgánico Integral Penal (COIP), e identifica la existencia de algunos problemas de legitimidad, como la falta de determinación del bien jurídico protegido y propone reestructurar la protección penal hacia los derechos de las personas.

Finalmente, el ámbito de la integración y los derechos que se ejercen durante la permanencia en el país de destino Gabriela Llaser cuestiona los límites que se imponen a las personas migrantes de otros países en Argentina para el ejercicio de los derechos políticos y electorales. Y Pamela Silva indaga en las medidas tributarias que existen en el Ecuador y cómo estas propician integración o exclusión económica de las personas en movilidad humana.

Los artículos que recoge el dossier se inscriben en los desafíos que el Derecho enfrenta al abordar la movilidad humana, cada uno desarrollado de las visiones y experiencias de las y los autores. Además, incluye una entrevista a Álvaro Botero Navarro, exmiembro de la relatoría sobre migración y refugio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y del Comité de Naciones Unidas para la Protección de los Derechos de los Trabajadores y sus Familias, quien desde su experiencia profesional evalúa el nivel de cumplimiento de los compromisos de los Estados con los derechos de las personas en movilidad humana.

Referencias bibliográficas

- Torres Santana, A., et al (2023). *Y aquí estamos, migraciones populares, trabajo y economías*. Quito: Fundación Rosa Luxemburg.
- Ramírez Bolívar, L., et al (2022). *Ser migrante y trabajar en Colombia*. Bogota: Dejusticia.

Publicaciones web

- CODHES (2023). Boletín de situación humanitaria en Colombia. *CODHES Informa* N.º 109. <https://codhes.org/2023/12/12/boletin-de-situacion-humanitaria-en-colombia-octubre-de-2023/>
- Human Rights Watch (2023). *Abusos contra migrantes en el Tapón del Darién*. <https://www.hrw.org/es/news/2023/11/09/americas-abusos-contra-migrantes-en-el-tapon-del-darien>
- Human Rights Watch (2023). *Tapón del Darién: Migrantes ponen en riesgo sus vidas por un mejor futuro*. <https://www.hrw.org/es/topic/refugees-and-migrants>
- Pacuar, L. (2023). *Gobierno del Perú aprueba decreto para deportar en 48 horas a extranjeros indocumentados*. <https://www.infobae.com/peru/2023/11/13/ejecutivo-aprueba-decreto-para-deportar-en-48-horas-a-extranjeros-indocumentados/>

Jurisprudencia

- Asamblea Nacional (2008). Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
- Corte Constitucional del Ecuador (2020). Sentencia 335-13-JP/20 de 12 de agosto de 2020.
- Corte Constitucional del Ecuador (2021). Sentencia 2120-19-JP/21 de 22 de septiembre de 2021.

EL DERECHO A MIGRAR EN LA PRÁCTICA: LA CONSTANTE PARADOJA ECUATORIANA

The Right to Migrate in Practice: The Constant Ecuadorian Paradox

NINA GUERRERO CACUANGO¹

Investigadora independiente, Quito, Ecuador

Resumen

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

Palabras clave

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

Abstract

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

Keywords

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

1. Introducción

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

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



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

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

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

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

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

2. Entre avances y retrocesos, una paradoja constante

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

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

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

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

2.1. Inconsistencias en el proceso de deportación

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

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

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

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

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

2.2. Las restricciones en el proceso de refugio

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

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

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

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

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

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

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

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

2.3. La incesante producción de la irregularidad migratoria

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.4. ¿Una espiral infinita de contradicciones?

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

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

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

3. El círculo vicioso de la paradoja

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6. Conclusiones

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

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

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

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

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

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

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

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

Referencias bibliográficas

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

Sentencias

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

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

LA INSTITUCIONALIZACIÓN COMO RIESGO PARA LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ MIGRANTE NO ACOMPAÑADA EN EL ECUADOR

Institutionalization as a Risk to the Rights of Unaccompanied Migrant Children in Ecuador

PAULA CANTOS CÁRDENAS¹

Investigadora independiente, Quito, Ecuador

Resumen

La falta de reconocimiento de la movilidad humana como un fenómeno multidimensional y las políticas migratorias restrictivas por parte de los Estados ponen en evidencia un mayor nivel de vulnerabilidad de niños, niñas y adolescentes no acompañados en particular en cuanto al riesgo de institucionalización por la falta de adopción de modalidades alternativas de cuidado. El estudio puso en evidencia la falencia del sistema de protección de la niñez migrante no acompañada en Ecuador, así como las prácticas que deberían implementarse para erradicar a la institucionalización como una primera medida. Además, es importante contar con mecanismos alternativos de cuidado e información estadística actualizada y desagregada que permita conocer cómo el Estado busca erradicar estas prácticas con principal enfoque hacia la protección de sus derechos humanos.

Palabras clave

Movilidad humana, Niñez no acompañada, Institucionalización, Niñez y adolescencia, Derechos humanos.

Abstract

The lack of recognition of human mobility as a multidimensional phenomenon and restrictive migration policies from the States highlight a higher level of vulnerability of unaccompanied children and adolescents, particularly in terms of the risk of institutionalization due to the lack of adoption of alternative care modalities. The study highlighted the shortcomings of the protection system for unaccompanied migrant children in Ecuador, as well as the practices that should be implemented to eradicate institutionalization as a first measure. In addition, it is important to have alternative care mechanisms and updated and disaggregated statistical information that allows to know how the State seeks to eradicate these practices with a primary focus on the protection of their human rights.

Keywords

Human Mobility, Unaccompanied Minors, Institutionalization, Childhood and Adolescence, Human Rights.

¹ Abogada *Cum Laude* por la Universidad San Francisco de Quito con una Subespecialización en Derechos Humanos. Correo electrónico: pcantoscardenas98@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-2056-2229>.



1. Introducción

La movilidad humana es una categoría jurídica que debe analizarse desde distintas aristas ya sea jurídicas, económicas o sociales. Esta falta de reconocimiento del problema como una situación multicausal lleva a que los Estados se deslinden de sus obligaciones en la materia, incluyendo la protección de los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA).

Muchos de estos empiezan su recorrido sin el acompañamiento de un adulto, ya que los padres emprenden este camino primero, se estabilizan en el Estado de destino y luego mandan a sus hijos a recorrer el mismo camino que ellos tomaron. En este trayecto, suelen tener que enfrentarse a situaciones de extrema peligrosidad incrementando así su nivel de vulnerabilidad y derivan una serie de riesgos de protección que, si no son atendidos en su integralidad, generan efectos nocivos en su desarrollo personal. Por lo tanto, requieren de una protección especializada y reforzada.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante, ACNUR), ha identificado los riesgos de protección más comunes de la niñez migrante y las acciones que deben adoptar los Estados para erradicarlos. Sin embargo, el Ecuador está fallando en adoptar medidas para mitigarlos a pesar de contar con un protocolo de protección especializado para este grupo humano, particularmente en identificar el riesgo de institucionalización en NNA no acompañados como una categoría jurídica de detención a partir de sus obligaciones internacionales.

Así, en lo que va del año 2023, se evidencia a nivel nacional un incremento de NNA en situación de movilidad humana, intensificando estas necesidades de protección especializada. A pesar de ello, no existen políticas migratorias efectivas que permitan el pleno disfrute de sus derechos. De esta forma, el trabajo analizó las líneas de investigación encontradas frente a la temática, el protocolo y normativa aplicable y las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado ecuatoriano en aras a una incorporación práctica de éstos a nivel nacional. Además, se analizaron las buenas prácticas de los Estados hacia la protección de los derechos de la niñez migrante que sirvan de ejemplo frente a las medidas a adoptar a futuro con vistas a su interés superior.

2. Riesgos de protección de la niñez migrante y las obligaciones de mitigarlos

Los NNA que viajan solos se enfrentan graves riesgos derivados de una triple situación de vulnerabilidad en la que se encuentran, al ser NNA, personas migrantes y no estar acompañados por un adulto que ejerza algún tipo de tutela sobre sus derechos. Si bien existen un sinnúmero de razones por las cuales éstos se ven en la posición de emigrar, Paris Pombo (2022) afirma que una de las principales es la “reunificación familiar. [...] Si estos riesgos no son tratados en su integralidad, repercuten en su vida, integridad, salud física y mental y desarrollo personal” (p. 62). Es por esta razón que es importante identificar los riesgos de protección a los que han de ser sometidos en su trayecto migratorio, además de hacer una categorización respecto de sus necesidades en particular reafirmando la importancia de precautelar su interés superior.

Álvaro Botero Navarro (2022) argumenta que el principio del interés superior, en NNA en situación de movilidad humana mantiene su estructura tripartita y que se expresa de la siguiente manera (p. 15):

- (i) como *derecho sustantivo*, las autoridades deben realizar una evaluación de su situación y necesidades particulares de protección,
- (ii) como *principio interpretativo*, deberá ser aplicado para garantizar de forma efectiva sus derechos y,

(iii) como *norma de procedimiento* deberá ser implementada para identificar las posibles consecuencias, ya sean negativas o positivas, de una decisión sobre sus derechos.

Es así como, los Estados están en la obligación de identificar a todo NNA que cruce su frontera, tutelar sus derechos y proveer todos los servicios de atención prioritaria al encontrarse en una posición de garante a favor de ellos.

Una incorrecta aplicación de este principio lo identificó Ortega Velásquez (2019) quien dice que uno de los problemas con las políticas que adoptan los Estados es “el trato distintivo, discriminatorio y no respetuoso con sus derechos donde hace que no impere la calidad de [NNA] sino un enfoque de seguridad nacional y criminalización institucionalizada de la migración irregular” (pp. 54-55), medida que bajo ningún supuesto puede ser entendida como una forma de precautelar su interés superior.

Inclusive, Sánchez, Chávez, Montenegro, *et. al.* (2022), argumentan que estas políticas migratorias restrictivas “crean barreras de acceso a los recursos públicos administrados por los países de tránsito y destino como albergues, salud, seguridad, educación e incluso el acceso a medidas de identificación” (p. 3).

En consecuencia, ACNUR (2020) ha identificado diez riesgos de protección a los que la niñez migrante puede ser sometida debido a la falta de políticas migratorias eficaces con un enfoque de derechos, entre ellos destaca la “falta de acceso a procedimientos de asilo con un enfoque diferenciado, abuso, violencia y explotación sexual, abuso de sustancias, trabajo infantil o *detención*” (párr. 5). En relación con el objeto de estudio, se entiende a la institucionalización como una medida privativa de la libertad, por lo que es importante que se adopten medidas de prevención de estos tipos de violencia a fin de asegurar el acceso adecuado a servicios de protección (Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], 2008, Disposición General).

Aunando en lo anterior, los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH), en reiteradas ocasiones han dicho que la privación de la libertad ambulatoria del NNA por medio de la institucionalización en todos los casos de índole migratoria excede el “principio de necesidad y bajo ningún supuesto podría ser entendida como una respuesta a su interés superior”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH], 2018, párrs. 323-332). Esto dado que pueden existir medidas menos gravosas al fin deseado (2010, párr. 166), como el acogimiento temporal, o de base alternativa, por lo que su institucionalización en cualquier supuesto deberá ser una medida de última ratio.

En consecuencia, con la finalidad de que se adopten medidas de mitigación a los riesgos de protección planteados, los Estados están obligados a cumplir con lo siguiente:

Garantizar el acceso a una “petición individualizada, prioritaria y que prevenga devoluciones contrarias al derecho internacional” (2013, párrs. 147-159). Esto se hará por medio de una evaluación inicial con todas las garantías del debido proceso en un espacio de confianza que permita a las autoridades migratorias conocer los motivos de su flujo migratorio y cómo atenderlos.

En el mismo orden de ideas, el Comité de los Derechos del Niño [CDN] ha dicho que “una vez se determine la condición de no estar acompañado, se nombrará a un tutor quien desempeñará todas las funciones de representación del NNA hasta que sea mayor de edad o abandone el Estado que lo acoge” (2005, párr. 33). Inclusive, se debe garantizar el acceso a servicios particulares de representación jurídica a fin de someter su solicitud a las autoridades, esta es una garantía procesal básica.

En el caso del Ecuador, la norma no diferencia al representante legal de su tutor, por lo que se entiende que serán la misma persona (Ley Orgánica de Movilidad Humana [LOMH], 2017, Artículo 11, numeral 5):

Esta falta de diferenciación podría ser infructuosa, debido a que será el tutor quien debe ser consultado de todas las medidas que se adopten a favor del NNA hasta que sea mayor de edad o abandone el territorio del Estado que lo acoge (CDN, 2005, párr. 3.3).

Asimismo, deberá intervenir en la pertinencia sobre la aplicación de medidas de cuidado alternativo o institucionalización.

Para Wenke (2015), el objeto de este tutor es clave por ser la “única persona en garantizar que sea oído en los procedimientos migratorios” (p. 23), por lo que se critica la interrelación entre la designación del tutor por el aparato estatal al venir también de quien controla a la seguridad nacional. Esto genera falencias en el funcionamiento del sistema de tutorías, incrementando la vulnerabilidad en torno a los riesgos de protección planteados en líneas anteriores.

Además, que, la práctica en el Ecuador ha demostrado que existe un nivel de distinción importante entre NNA no acompañados que no son solicitantes de asilo y NNA no acompañados solicitantes de asilo. Este vacío legal ha hecho que todos los NNA no acompañados que no han iniciado estos procedimientos, no cuentan con la designación de un tutor y ni siquiera de un representante legal que los asesore en las medidas a adoptar como asegurar su “derecho a ser oídos y al acceso a la información sobre asistencia consular” (Corte IDH, 2014, párr. 197).

Por el otro lado, para aquellos solicitantes de asilo, esta obligación resulta más palpable debido a los diferentes procesos de control migratorio a los que han de ser sometidos, por lo que necesitan de una representación letrada en la materia. Sin embargo, la realidad ha demostrado otra cosa, y es que, ni siquiera los NNA no acompañados solicitantes de asilo cuentan con la designación de este tutor, por lo que no existe un trabajo conjunto ni coordinado por parte de las Autoridades competentes como el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana (en adelante MREMH) y el Ministerio de Inclusión Económica y Social (en adelante MIES) para designar el tutor. (Corte Constitucional del Ecuador [CCE], 2023).

Por último, es obligación del Estado brindar protección y cuidado de manera especial, como el asegurar vivienda y comida, acceso a salud, atención psicosocial y educación. Todas las medidas a adoptarse se harán por medio de centros de atención manejados por el MIES, el cual ha asumido un rol muy pasivo en este respecto.

En caso de que el NNA constituya un grupo de atención prioritaria, ya sea porque cuenta con algún tipo de enfermedad mental o por tener problemas con el consumo de drogas, es menester que “existan centros especializados para su acogimiento específicamente en ciudades de frontera”. (2023, párr.184) Y es que su internamiento “bajo ningún supuesto es una medida compatible con su derecho a la integridad personal”. (2023, párr. 170).

Si bien los Estados deberían adoptar medidas que eviten la institucionalización por medio de acogimiento alternativo, Chabier Gimeno-Monterde y Gutiérrez-Sánchez (2019) identifican como un problema paralelo a “las dificultades para acceder a sistemas educativos, la falta de tratamiento psicológico, la invisibilidad a niñas, especialmente víctimas de trata y la dificultad de conseguir la regularización migratoria” (p. 38). De modo que el análisis de los riesgos de protección debe hacerse en conjunto con otros.

3. De la Institucionalización de NNA migrantes no acompañados

Entiéndase a la institucionalización, como una medida por la cual un NNA es puesto en un entorno colectivo no familiar que carece de atención especializada e integral. En consecuencia, el Estado ecuatoriano está obligado a “garantizar que los NNA privados de su medio familiar tengan un lugar adecuado para alojarse, además de priorizar las medidas basadas en la comunidad si no se puede encontrar a su familia” (Asamblea General de las Naciones Unidas [GA], 2010, párr. 26).

Si bien la institucionalización no es un concepto exclusivo ni privativo para la niñez no acompañada; ya que este abarca especial importancia entorno a la protección de NNA huérfanos o víctimas de vulneraciones a sus derechos, en ninguno de los dos casos estas instituciones podrían ofrecer un adecuado cuidado que propicie el desarrollo y el apoyo que el NNA requiere.

Inclusive, la experiencia ha demostrado que esta modalidad, sea privada o estatal, generalmente no cumple con los estándares mínimos de protección. La principal razón por la cual se da este fenómeno es la falta de recursos suficientes para atender la demanda de NNA no acompañados en los últimos años.

3.1. El acogimiento institucional en Ecuador

El MIES (2017), prevé dos modalidades de acogimiento: Casas de Familia o de base comunitaria, y Modalidad Institucional. En la primera se brinda el servicio por medio de casas unifamiliares con grupos de máximo siete NNA separados por género y grupos de edad, mientras que la segunda comprende un solo espacio físico (p. 7), lo que quiere decir que todos los NNA con las mismas características vivirán en un mismo espacio donde su libertad de movilidad se vea más limitada.

Si bien el acogimiento familiar, de base comunitaria y el institucional siguen unas reglas distintas de procedimiento, “todas las opciones procuran la guarda y el cuidado del NNA hasta dar con su reunificación familiar” (CDN, 2017, párr. 30-31).

De conformidad con el último Informe de Gestión emitido por el MIES en agosto de 2023, la entidad cuenta con “9 instituciones de acogimiento institucional propio, 48 de convenios con agencias socias y 27 son de atención privada” (p. 5). Pero, en ninguna de las dos modalidades se evidencia la diferenciación de espacios entre NNA migrantes no acompañados o separados y NNA ecuatorianos.

Se adjunta una gráfica del último Informe de Gestión sobre Institucionalización emitido por el MIES en el cual se reportó una población de 2245 NNA institucionalizados, de los cuales 2141 son de nacionalidad ecuatoriana, 24 de Colombia, 4 de España, 1 de Papúa Nueva Guinea, 8 de Perú y 67 de Venezuela. Sin embargo, de los motivos para acceder al sistema de protección se adjuntan los siguientes datos:

Motivo de ingreso	
Negligencia	944
Maltrato	419
Violencia Sexual	415
Abandono	243
Trata	70
Callejización	39
Hijo@ de madre adolescente en acogimiento	39
Otros	34
Orfandad	25
Hij@s de PPL	17
Total	2245

Tabla 1. Motivos de Ingreso al sistema de Institucionalización. Fuente: Ministerio de Inclusión Económica y Social (2023).

Sin embargo, no se evidencia a la movilidad humana como un motivo de ingreso a este sistema de protección, esto se debe a que el Ecuador no ha recabado información que le permita diferenciar a los NNA migrantes no acompañados de los que son puestos en estos espacios de institucionalización por alguna situación de violencia.

Si bien, en el informe existe información desagregada que permite una distinción por nacionalidad, donde “el 95,37% de los NNA son ecuatorianos, el 2,98% de Venezuela y los demás valores restantes vienen de otros países de Sudamérica y Centroamérica” (MIES, 2023, p. 07). Esto no permite evidenciar por completo las necesidades de protección, por lo que es necesario que el MIES incluya en sus datos desagregados cuántos NNA no acompañados forman parte de estos porcentajes.

3.2. El proceso de institucionalización

Si bien la ley especializada en niñez y adolescencia en el Ecuador otorga la competencia *exclusiva* de ordenar una medida de institucionalización a los jueces de la Niñez y Adolescencia (Código de la Niñez y Adolescencia [CNA], 2003, art. 217), en la práctica, las organizaciones han recurrido a las Juntas Cantonales de Protección de Derechos (en adelante JCPD) para descongestionar el sistema y conseguir medidas de cuidado más rápidas ya que estas, según el mismo cuerpo legal, pueden otorgar la custodia de emergencia del NNA mientras se resuelva su situación legal (2003, Artículo 206 numeral 1). Esta no es la medida más adecuada ya que su competencia radica *exclusivamente* en alertar a las entidades partes sobre posibles vulneraciones de derechos por parte del Estado, sus progenitores o responsables (CNA, 2003, art. 215).

Es más, la JCPD está obligada a comunicarle a un juez en plazo no mayor a 72 horas la adopción de esta medida (CNA, 2003, art. 217) a fin de que la ratifique o emita una de otro tipo. Sin embargo, acudir a las JCDP ha sido la salida más común pero no “la más adecuada ya que se pone en consideración de un juez una medida que en exclusiva dictó la JCDP” (Guerra, 2023).

Además, “el Artículo 25 de la Convención sobre los Derechos Niño y la CIDH

hacen énfasis en la revisión periódica de la medida judicial debido a la necesidad de limitar la permanencia del NNA en estos espacios al tiempo estrictamente necesario” (CIDH, 2013, párr. 246). En el presente caso, hasta que se dé con la reunificación familiar o hasta que el NNA haya cumplido la mayoría de edad.

En este sentido, resulta más que nada evidente la existencia de un vacío legal que no ha podido ser subsanado hasta la actualidad y que permita dilucidar cuáles son los límites de la competencia de las JCPD y los jueces especializados en la materia. En especial porque ha sido una vía para que los jueces se deslinden de su obligación de ratificar la medida ordenada por la JCPD, a pesar de que por ley deben hacerlo, bajo el pretexto de que su competencia está fuera de las medidas administrativas. Lo cual resulta contradictorio, ya que en la práctica por esta vía existe un retardo importante, de modo que la norma no es clara en identificar qué sucederá con el NNA si el juez no lo hace, generándose así un tipo de *limbo* legal.

Así, todo este proceso de ratificación judicial usualmente demora de “4 a 6 meses” (Guerra, 2023). Esto resulta infructuoso para los NNA que se encuentran de paso, quienes no esperarán a tener una resolución que dicte su institucionalización, pero que mientras se encontraban en el Ecuador vivieron con una medida provisional ilegal.

Dado que los procesos de protección de la niñez no acompañada deben ser expeditos, el depender de la ratificación por vía judicial podría generar dilaciones innecesarias e incrementan su vulnerabilidad

Varias organizaciones de sociedad civil en Ecuador han denunciado que la institucionalización no se está adoptando como una medida de última ratio, y está contenida en el artículo 99 numeral 9 de la LOMH. Esto ha hecho que el sistema integral de protección de la niñez y adolescencia colapse, ya que “los programas de base familiar y comunitaria son insuficientes” (Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional, 2021, p. 113), y existe una falta de voluntad política del MIES para aplicar modalidades alternativas a pesar de contar con los recursos y el apoyo de sociedad civil para hacerlo.

Así, existe un también vacío en el proceder y administración por parte del MIES, el cual ha llevado a sus organizaciones adherentes y socias a actuar conforme a las necesidades y los tipos de casos que llegan a sus espacios para responder de la manera más adecuada en protección de su interés superior. Una de ellas es la Asociación Solidaridad y Acción (en adelante ASA); esta organización cuenta con una casa de acogimiento institucional y otras de acogimiento alternativo de base comunitaria.

Por medio de su trabajadora social Brigitte Proaño y su directora ejecutiva Jacqueline Valencia (2023), ASA informa que:

la organización recurre al acogimiento institucional de todos los NNA menores de 14 años que lleguen a sus casas de acogida, ya que su edad les hace presumir que éstos corren un riesgo inminente de que se produzca una violación a sus derechos.

En el mismo sentido, reclaman que prefieren trabajar con medidas administrativas por parte de la JCPD para proceder con su institucionalización especialmente porque esta responde de manera más eficaz que los jueces especializados en la materia. Así, si bien el trabajo con la JCPD ha sido una vía de escape que permita ser una respuesta a los altos flujos migratorios y las necesidades de protección, debería ser el MIES que responda en primera medida y procurar la aplicación de medidas alternativas de cuidado que bajo ningún supuesto sean su privación de la libertad ambulatoria por medio de la institucionalización.

Otras organizaciones afirman que el trabajo para empezar a aplicar medidas

alternativas de cuidado se ha vuelto altamente burocratizado. De esta manera diferentes, actores deben confluír en un mismo proceso frente al cual se ponen trabas innecesarias y restrictivas que no permitan el correcto flujo y aplicación de este tipo de tutela sobre sus derechos.

Por los retos anteriormente identificados, y gracias a los esfuerzos constantes tanto por parte de sociedad civil, como las agencias de Naciones Unidas, finalmente se creó una Estrategia Nacional de Desinstitucionalización en 2021², que busca la implementación de medidas alternativas de cuidado, definitivas o provisionales. Además, marca una hoja de ruta.

Sin embargo, hasta la actualidad, la Estrategia no ha podido cumplir con los fines deseados, ya que se esperaba que “hasta 2023 el 100% de NNA que se encuentran en espacios de institucionalización estén bajo modalidades de cuidado alternativo” (MIES, et. al, 2021, p. 34); sin embargo, por los datos expresados en la Tabla 1, aún existen 2245 NNA institucionalizados.

4. El procedimiento ecuatoriano para la niñez migrante no acompañada

Como se discutió en el apartado anterior, los procedimientos de protección de la niñez migrante no acompañada deben ser especializados y expeditos. En el caso del Ecuador, este procedimiento se encuentra en el Protocolo de Atención Integral para Niños, Niñas y Adolescentes no Nacionales, en Contexto de Movilidad Humana (en adelante Protocolo), documento adoptado en 2018 cuyo objeto busca estandarizar el procedimiento y asignar competencias a fin de garantizar el pleno disfrute de los derechos de la niñez migrante.

Este Protocolo parte del ejercicio coordinado entre tres Ministerios: el MREMH, el MIES y el Ministerio del Interior (en adelante MDI), todos encargados de la protección, restitución y ejercicio de los derechos de la niñez migrante. Además, cuenta con los esfuerzos del Servicio Nacional Descentralizado de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia (en adelante SNDPINA), como los jueces especializados en la materia y las JCPD.

El procedimiento inicia con la identificación del NNA no acompañado en situación de riesgo, o en necesidad de protección internacional por los cruces fronterizos. Esta puede darse en todo el territorio nacional, sea por abordaje en calle o contacto directo con las organizaciones partes, quienes activarán el Protocolo a través de una ficha de abordaje del caso. Si la identificación viene de organizaciones de la sociedad civil, como ASA, o incluso de la ciudadanía, estos elaborarán una ficha de remisión con información básica que deberán ponerla en conocimiento del MIES (Protocolo, 2022, p. 24).

Primero se realiza la regularización migratoria del NNA. Durante este proceso, es obligación del MIES de garantizar al NNA su alojamiento en espacios seguros que cuenten con los servicios especializados que requiera para atender sus necesidades, en caso de que la identificación se haga por las entidades adherentes al MIES, este se alojará ahí.

Segundo, es competencia del MDI activar el “Registro de Identificación de Caso”, este permite la identificación del NNA en cuanto a su edad, sexo y nacionalidad, y la determinación de la condición ‘no acompañado’ para determinar su permanencia o flujo de tránsito.

Esta fase inicial de registro no debe ser un mero trámite, así lo indicó la CCE, ya que debe estar orientado a la protección de sus derechos e identificación de su situación de vulnerabilidad (2021, párr. 89). Es en este momento que se debe notificar inmediatamente a la Defensoría Pública para la designación de un tutor.

Una adecuada identificación del NNA en esta fase permitirá distinguir una posible

² Véase: Estrategia Nacional de Desinstitucionalización.

vulneración de sus derechos por parte del Estado; por ejemplo, la omisión de designación de un tutor. *Solamente* en ese caso actuaría la JCPD.

En consecuencia, por mandato de la sentencia 2120-19-JP/21 de la CCE, se requirió “la adecuación del Protocolo entorno al contenido de la sentencia y la adopción de este mediante un instrumento vinculante para las tres entidades partes” (2021, párr. 4).

En este sentido, la CCE afirma que no se debe entender a la participación de la JCPD como un paso que condicione el ingreso al territorio ecuatoriano (2021, párr. 137-139). Ya que se desnaturaliza la medida, que justamente ha sido diseñada para hacer frente a violaciones de derechos, algo “que no es razonable ni necesario” (2021, párr. 98).

Una vez se identifica al NNA, el personal técnico del MIES, o sus miembros adherentes, realizarán una entrevista especializada que evalúe las necesidades específicas de protección. En esta fase se debe recomendar si existen elementos suficientes para solicitar refugio o la necesidad de regularización bajo la categoría de migrante. Esta entrevista inicial será de mucha utilidad para verificar alternativas de cuidado ajenas a la institucionalización y que procuren la reunificación familiar.

Cuarto, el MIES emite un Informe Psico-Social y de referencia a servicios de protección, remarcando la necesidad de contar con espacios de alojamiento temporal conforme a los estándares internacionales. No obstante, si bien el Protocolo reconoce expresamente a la no institucionalización como uno de los principios (2022, p. 20), en ninguna de sus fases está la provisión de albergues mientras se soluciona su situación migratoria.

Esta fase debería concluir con el otorgamiento de medidas alternativas de cuidado y la rectificación de la necesidad de medidas de protección de la JCPD (2022, p. 26). Otorgar esta medida genera complicaciones prácticas y es que, en armonía al vacío sobre las modalidades alternativas de cuidado, aún se concluye en otorgar la custodia de emergencia del NNA para proceder con su institucionalización.

Además, el Protocolo prevé la otorgación de una Visa de Residencia Temporal y una cédula de identidad; esta fase es muy importante ya que dejarlos en una situación de irregularidad los expone a mayores riesgos, además de ayudar a las entidades encargadas a procurar su integración social sin ningún tipo de limitación legal.

En el mismo sentido, es importante destacar la importancia de la implementación de la iniciativa regional llamada el Proceso de Quito (2018), cuya práctica empezó como un sistema de cooperación para responder a los flujos migratorios de personas de Venezuela en 2018. Sin embargo, esta tiene por objeto, entre otras cosas, la adopción de medidas inmediatas y urgentes de atención frente a la adopción de medidas como el “contar con un sistema de alimentación, alojamiento, servicios sanitarios, higiene y vestimenta” (párr. 06).

Por último, el MIES abre un expediente individualizado por cada NNA donde consta la designación de su tutor y necesidades de protección en particular.

5. Falencias en el sistema de protección

Si bien es obligación del Estado establecer “un marco normativo para la remisión o la admisión de un NNA en un entorno de acogimiento alternativo que se atienda a un procedimiento estándar” (GA, 2010 párr. 74), la realidad ha puesto en evidencia un sinnúmero de falencias por parte del ente encargado de regular el sistema de protección, el cual principalmente radica en su rol pasivo para actuar en la materia.

José Guerra, Oficial de Protección en UNICEF, (2023) argumenta que este rol pasivo se debe esencialmente a tres cuestiones: la falta de decisión política de parte de los funcionarios que se encuentran de turno administrando el MIES, falta de apoyo político del

Gobierno Nacional en general a todo tipo de servicios sociales y la falta de coordinación y organización política conjunta entre las partes del Protocolo.

Sin embargo, la falta de voluntad política es uno de los problemas más grandes, ya que el MIES no se ha hecho cargo por completo de este tipo de servicio, y ha delegado a sus agencias socias a que hagan todo el trabajo. Inclusive UNICEF, por su lado, creó una casa de acogimiento alternativo para NNA no acompañados, la cual fue entregada para su administración autónoma al MIES y este nunca se hizo cargo. Inclusive, el Ministerio se encontraba en la obligación de implementar cuatro casas con estas características, pero hasta ahora no ha hecho nada (Guerra, 2023).

Si bien se debe aplaudir el trabajo de sociedad civil, en un trabajo conjunto y articulado con ACNUR, a adoptar medidas frente al silencio de las Autoridades, como la existencia de casas de paso o la generación de convenios con albergues temporales, el principal problema es que la mayoría de estas se encuentran en Quito o en zonas lejanas a la frontera, lo cual limita su acceso aún más del requerido.

Esto pone en evidencia que el MIES no tiene un control de cómo se están prestando los servicios en los espacios externos, lo cual le impide fiscalizar las actividades ni tampoco mantener un control integral de cuál es la proporción de NNA en situación de movilidad humana que se encuentran repartidos en cada una de las casas.

Es así que, si bien el Ecuador cuenta con un desarrollo tanto normativo como jurisprudencial eficaz en la materia, además de existir directrices claras que permitan a las entidades competentes ejecutar en la práctica lo que ya se encuentra normado, el hecho de que existan procedimientos tan flexibles y que ninguno prevenga la obligación del MIES de hacerse cargo de aquellas prácticas que este mismo debe ejecutar, termina sucediendo lo que pasa hoy en día, que se trabaje conforme la necesidad.

Por lo que el sistema de protección no funciona ni funcionará hasta que los entes competentes empiecen a asumir la obligación de las competencias que constitucionalmente se les han sido asignadas, siempre con un enfoque de derechos y en protección del interés superior del NNA.

6. Medidas de desinstitucionalización:

A lo largo de todo el artículo, se ha enfatizado la importancia de erradicar la institucionalización de NNA migrantes, especialmente porque en armonía con la ley y los estándares internacionales, así como la doctrina y la jurisprudencia, esta debería ser una medida de último recurso que bajo *ningún* supuesto debería volverse la primera opción. De modo que el Estado ecuatoriano debe prever “la existencia de hogares sustituto de cuidados basados en la familia o comunidad, (...), ya que los NNA que se encuentran en estos espacios están más satisfechos con su entorno y mejor integrados en las comunidades locales” (Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, 2020, párr. 46-50).

De las modalidades de cuidado alternativo más comunes están el cuidado de *base comunitaria*, en el que confluyen esfuerzos de varios actores de la sociedad como trabajadores sociales, abogados, médicos y psicólogos. También el cuidado en *hogares funcionales y de vida independiente y supervisada*, modalidad común para adolescentes, y el *acogimiento de base familiar*.

Está también la *coordinación asistencial*, donde se asegura el acceso coordinado a salud y bienestar para personas con necesidades complejas, busca fomentar su capacidad para hacer frente a los problemas y su bienestar. (2020, párr. 40-60).

La principal organización que cuenta con este servicio es ASA, donde buscan

desarrollar la autonomía emocional y profesional, en específico, de adolescentes no acompañados, cuyas principales motivaciones para emigrar al Ecuador son la de poder trabajar y enviar dinero a sus familias (Proaño, Valencia, 2023).

Estos espacios, en principio, fueron pensados como un mecanismo para adolescentes próximos a cumplir 18 años con los que se trabaje en su autonomía por tres meses y la enseñanza de alguna profesión para que puedan empezar a trabajar, y es que la mayoría de adolescentes que acudían a sus casas, no cumplían con los requisitos para solicitar refugio pero sin embargo requerían de atención especializada.

La segunda modalidad es el Acompañamiento Externo, mediante el cual hacen un seguimiento psicosocial de adolescentes en diferentes espacios de Quito. Sin embargo, ninguna de estas modalidades ha sido regulada por el MIES ni Ministerios pertinentes, por lo que tienen un alcance muy corto a donde ASA pueda prestar sus servicios.

En 2022, ASA atendió a 364 adolescentes de los cuales 45 provenían de las Casas de Autonomía y los demás de Acompañamiento Externo. Y es que pesar de los esfuerzos, se siguen identificando retos que guardan cercana relación a los riesgos de protección identificados:

RIESGO DE PROTECCIÓN	RETO
Trabajo infantil	<ul style="list-style-type: none"> • Si bien el Ecuador prohíbe expresamente el trabajo infantil, no existen mecanismos de fiscalización en casos de trabajo infantil de NNA en situación de movilidad humana, ingresan al campo laboral donde les pagan muy poco o ni siquiera les pagan. • Pocas organizaciones trabajan en técnicas de formación y desarrollo profesional para su posterior inserción laboral.
Violencia sexual y de Género	<ul style="list-style-type: none"> • Falta de acceso a redes de apoyo para víctimas de violencia sexual y de género, se procede a la institucionalización para reducir el círculo de violencia en el que viven.
Enfermedades mentales	<ul style="list-style-type: none"> • Dificil acceso de atención psicológica y psiquiátrica a casos clínicos, así como al acceso a medicación continua.
Abuso de sustancias	<ul style="list-style-type: none"> • Dificil acceso a espacios de rehabilitación para el consumo de sustancias estupefacientes.

Tabla 2. Retos de la niñez migrante frente a los riesgos de protección.

Fuente: elaboración propia.

A partir de esto, si es que el Estado asumiera su responsabilidad de cuidado objetivo, tan solo por medio de la entrevista individualizada, se pudiera dar cuenta de las necesidades imperantes de este grupo humano, al encontrarse en una posición de garante reforzada, para implementar de manera equitativa estas medidas alternativas de cuidado incluso en diferentes lugares del Ecuador y no condicionar este acceso a los que se lleguen a Quito.

Una vez realizado esto, es necesaria la existencia de actividades de sensibilización y capacitación al personal que trata estos temas, donde bajo ningún pretexto se revictimice o criminalice el flujo migratorio del NNA identificado, por constituirse estas prácticas contrarias al derecho a su integridad personal y su interés superior.

7. Buenas prácticas respecto de NNA no acompañados

Si bien el Ecuador cuenta con un Protocolo muy innovador en cuanto a la protección de NNA migrantes no acompañados, aun los vacíos son palpables. Es por esta razón que conviene analizar las buenas prácticas implementadas por los Estados hacia la lucha contra la institucionalización y adopción de medidas eficaces y efectivas.

En México, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes dedica un capítulo completo hacia la adopción de medidas especiales de protección en garantía de los derechos de la niñez en situación de movilidad (2022, art. 89), además de otorgar espacios de alojamiento, o albergues seguros (2022, art. 99). La Ley de Migración prescribe que cuando sea puesto a disposición del Instituto Nacional de Migración un caso así, este quedará bajo custodia del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia donde se deberá privilegiar su estancia en lugares que le proporcionen una atención adecuada (2022, art. 112).

Colombia, por medio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante, ICBF), tiene la Estrategia de Estabilización, Integración y Futuro de Niños, Niñas, Adolescentes, Jóvenes Migrantes y sus Familias Provenientes de Venezuela. Esta se encuentra bajo rectoría del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y permitió en 2022 la regularización migratoria de 85.633 NNA en movilidad humana, 82.286 son NNA de 0 a 5 años de edad (ICBF, 2022).

Destaca la labor de los representantes de diez países europeos que se comprometieron a acoger a NNA no acompañados en 2020 luego de una crisis de migrantes en Grecia, entre ellos Bélgica, Alemania y Suiza, cuyo principal esfuerzo fue la búsqueda de proporcionar un espacio de seguridad y confort a los NNA. Así como también, la posibilidad de ofrecerles cuidados alternativos mediante albergues mientras se los reubicaba en estos terceros Estados (Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, 2020, párr. 47).

Tailandia tiene un grupo de trabajo multidisciplinario conformado de funcionarios de inmigración, protección de la infancia, organismos de Naciones Unidas y sociedad civil que busca generar medidas alternativas de cuidado y elaborar un plan individual para cada NNA en situación de movilidad humana (2020, párr. 57). Es así como la elaboración de este plan particularizado permite generar soluciones integrales a sus necesidades de protección en particular, además de observar la perspectiva de diferentes agentes, no solo los organismos estatales.

8. Conclusiones

Si bien el Ecuador tiene un Protocolo bastante completo en torno a las garantías del debido proceso y la identificación NNA no acompañados y separados, aun se queda muy corto hacia la implementación de medidas alternativas de cuidado. Es imperante la adopción de medidas efectivas que reduzcan la vulnerabilidad de NNA no acompañados independientemente de su condición migratoria.

En el estudio de la cuestión, a pesar de la modificación del Protocolo por medio de la sentencia de la CCE, aún se encuentran vacíos entorno a las competencias que debería asumir la JCPD, por lo que resulta de especial importancia aclarar el alcance y límites que tiene la JCPD al otorgar la custodia de emergencia del NNA en armonía con el artículo 206

numeral 1 del CNA. Además, se encuentran evidentes vacíos en la implementación de medidas alternativas de cuidado y esto nace del rol pasivo del MIES en la práctica.

Por el otro lado, existe un vacío legal con la designación de un tutor y representante legal para los NNA no acompañados y cuál es el rol que ambas representaciones deberían asumir en la protección de sus derechos independientemente de que se tratara de un NNA migrante o un NNA refugiado.

Así, el presente trabajo, tanto por la información doctrinal, legal y estadística utilizada en el análisis, pone en evidencia que el Ecuador aún tiene un largo camino por recorrer hacia el cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos en cuanto a la prohibición de institucionalización de NNA migrantes no acompañados y la aplicación de esta como una medida de última ratio. De esta manera, todos los NNA migrantes no acompañados que crucen la frontera ecuatoriana se encontrarán sujetos a un mayor nivel de vulnerabilidad en torno a los riesgos de protección identificados por ACNUR, quebrándose esta posición de garante que tiene el Estado frente a la protección de sus derechos.

Así, resulta más que nada importante la visibilización del tema frente a los principales agentes protectores de los derechos de las personas migrantes y los NNA, y la sociedad en general, que mantenga en ojos del escrutinio público el trabajo de las entidades estatales que tienen el mandato constitucional de proteger la integridad personal de todo NNA independientemente de su nacionalidad o estatus migratorio. Esto subraya la importancia de tomar acción en el asunto y tratarlo con urgencia.

A lo largo del estudio, si bien se encontraron algunas limitaciones como el acceso a información desagregada que ponga en evidencia la cantidad de NNA institucionalizados por su situación de movilidad y necesidades de protección, esta propuesta busca ser un estudio actualizado, además de incentivar a posibles líneas de investigación en el futuro que refuercen este problema en aras al interés superior de toda la niñez y adolescencia migrante no acompañada y separada, y su particular nivel de vulnerabilidad.

Referencias bibliográficas

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. (2023). *Child protection*. <https://emergency.unhcr.org/protection/persons-risk/child-protection>
- Botero, A. (2022). Protegiendo a la niñez migrante y refugiada de las Américas. *Dialogo Interamericano*. <https://www.thedialogue.org/analysis/protegiendo-a-la-ninez-migrante-y-refugiada-en-las-americas/?lang=es>
- Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional. (2021). Informe de Observancia de Movilidad Humana de niños, niñas y adolescente de nacionalidad venezolana en Ecuador. https://www.igualdad.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/06/informe_obs_movhumana_nnvenez2.pdf
- Gimeno-Monterde, C. y Guitérrez-Sánchez, J. (2019). Fostering unaccompanied migrant minors. A cross-border comparison. *Children and Youth Services Review* 99, ISSN 0190-7409, 36-42. <https://doi.org/10.1016/j.childyouth.2019.01.035>.
- Guerra, J. (2023). Los riesgos de protección de la niñez migrante. Por zoom. Quito. <https://drive.google.com/file/d/11m5X2Pdwdv1kSUVSsETnrl1WiAWFQBa/view?usp=sharing>

- ICBF. (2023). Estadísticas Migrantes: beneficiarios Venezolanos en Servicios de Prevención. Análítica Institucional ICBF. Recuperado el 01 de junio de 2023 https://public.tableau.com/app/profile/anal.tica.institucional.icbf/viz/EstadisticasMigrantesICBF_16198291803590/INDICE?publish=yes
- Ortega Velásquez, E. (2019). Cuando los niños se vuelven migrantes: niñez detenida en México y dislocación del discurso de derechos humanos. *Norteamérica: Revista Académica del CISAM-UNAM* 14(2), 33-63. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8635766>.
- Paris Pombo, MD. (2022). Niñas, niños y adolescentes centroamericanos no acompañados solicitantes de Asilo en Norteamérica: entre la precariedad y la vulnerabilidad. *Revista Latinoamericana de Políticas y Acción Pública*, 9(1), 57-62. <https://doi.org/10.17141/mundosplurales.1.2022.5379>
- Proaño, B. y Valencia, J. (2023). El trabajo de sociedad civil en la protección de la niñez migrante. Por zoom. Quito. https://drive.google.com/file/d/1UBv8Vcel-Je5_REz-NPB7kReKYTx1XCFm/view?usp=sharing
- Sánchez, G., Chávez, P., Montenegro Núñez, M. y Lusk, M. (2022). La migración como fuente de vulneración de los derechos humanos de la niñez. *Estudios Fronterizos* 23, 1-19. <https://doi.org/10.21670/ref.2222106>
- Wenke, D. (2015). *Guidelines: Promoting the Human Rights and Best Interests of the Child in Transnational Child Protection Cases*. Council of Baltic Sea States Secretariat Stockholm, Suecia. ISBN. 978-91-980572-5-6.

Observaciones, opiniones, recomendaciones e informes

- CIDH (2008). *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*. Resolución 01/08. 3 al 14 de marzo de 2008.
- CIDH (2013). *El derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54/13. 17 de octubre de 2013.
- Ministerio de Inclusión Económica y Social (2017). Norma Técnica de Protección especial y acogimiento institucional. Acuerdo Ministerial N.º 31. RO. 989 del 29 de marzo de 2017.
- Ministerio de Inclusión Económica y Social (2021). Estrategia Nacional de Desinstitucionalización de Niños, Niñas y Adolescentes privados del medio familiar o en riesgo de estarlo. Acuerdo Ministerial N.º MIES-2021-035 del 21 de mayo del 2021.
- Ministerio de Inclusión Económica y Social (2023). Informe de Acogimiento Institucional. Reporte de Datos Agosto 2023. https://www.inclusion.gob.ec/wp-content/uploads/2023/10/acogimiento_institucional_agosto_2023-signed0268101001695417672-signed-signed0016903001696018139.pdf
- Proceso de Quito. (2018). Guía operativa para la Cooperación transnacional en la Protección especializada de la niñez en procesos de movilidad humana. <https://www.procesodequito.org/sites/g/files/tmzbdl466/files/2023-02/GUIA-OPERATIVA.pdf>.
- ONU (2009). Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. *DIRECTRICES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. 22 de diciembre de 2009.
- ONU (2017). Comité de los Derechos del Niño y Comité de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios. *Observación General Conjunta 3 y 22*. 16 de noviembre de 2017.

- ONU (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1989.
- ONU (2005). Comité de los Derechos del Niño. *Observación General No. 6*. 01 de septiembre de 2005.
- ONU (2010). Asamblea General. *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado*. 24 de febrero de 2010.
- ONU (2020). Relator Especial sobre Derechos Humanos de los Migrantes. *Poner fin a la detención de menores por razones de inmigración y proporcionarles el cuidado y la acogida adecuados*. 20 de julio de 2020.

Leyes

- Congreso Nacional (2003). Código de la Niñez y Adolescencia. Registro Oficial 737 del 03 de enero de 2003.
- Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos (2022). Ley de Migración. Diario Oficial de la Federación del 29 de abril de 2022.
- Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos (2023). Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Diario Oficial de la Federación del 25 de mayo de 2023.
- Presidencia de la República del Ecuador (2022). Decreto Ejecutivo No. 436 sobre proceso de regularización de ciudadanos venezolanos, primera etapa. Registro Oficial Tercer Suplemento 84 del 15 de junio de 2022.

Sentencias

- Corte Constitucional del Ecuador (2021). Sentencia N.º 246-21-EP/23 del 12 de julio de 2023.
- Corte Constitucional del Ecuador (2021). Sentencia N.º 2120-19-JP/21 del 21 de septiembre de 2021.
- Corte IDH (2010). *Caso Vélez Loor c. Panamá, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 23 de noviembre de 2010. Serie C N.º 218.
- Corte IDH (2013). *Familia Pacheco Tineo c. Bolivia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 25 de noviembre de 2013. Serie C. N.º 272.
- Corte IDH (2014). *Opinión consultiva 21/2014* del 19 de agosto de 2014. Serie A N.º 21.
- Corte IDH (2018). *Caso Ramírez Escobar y otros c. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 09 de marzo de 2018.

DERECHO FUNDAMENTAL DE ASILO: AVANCES Y VACÍOS DE PROTECCIÓN EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

The Fundamental Right to Asylum: Developments and Gaps of Protection in the Constitutional Jurisdiction of Colombia

LAURA VANESSA VANEGAS HERRERA¹
Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia

Resumen

En Colombia, la decisión sobre a quién se le reconoce el derecho de asilo porque corre riesgo de ser perseguido, torturado o sufrir graves vulneraciones a sus derechos humanos si regresa a su país de origen la toma el Ministerio de Relaciones Exteriores, una autoridad administrativa perteneciente a la rama ejecutiva. Aunque el contexto migratorio colombiano de la última década convierte al asilo en un área importante en la toma de decisiones judiciales, este derecho fundamental y el rol judicial para su protección se ha estudiado poco en Colombia. Ante este panorama, este texto busca identificar los avances y vacíos de protección del derecho de asilo en la jurisprudencia de jueces constitucionales de Colombia, para lo cual desarrolla un análisis jurisprudencial, y presenta recomendaciones para su protección judicial.

Palabras clave

Asilo, Refugio, Tutela, Jurisdicción constitucional, Corte Constitucional.

Abstract

In Colombia, the Ministry of Foreign Affairs, an administrative authority belonging to the executive branch, decides who is granted the right to receive asylum because they are at risk of persecution, torture, or serious human rights violations. In the last decade, matters related to asylum have become an important issue in judicial decision-making. However, the fundamental right to asylum and the judicial role in its protection has been little studied in Colombia. Therefore, this text seeks to identify the developments and gaps in the protection of the right to asylum in the decisions of constitutional judges in Colombia. To this end, this text presents the results of the analysis of case law in Colombia. Finally, the text gives recommendations for the judicial protection of this constitutional right.

Key words

Asylum, Refugee, *Tutela*, Constitutional Jurisdiction, Constitutional Court.

1. Introducción

Históricamente, Colombia no ha sido un país receptor de personas extranjeras. Por el contrario, con su experiencia de conflicto armado y el desplazamiento forzado, muchos fueron los

¹ Abogada y Magíster en Derecho, Gobierno y Gestión de la Justicia de la Universidad de los Andes. Asesora de la Clínica Jurídica para Migrantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Correo electrónico: lv.vanegas@uniandes.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-1069-4912>.



colombianos que encontraron en la salida del país la vía para proteger su vida. No obstante, desde la última década, los flujos migratorios empezaron a cambiar, principalmente por la migración de personas de nacionalidad venezolana. En ese contexto, con corte en agosto de 2023, Colombia se convirtió en el país de la región latinoamericana con mayor cantidad de personas migrantes y con necesidad de protección internacional de nacionalidad venezolana, con 2.894.593 de un total de 6.521.978 (Plataforma de Coordinación Interagencial para Refugiados, 2023).

De acuerdo con ACNUR (2023), Colombia es el tercer país a nivel mundial que recibe la mayor cantidad de solicitantes de asilo (2,5 millones). Además, según el Ministerio de Relaciones Exteriores (MRE), del 2017 al 2023 el país ha recibido 55.666 solicitudes de refugio, pero entre 2017 y 2023 sólo ha reconocido como refugiadas a 1.473 personas (MRE, 2023), es decir, a un 2,6% del total de solicitantes.

Las bajas cifras de reconocimientos se deben a que el sistema de asilo en Colombia se ha debilitado, lo cual no es coherente con sus obligaciones internacionales, pues el Estado colombiano es parte de la Convención para el Estatuto de los Refugiados de 1951, el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967 y la Declaración de Cartagena de 1984. Después, incorporó el derecho de asilo como un derecho fundamental en el artículo 36 de su Constitución Política de 1991.

En Colombia, las autoridades administrativas como el MRE han asumido un rol protagónico en el procedimiento de asilo, pero la justicia constitucional, conformada por los jueces de tutela y la Corte Constitucional, se ha perfilado como un actor relevante. Cada vez son más las demandas de esta población que se canalizan a través del uso de la acción de tutela, un mecanismo judicial de protección de derechos fundamentales (Moreno y Pelacani, 2023). En general, la intervención de los jueces ha generado un impacto positivo para la protección de derechos de esta población. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional aún es escasa e incipiente en cuanto al derecho fundamental de asilo, lo cual contribuye a que sea un derecho debilitado. Esto ha empezado a cambiar por la llegada de personas que cumplen el perfil de refugiados y solicitan su reconocimiento, convirtiéndose en un asunto cada vez más relevante para el derecho constitucional.

Pese a la relevancia de la intervención judicial en casos de asilo, en realidad este tema ha sido poco estudiado desde el Derecho. Por tanto, esta investigación pretende identificar los avances y vacíos de protección judicial del derecho fundamental de asilo en Colombia. De esa manera, busca contribuir al debate del rol del juez constitucional en materia de asilo, un tema relativamente reciente en el país que presenta una interacción clara entre el Derecho Internacional de Derechos Humanos (DIDH) y el Derecho Internacional de los Refugiados (DIR) con el derecho interno. Este texto expone y analiza las principales decisiones de jueces constitucionales de Colombia, y propone estrategias jurídicas para la protección judicial de este derecho, apoyándose en decisiones judiciales de otros países de la región latinoamericana.

2. El asilo: de prerrogativa estatal a derecho humano

El asilo es la protección que otorga un Estado a una persona extranjera que ha venido a solicitarla. Su incorporación en el derecho internacional fue consecuencia de las graves violaciones a los derechos humanos derivadas de la Segunda Guerra Mundial, lo que dio paso a que fuera entendido como derecho humano. Así, se incluyó en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y en su Protocolo de 1967, para ampliar el ámbito de protección

del asilo a quienes tuvieran miedo fundados de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. Dos décadas más tarde esta definición fue ampliada por la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984, la cual fue promovida principalmente por Colombia (Mondelli, 2018). Según esta también se considera refugiada a la persona que huye porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

A nivel regional, el asilo fue codificado en el artículo 22.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de 1969, por solicitud de Colombia, y en las constituciones políticas de 16 países² de la región. Pese a esto, lo cierto es que en las legislaciones internas de los Estados latinoamericanos se ha empleado en mayor medida el término “refugio” y no “asilo”, lo cual ha contribuido a la recurrente confusión entre ambas instituciones jurídicas, y a que se debilite la protección del refugio.

En esta investigación se acoge la interpretación del artículo 22.7 de la CADH hecha por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en su Opinión Consultiva 25/18, según la cual el asilo cubre la condición de refugiado. Entonces, se asume que tanto el asilo como el refugio buscan la protección internacional de personas extranjeras en un Estado; que el refugio hace parte del derecho de asilo, en tanto una persona refugiada adquiere su estatus en virtud del derecho de asilo, y que su alcance dependerá de los compromisos internacionales asumidos por cada Estado (Arlettaz, 2015, p. 90).

2.1. El asilo en Colombia: un derecho fundamental debilitado

El artículo 36 de la Constitución Política de 1991 señala que “[S]e reconoce el derecho de asilo en los términos previstos en la ley”. Para Colombia, este derecho es de obligatorio cumplimiento en tanto es un derecho fundamental y hace parte del bloque de constitucionalidad (Const. 1991, art. 96). Como su texto es particularmente abstracto e indeterminado y no existe legislación que lo desarrolle, no se reconoce ni protege, incluso en instancias judiciales. En particular, esta situación se presenta debido a la mencionada confusión conceptual entre “asilo” y “refugio”, la cual ha excluido a este último de la protección del derecho de asilo. Como se verá, la jurisprudencia colombiana tampoco hace una distinción clara entre estos términos.

El artículo 36 de la Constitución no reduce el derecho de asilo al de la tradición latinoamericana. Por el contrario, su texto “deja abierta la posibilidad de la inclusión de causas o motivos específicos que requiera el país o región, como podrían ser todos los incluidos en la conclusión tercera de la Declaración de Cartagena de 1984” (Kastilla, 2019, p. 192). Finalmente, “el contenido de este asilo habrá de ser respetuoso con el estatuto jurídico reconocido al refugiado por el ordenamiento jurídico internacional” (Orihuela, 2016, p. 66).

La Corte Constitucional de Colombia ha determinado que el derecho de asilo está consagrado esencialmente en convenciones internacionales (C-396 de 1995), y que como el asilo es un instrumento para cumplir con los fines esenciales del Estado, el legislador puede establecer límites válidos a este derecho (C-537 de 2008). Por último, ha afirmado que para interpretar el alcance de este derecho hay que remitirse a las leyes aprobatorias de tratados o convenciones internacionales de las cuales el Estado es parte. Por otro lado, en su

² Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela.

sentencia T-144 de 2021 expresó que, si bien la Constitución “no alude expresamente a los refugiados ni a sus derechos fundamentales”, el asilo y el refugio son semejantes en cuanto a los fines de protección internacional que persiguen. Entonces, la Corte aún no ha llegado a equiparar el derecho de asilo con el refugio, pero ha abierto la puerta para argumentar que su protección debe ser similar.

2.2. Falencias del procedimiento de asilo en Colombia

En la región latinoamericana, por lo general, el reconocimiento de la condición de refugiado es un procedimiento de carácter administrativo (Murillo, 2011, p. 59), y tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como la Corte IDH han señalado que estos procedimientos deben ser respetuosos del derecho al debido proceso y de sus garantías (CIDH, 2020), pues todas ellas guardan una relación de interdependencia con el principio de no devolución. La principal falencia del procedimiento de asilo en Colombia es la inobservancia del debido proceso, pero también existen otras como el limitado acceso a servicios y derechos durante el estudio de la solicitud³, y su incompatibilidad con otros mecanismos de protección y de regularización migratoria.

En primer lugar, en Colombia el procedimiento de refugio ha tenido varias reglamentaciones⁴, de las cuales está vigente la del Decreto 1067 de 2015 del MRE. De su lectura es posible concluir que el procedimiento se ha venido desmejorando en términos de debido proceso pues, para abarcar sus etapas, el MRE, desde la pérdida de vigencia del Decreto 4503 de 2009, no tiene un límite de tiempo para concluirlo. En la práctica, los solicitantes pueden llegar a esperar hasta 4 años para recibir una decisión de fondo sobre su reconocimiento (MRE, 2023).

Por otro lado, el MRE suele expedir decisiones de rechazo de solicitudes por su presentación extemporánea, generalmente basadas en Actas —directrices internas del MRE⁵— y sin hacer un estudio profundo de las razones individuales que fundamentan la extemporaneidad. En particular, desde el 06 de octubre de 2021, por medio del Acta 09, el MRE tomó la decisión de empezar a rechazar, de manera retroactiva, las solicitudes de refugio presentadas por personas venezolanas después de 2 o más años desde el ingreso al país, medida que después se mantuvo mediante el Acta 06 de 2022. Estas Actas no forman parte de la normativa interna en materia de refugio y no son públicas. Únicamente se conocen extractos de ellas, los cuales son incluidos en las resoluciones de rechazo de las solicitudes.

Finalmente, el asilo en Colombia se ha tomado, erróneamente, como incompatible con otras medidas de protección temporal y de regularización migratoria. Es por eso que un solicitante de asilo de nacionalidad venezolana en Colombia no puede tener, al mismo tiempo, el salvoconducto SC-2 y el Permiso por Protección Temporal (PPT), creado en el año 2021 en el marco del Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos⁶,

³ El documento de regularización migratoria que se les entrega, llamado salvoconducto de permanencia SC-2, solo permite acceder al sistema de salud, pero no habilita para ejercer actividades laborales. Por otro lado, además del salvoconducto, el MRE no contempla algún tipo de acompañamiento psicológico ni económico para quienes solicitan asilo.

⁴ Decreto 2817 de 1994; Decreto 1598 de 1995; Decreto 2450 de 2002; Decreto 4503 de 2009; Decreto 2840 de 2013 y Decreto 1067 de 2015.

⁵ Por ejemplo, el Acta 09 del 06 de octubre de 2021, y el Acta 06 del 16 de diciembre de 2022. Esta última excluye de la medida de rechazo por extemporaneidad las solicitudes presentadas por niños, niñas y adolescentes, y personas con enfermedades catastróficas.

⁶ Es una medida que ha permitido a muchas personas venezolanas acceder a la regularización migratoria, pero no puede socavar o ser incompatible con la figura del refugio.

y tampoco podrá, independientemente de su nacionalidad, ser titular de alguna visa, pues la disposición normativa de la Resolución 5477 de 2022 del MRE señala que no admitirán las solicitudes de visa de personas que tienen en curso una solicitud de refugio. Estas falencias son las que propician la vulneración de derechos que ha sido analizada por los jueces en Colombia.

3. El derecho de asilo en la jurisprudencia de jueces constitucionales de Colombia

3.1. Fallos de tutela de juzgados y tribunales de Colombia

En esta sección se exponen 4 casos de tutela, cada uno con sentencia de primera y segunda instancia. Vale la pena destacar que algunas de estas decisiones judiciales forman parte de expedientes seleccionados por la Corte Constitucional para su revisión, pero que a la fecha de cierre de esta investigación continúan sin sentencia.

3.1.1. Caso 1: Rechazos masivos de solicitudes de asilo por presentación extemporánea

En julio de 2022, cinco accionantes presentaron una tutela en contra del MRE, pues consideraron que esta entidad vulneró sus derechos de asilo, debido proceso, acceso a la información e igualdad al rechazar sus solicitudes de asilo bajo el único argumento de su presentación extemporánea, con base en lo determinado en el Acta 09 de 2021 de esa misma entidad, de la cual desconocen su contenido. Los accionantes manifestaron que el rechazo de sus solicitudes fue arbitrario y no fue debidamente motivado, toda vez que el MRE omitió analizar individualmente las razones que expusieron para presentar la solicitud de asilo de manera extemporánea.

En la tutela, los accionantes expusieron que en todos los actos administrativos de rechazo y en las respuestas a los recursos de reposición, el MRE omitió valorar los argumentos concretos sobre la presentación extemporánea y se basó en el mismo extracto textual del Acta 09 de 2021. En su sentencia del 10 de agosto de 2022, el Juzgado 49 Civil del Circuito de Bogotá negó las pretensiones de los accionantes, sin emitir ningún pronunciamiento con respecto al derecho de asilo.

Los accionantes impugnaron la decisión de primera instancia, la cual le correspondió a la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. El 14 de septiembre de 2022 se notificó la sentencia, por la cual la jueza dejó sin efectos las actas de rechazo y ordenó al MRE que procediera a estudiar nuevamente sus solicitudes de asilo. En esta sentencia se determina que el Acta 09 de 2021, por jerarquía normativa, “no tiene fundamento jurídico, [...] no puede entrar a suplir, reemplazar o adicionar la disposición que rige la materia”, es decir, el Decreto 1067 de 2015. También, al analizar las facultades de la Comisión Asesora para la Determinación de la Condición de Refugiado del MRE, la jueza de tutela concluye que esta entidad no está facultada para modificar las causales de rechazo ni agregar requisitos no contemplados en la norma.

En un caso similar al de este expediente, la Corte Constitucional del Ecuador decidió sobre la vulneración de derechos de un solicitante de asilo al que le denegaron su petición por presentarla de forma extemporánea, con posterioridad a los 15 días de su llegada al país, como la disposición legal de ese país lo exigía. En esa oportunidad, la Corte ecuatoriana manifestó que es posible establecer plazos para la presentación de la solicitud, pero se deben tener en cuenta las circunstancias particulares del accionante. Esto, a su parecer, debe ser acorde con el disfrute del “contenido mínimo esencial de los derechos constitucionalmente consagrados”, lo cual incluye el “deber de los operadores de justicia de materializar los derechos constitucionales de manera evolutiva, sistémica y teleológica para que los derechos, en

caso bajo estudio de refugio y no devolución, tengan un alcance real y se proteja su núcleo esencial” (Corte Constitucional del Ecuador, 2015, Sentencia N.º 090-15-SEP-CC).

Por su parte, el Juzgado Segundo de Distrito del Centro Auxiliar de la Primera Región de la Ciudad de México, en la sentencia A. I. 119/2018, determinó que no hay una “razón constitucionalmente válida o admisible para establecer un límite temporal al derecho a ser reconocido como refugiado”, debido a que esa medida “no puede hacerse depender del cumplimiento de un plazo prescriptivo” (p. 41), sino centrar su atención en los motivos que obligaron a salir a la persona.

3.1.2. Caso 2: prohibición de concurrencia de medida de protección temporal con la protección internacional del asilo

En junio de 2022, 23 solicitantes de asilo de nacionalidad venezolana presentaron una acción de tutela en contra de la Presidencia de la República, del MRE y de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia (Migración Colombia). Esto por cuanto consideraron que estas entidades vulneraron sus derechos al requerirles desistir del procedimiento de asilo para, en su lugar, obtener el documento de regularización PPT. Mencionaron que esta exigencia no es acorde con el DIR, que implica renunciar a sus garantías de protección, y que no pueden reemplazar ni impedir que se continúe con su trámite de asilo. Adicionalmente, explicaron que presentar un desistimiento a su trámite de asilo no es una decisión voluntaria, pese a que la norma así lo señale, pues se toma suponiendo que la opción más favorable en el corto plazo es acceder al PPT y desistir del asilo.

El 06 de julio de 2022 la sección tercera del Juzgado 66 Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá decidió no amparar los derechos de los accionantes y negar las pretensiones solicitadas. El juez no planteó ninguna consideración sobre el derecho de asilo, sino que se concentró en el análisis de la normativa que prohíbe la concurrencia de dos o más permisos expedidos por Migración Colombia.

La decisión de primera instancia fue impugnada, correspondiéndole a la sección segunda - subsección “E” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca emitir sentencia de segunda instancia. El análisis de esta sentencia del 03 de agosto de 2022 se centró en la vulneración del derecho a la igualdad de los accionantes con respecto a las demás personas venezolanas. Sobre esto, el Tribunal manifestó no encontrar vulneración alguna a sus derechos, puesto que los accionantes no pueden pretender “que se les mantengan las condiciones como solicitantes de refugio y al mismo tiempo se les permita tener el PPT, por expresa prohibición normativa” (p. 18). Al igual que el juez de primera instancia, en este caso se adujo que la no concurrencia de permisos es una disposición normativa que no puede ser inaplicada en el caso particular. En consecuencia, confirmó la sentencia de primera instancia y negó la protección de los derechos de los accionantes.

Este expediente (T-8.965.398) fue seleccionado por la Corte Constitucional para su revisión el 28 de octubre de 2022, bajo los criterios de necesidad de pronunciarse sobre determinada línea jurisprudencial, la exigencia de aclarar el contenido y alcance de un derecho fundamental y la urgencia de proteger un derecho fundamental. La Corte abordó este caso a través de la sentencia T-223 de 2023, en la cual señaló que la solicitud de desistimiento del refugio no está afectando los derechos de los accionantes, razón por la cual les negó el amparo.

3.1.3. Caso 3: Prohibición de sancionar a personas con necesidad de protección internacional por ingreso irregular al territorio

En esta ocasión, 7 solicitantes de nacionalidad venezolana acudieron a la protección judicial de sus derechos de asilo, debido proceso, igualdad y unidad familiar, los cuales consideraron que fueron vulnerados por Migración Colombia y por el MRE. Explicaron que son personas con enfermedades graves para las que no hay tratamientos disponibles en su país, por lo que tuvieron que salir de allí. Manifiestan que Migración Colombia, en vez de darles a conocer su derecho a solicitar asilo, les inició procedimientos administrativos sancionatorios migratorios⁷ en el momento en el que acudieron, de buena fe y con desconocimiento del ordenamiento jurídico, a consultar la posibilidad de obtener un documento de regularización migratoria para poder afiliarse al sistema de salud.

Señalaron que esto desconoció la prohibición de sanción por estas causas a solicitantes de asilo establecida en el artículo 31 de la Convención de 1951, y que la autoridad les motivó a renunciar a su derecho de defensa al hacerles firmar documentos sin conocer o entender su contenido. Narraron que esto impide que se continúe con el trámite de sus solicitudes de asilo y que su posibilidad de obtención del PPT se vea disminuida, toda vez que una causal expresa de su rechazo es tener procedimientos sancionatorios en curso, lo cual, además, vulnera su presunción de inocencia, al no haber sido declarados infractores de la normativa migratoria.

La tutela fue asignada a la Sección Segunda del Juzgado 22 Administrativo de la Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, y este decidió el 07 de septiembre de 2021. En la sentencia el juez de primera instancia consideró que no se transgredió la prohibición de sanción por ingreso y permanencia irregular “porque en los casos concretos, la condición de personas refugiadas aún no ha sido reconocida” (p. 18). Por este motivo, no emitió órdenes tendientes a impedir la continuación de los procedimientos sancionatorios.

La sentencia fue impugnada y le correspondió a la Sección Tercera, subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el cual decidió el 25 de octubre de 2021. Las consideraciones de la sentencia se centraron en el análisis del derecho al debido proceso y en la facultad de Migración Colombia para sancionar a los extranjeros en el territorio. Además, el juez afirmó que esta prohibición de sanción se limita a las de tipo penal, no administrativas, y que por tanto no se aplicaba en el caso particular. Al final, confirma la decisión del juez de primera instancia, pero llega a esta conclusión a través de otra línea argumentativa.

En las dos sentencias de tutela se puede apreciar un desconocimiento sobre la prohibición de sancionar a refugiados, al decir que este derecho solo aplica a personas ya reconocidas, y al considerar que esta prohibición se limita a las sanciones de carácter penal, dejando de fuera las administrativas. En ninguna de las dos sentencias se hizo un análisis del derecho de asilo ni de cómo la sanción impuesta a estas personas puede vulnerar este derecho.

Este expediente de tutela (T-8.511.744) fue seleccionado por la Corte Constitucional para su revisión el 31 de enero de 2022, y en abril de 2023 publicó la sentencia T-100 de 2023, mediante la cual resolvió el caso. En esta, la Corte no hizo el análisis de los “aspectos relacionados con el derecho de asilo y los trámites para obtener la condición de refugiado” pues consideró que las pretensiones de la tutela no buscaban “cuestionar la legalidad de las actuaciones surtidas al interior de los procesos de solicitud de la condición de refugiado”

⁷ Estas sanciones pueden ser la imposición de una multa, la deportación o la expulsión.

(párr. 83). No obstante, llegó a la conclusión de que Migración Colombia debía abstenerse de rechazar la expedición de PPT a personas con procesos administrativos sancionatorios migratorios por ingreso y permanencia irregular en curso, así como los policivos.

3.1.4. Caso 4: Derecho al trabajo y debido proceso de solicitantes de asilo

En junio del año 2020 fue presentada una acción de tutela conjunta por parte de 39 personas solicitantes de asilo que consideraron que sus derechos al mínimo vital, al trabajo y al debido proceso fueron vulnerados por parte del MRE y Migración Colombia, al no permitirles ejercer actividades laborales en el país durante el período de estudio de sus solicitudes de asilo. Los accionantes argumentaron que llevaban entre 2 y 3 años esperando respuesta a sus solicitudes y que no han podido acceder a un trabajo formal por la barrera que existe para portadores de salvoconducto SC-2 para resolver situación de refugio.

El Juzgado 43 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá emitió la sentencia de primera instancia. En la sentencia se señaló que el derecho al trabajo no fue vulnerado debido a que los accionantes “pueden acceder a la solicitud de visado que le otorgue la autorización laboral, obviamente cumpliendo los trámites pertinentes para dicha opción” (p. 18). Ante el proceso, el juez consideró que se debía avanzar con la etapa de entrevista de los accionantes, que antecede a la decisión de fondo. En ese sentido, ordenó las entrevistas.

La Sección Primera, subsección A, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, conoció la impugnación de la sentencia, que garantizó el derecho al debido proceso de los accionantes. Por un lado, se pronunció sobre la vulneración del derecho al debido proceso que se origina por la ausencia de términos para llevar a cabo el procedimiento de asilo. Por el otro, hizo referencia a la CADH y a consideraciones de la Corte IDH para justificar su argumento de vulneración al debido proceso y al plazo razonable en procedimientos de asilo. De esa manera, en esta sentencia se determinó que el plazo razonable en el procedimiento de refugio debería ser el mismo tiempo de vigencia del salvoconducto de permanencia SC-2⁸.

La consideración del juez de segunda instancia sobre el plazo razonable que se equipara al tiempo de vigencia del salvoconducto SC-2, se podría decir, es de las únicas que existentes en la jurisprudencia colombiana sobre el asunto. Este expediente de tutela fue seleccionado para revisión por parte de la Corte Constitucional el 16 de abril de 2021, bajo el número T-8.118.741. El criterio de selección fue la urgencia de proteger un derecho fundamental, pero aún no cuenta con sentencia.

En un caso similar, la Corte Constitucional de Ecuador señaló que la vulneración del debido proceso en el marco de un procedimiento de refugio puede influir en la negativa de la autoridad para concederlo, razón por la cual, en el caso que estudió, la autoridad migratoria vulneró “el derecho a solicitar asilo del accionante consagrado en el artículo 41” de la Constitución Política de Ecuador (Sentencia N.º 897-11-JP/20). Lo que se resalta de esta sentencia es que, además de tratar el derecho al debido proceso administrativo, protegió el derecho de asilo y estableció la vulneración de este último sin seguir los parámetros del derecho al debido proceso.

3.2. Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia

La jurisprudencia de la Corte colombiana es extensa para la mayoría de los derechos fundamentales. No obstante, sobre el derecho de asilo no hay un desarrollo amplio, y el existente se reduce al debido proceso administrativo en el marco del reconocimiento de la condición

⁸ Su vigencia es de 180 días calendario.

de refugiado⁹. Cabe resaltar que, como el marco normativo migratorio del país, la jurisprudencia sobre el asilo es fragmentaria y dispersa, en el sentido de que este no es el tema principal de las sentencias.

3.2.1. Escenario 1: El desplazamiento forzado y la protección internacional

En las sentencias T-1161 de 2003 y T-459 de 2016 la Corte empezó a delimitar las categorías de personas con necesidad de protección internacional, y reconoció que quienes han sido víctimas de desplazamiento forzado están a un paso de convertirse en refugiados, pues la “búsqueda de refugio es consecuencia de la no protección que le ofrece el Estado a sus nacionales” (T-1161 de 2003). A partir de esta diferenciación, indicó que “tanto en el caso del refugiado como en el del desplazado, el abandono de su arraigo corresponde a circunstancias similares” (T-459 de 2016), razón por la cual concluye que la protección que se le brinde a las personas que pasen por estas situaciones debe ser similar.

Además, determinó que estas personas gozan de especial protección constitucional, ya que tienen condiciones de debilidad que les imposibilita su proyecto de vida, las expulsaron de su sitio de origen y están expuestas a vulneraciones de sus derechos fundamentales (T-459 de 2016). Bajo el argumento de que las circunstancias fácticas son similares tanto para desplazados internos como para refugiados, en la sentencia T-459 de 2016 la Corte aplicó por analogía las normas de derechos humanos, de Derecho Internacional Humanitario y del DIR a la población colombiana expulsada de Venezuela en el 2015.

3.2.2. Escenario 2: La protección internacional a la luz del debido proceso

El desarrollo más amplio que ha tenido el asilo en la jurisprudencia ha sido el relacionado con el debido proceso administrativo en reconocimientos de la condición de refugiado. Pese a esto, solo se ha abordado de forma parcial, toda vez que no se ha llegado a analizar cómo la inexistencia de términos para decidir sobre solicitudes de refugio vulnera el debido proceso, como ocurre en la sentencia T-266 de 2021.

La sentencia más citada por la Corte es la T-704 de 2003, en la cual se deja claro que, en algunos casos, la acción de tutela procede contra la negativa a otorgar la condición de refugiado, pues la nulidad y restablecimiento del derecho no es el mecanismo más idóneo para controvertir aquella decisión, y que hace parte del debido proceso que a los solicitantes de refugio a los que un Estado les niegue tal condición les gestione su admisión legal en otro país.

La Corte ha tenido la oportunidad de profundizar temas como la protección complementaria, pero en realidad no lo ha analizado y solo las trata como una visa que se concede por discrecionalidad del MRE. Por ejemplo, en la sentencia T-250 de 2017, señaló que las medidas complementarias se refieren a un “asunto completamente distinto” a la protección internacional de la definición legal de refugiado. Además, consideró que, al comunicar tales medidas a la persona, el MRE debe explicar en qué consisten y notificar oportunamente esta información, una vez ejecutoriada la resolución que niega la solicitud de refugio.

En el debido proceso es importante mencionar las consideraciones dadas por la Corte ecuatoriana, la cual se ha pronunciado sobre los términos para llevar a cabo las etapas del procedimiento de refugio, en particular para interponer recursos en contra de la decisión negativa de reconocimiento de una persona como refugiada. Esto lo hace enfocándose en un

⁹ Se revisaron 56 providencias en las que se mencionan las palabras “refugio” o “asilo”, de las cuales solo fueron seleccionadas 8, bajo el criterio de ser las que más abordaron el tema de esta investigación.

análisis del derecho a la igualdad, tomando como punto de comparación el procedimiento de refugio con los demás trámites de extranjería de aquella nación. Así, en una demanda de inconstitucionalidad, se argumentó que la existencia de términos de 3 y 5 días para presentar recursos administrativos en contra de una decisión negativa de reconocimiento de persona como refugiada resulta vulneradora del derecho a la igualdad, pues para los demás trámites de extranjería de aquel país hay términos más extensos, de 15 días.

Frente a este argumento, la Corte ecuatoriana indica que “[L]a diferenciación descrita genera una injustificada distinción o segregación que atenta contra la igualdad, al otorgar plazos menores de impugnación a las personas que solicitan el derecho humano al refugio” (Sentencia 002-14-SIN-CC, p. 47). Además, extiende esta consideración para indicar que, incluso, el plazo de 15 días para presentar una solicitud de refugio al “ingreso a territorio ecuatoriano, resulta igualmente injusto en tanto contiene un período mínimo” (p. 48). Contrario a las apreciaciones de los jueces de Ecuador, en Colombia no existe un pronunciamiento sobre la ausencia de términos para llevar a cabo las etapas del procedimiento de asilo.

4. El juez constitucional de Colombia en la protección del derecho de asilo

Los jueces constitucionales han asumido un rol importante en la protección de los derechos de las personas extranjeras en Colombia (Moreno y Pelacani, 2020). Sin embargo, sobre el derecho de asilo aún no existe tanta jurisprudencia, lo cual podría cambiar pronto por la selección de los expedientes T-8.118.741, T-9.217.712¹⁰ y T-9.666.794¹¹ y por las recientes decisiones de la Corte Constitucional.

Resulta positivo que los jueces colombianos se hayan pronunciado sobre la vulneración del derecho al debido proceso en el reconocimiento de persona como refugiada. También, los ejercicios de interpretación han resultado relevantes para ser extendidos a otros casos con hechos y pretensiones similares. La aplicación de estándares del DIR a las situaciones de desplazamiento forzado hecha en las sentencias T-459 de 2016 y T-1161 de 2003 pueden dar paso a interpretaciones evolutivas de las definiciones de los instrumentos internacionales mencionados.

Pese a que hay avances, el análisis de la jurisprudencia colombiana aún deja grandes vacíos en cuanto al contenido e interpretación del derecho de asilo. Primero, existe un desconocimiento generalizado de asuntos migratorios por parte de los jueces de tutela de primera y segunda instancia, en especial en temas de protección internacional y sus diferencias con la regularización migratoria. Segundo, salvo algunos casos, estos jueces se han mostrado reacios a incorporar los estándares interamericanos en sus decisiones. La Corte Constitucional, por el contrario, ha incluido estos estándares. Tercero, la limitada interpretación del derecho ha conllevado a su baja protección en la jurisprudencia.

Según Castro (2018), la jurisprudencia de la Corte Constitucional está lejos de construir un abordaje constitucional integral a la problemática, y de llenar los vacíos legales y subsanar el déficit de protección de los solicitantes de asilo mediante reglas jurisprudenciales

¹⁰ Caso acompañado por la Clínica Jurídica para Migrantes de la Universidad de los Andes. El expediente fue seleccionado para su revisión el 30 de mayo de 2023, y referencia a la aplicación de enfoques diferenciales para la priorización del estudio de la solicitud de refugio de los adultos mayores, así como de la aplicación de la unidad familiar en estos procesos. Aún no cuenta con sentencia publicada, pero se anunció que será la SU-543 de 2023, M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera.

¹¹ Caso acompañado por la Clínica Jurídica para Migrantes. Seleccionado para su revisión el 30 de octubre de 2023, trata sobre la aplicación de medidas complementarias a una familia que no fue reconocida como refugiada, pero que requiere protección internacional.

(p. 281). Además, si bien su intervención “ha sido importante, esta sigue siendo bajo la lógica más tradicional del tipo órdenes y control y muy enfocada en la resolución de los casos individuales”, lo cual no ha permitido que se avance hacia un “abordaje estructural del fenómeno migratorio” (Moreno y Pelacani, 2020, p. 174).

De acuerdo con Thomas (2011), pese a su importancia, la concesión del asilo ha sido un área de interés descuidada por los estudiosos del Derecho, pero que requiere mayor atención, pues se toman decisiones que, si son erróneas, pueden tener como consecuencia directa que las personas sean víctimas de persecución, tortura o incluso la muerte. Por lo tanto, decidir quién tiene derecho al asilo y quién no plantea cuestiones difíciles sobre el alcance de las obligaciones legales del Estado hacia los nacionales de otros países, la protección de sus derechos humanos y la eficacia de los controles migratorios (p. 26).

El estudio de los retos que plantea el derecho de asilo para los jueces es particularmente relevante. En Colombia, las autoridades administrativas tienen un amplio margen de discrecionalidad y sus actuaciones están revestidas de legalidad, lo que dificulta la defensa de los afectados por estas. Según López (1991), en estos casos la experiencia “demuestra que, la más de las veces, solo la intervención judicial puede contrarrestar los obstáculos que se encuentran en el derecho de asilo” (p. 141). En efecto, las actuaciones del Estado y la falta de garantías mínimas de debido proceso en el procedimiento de refugio resultan en un “déficit en la protección que el estatus de refugiado ha de representar y en una desmesurada prevalencia de las prerrogativas del Estado soberano por encima de los derechos humanos de quienes aspiran a la protección” (Castro, 2018, p. 260).

Ante este panorama, los jueces constitucionales tienen una oportunidad valiosa. Pueden construir el derecho fundamental de asilo y revisar el asunto desde un punto más estructural. Además, podrían emitir órdenes específicas para las autoridades administrativas, para que sus procedimientos mejoren para garantizar los derechos y, a su vez, sean más céleres y eficaces. En este punto, los jueces de Ecuador, México y Chile tienen apreciaciones valiosas. En una sentencia de constitucionalidad, la Corte Constitucional de Ecuador amplió la definición de persona refugiada en la legislación nacional, con el fin de incluir la definición de la Declaración de Cartagena, además de la delimitada en la Convención de 1951 y en el Protocolo de 1967 (002-14-SIN-CC, p. 51). Por otro lado, en la sentencia N.º 114/2020 la Suprema Corte de Justicia de México acogió expresamente la interpretación del artículo 22.7 de la CADH, expuesta en la Opinión Consultiva OC-25/18. Por último, la Corte Suprema de Justicia de Chile, en la sentencia 131056-2020, al hacer un control de convencionalidad y “por razones de jerarquía normativa” en su ordenamiento jurídico, reconoció que la Convención de 1951 y la CADH deben prevalecer frente a las disposiciones internas que establecen el procedimiento de refugio.

5. Conclusiones

En este artículo se identificaron los avances y vacíos de protección del derecho de asilo en la jurisprudencia de jueces constitucionales de Colombia. Para ello, se expuso que el derecho de asilo es fundamental pero que, al estar alejado de las instancias judiciales, se ha debilitado. Además, se afirmó que el procedimiento de refugio en Colombia presenta varias falencias, las cuales derivan, por un lado, en la vulneración de los derechos de los solicitantes y, por el otro, en una prestación poco celer y eficaz de la función administrativa en cabeza del MRE. Estas afectaciones empezaron a ser analizadas por los jueces constitucionales mediante la acción de tutela, un mecanismo judicial para la protección de derechos fundamentales en Colombia. De esa manera, pese a que la jurisprudencia constitucional colombiana ha empezado a abordar la

vulneración del derecho de asilo, no se ha consolidado una línea jurisprudencial sólida, y los jueces aún tienen varios retos para garantizar la protección del derecho de asilo, dado que se enmarca en un terreno propio de autoridades administrativas y no judiciales.

Referencias bibliográficas

- Arlettaz, F. (2015). El caso Familia Pacheco Tineo: expulsión de extranjeros, niñez migrante y asilo. *Anuario de Derechos Humanos*, (11), 85-94.
- Castro, A. (2018). Colombia y el derecho de asilo: el reto de aplicar los estándares interamericanos. En Padrón, F y Correa, M (Eds.), *¿El Estado constitucional en jaque? Tomo II: El Estado constitucional y el derecho internacional* (pp. 257-282). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Kastilla, C. (2019). El asilo y la protección de las personas refugiadas en las constituciones de América. *Revista Temas de Derecho Constitucional*, 1 (1), 185-208.
- López, D. (1991). *El derecho de asilo*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ministerio de Relaciones Exteriores. (2023). *Guía de información para solicitantes de refugio en Colombia y personas reconocidas como refugiadas*. <https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/FOTOS2023/Guia%20Refugio%20en%20Colombia%2023-10-2023.pdf>
- Mondelli, J. (2018). *La fuerza vinculante de la definición regional de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados (1984)*. Instrumentos Regionales sobre Refugiados y temas relacionados.
- Moreno, C. y Pelacani, G. (2020). Corte Constitucional colombiana: ¿un escenario posible para el Experimentalismo Constitucional en materia migratoria? *Latin American Law Review*, 1 (5), 139-157. <https://doi.org/10.29263/lar05.2020.07>
- Moreno, C. y Pelacani, G. (2023). La respuesta del Estado colombiano frente a la migración proveniente de Venezuela: la regularización migratoria en detrimento del refugio. *Derecho PUCP*, (90), 495-520. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202301.014>
- Murillo, J. (2011). El derecho de asilo y la protección de refugiados en el continente americano. En ACNUR, *La protección internacional de los refugiados en las Américas* (pp. 51-74). Quito: Mantis Comunicación.
- Orihuela, E. (2016). El derecho a solicitar asilo: un derecho en fase terminal por las violaciones del derecho internacional. *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid*, (9), 57-113. <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6197>
- Thomas, R. (2011). Administrative Justice and Asylum Appeals: A Study of Tribunal Adjudication. En *Administrative justice and asylum appeals: a study of tribunal adjudication*. 1 edición., pp. xxvii-xxvii. Reino Unido: Bloomsbury Publishing.

Convenciones, tratados y conferencias

- ACNUR. (2023). *Tendencias globales. Desplazamiento forzado en 2022*.
- Corte IDH. (2018). *Opinión Consultiva OC-25/18 del 30 de mayo de 2018*. Serie A N.º 25.
- CIDH. (2020). *Debido proceso en los procedimientos para la determinación de la condición de persona refugiada, y apátrida y el otorgamiento de protección complementaria*.

Sentencias

- Corte Constitucional de Colombia (2021). *Expediente de Tutela N.º T-8.118.741*. Seleccionado el 16 de abril de 2021.

- Corte Constitucional de Colombia (2023). *Expediente de Tutela N.º T-9.217.712*. Seleccionado el 30 de mayo de 2023.
- Corte Constitucional de Colombia (2023). *Expediente de Tutela N.º T-9.666.794*. Seleccionado el 30 de octubre de 2023.
- Corte Constitucional de Colombia (1995). *Sentencia C-396 de 1995*. M.P. Hernando Herrera Vergara. Septiembre 07 de 1995.
- Corte Constitucional de Colombia (2003). *Sentencia T-704 de 2003*. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Agosto 14 de 2003.
- Corte Constitucional de Colombia (2003). *Sentencia T-1161 de 2003*. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Diciembre 04 de 2003.
- Corte Constitucional de Colombia (2008). *Sentencia C-537 de 2008*. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Mayo 28 de 2008.
- Corte Constitucional de Colombia (2016). *Sentencia T-459 de 2016*. M.P. Jorge Iván Palacio. Agosto 29 de 2016.
- Corte Constitucional de Colombia (2017). *Sentencia T-250 de 2017*. M.P. Alejandro Linares Cantillo. Abril 26 de 2017.
- Corte Constitucional de Colombia (2021). *Sentencia T-144 de 2021*. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. Mayo 19 de 2021.
- Corte Constitucional de Colombia (2021). *Sentencia T-266 de 2021*. M.P. Diana Fajardo Rivera. Agosto 09 de 2021.
- Corte Constitucional de Colombia (2022). *Sentencia T-100 de 2023*. M.P. Diana Fajardo Rivera. Abril 13 de 2023.
- Corte Constitucional de Colombia (2022). *Sentencia T-223 de 2023*. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo. Junio 21 de 2023.
- Corte Constitucional del Ecuador.(2014). *Sentencia N.º 002-14-SIN-CC* del 14 de agosto de 2014.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2015). *Sentencia N.º 090-15-SEP-CC* del 25 de marzo de 2015.
- Corte Constitucional del Ecuador (2020). *Sentencia N.º 897-11-JP/20* del 12 de agosto de 2020.
- Corte IDH. (2013). *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 25 de noviembre de 2013. Serie C N.º 272.
- Corte Suprema de Justicia de Chile (2021). *Rol N.º 131056-2020* del 15 de marzo de 2021.
- Juzgado 43 Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Cuarta (2020). Fallo de tutela del 07 de julio de 2020.
- Juzgado 49 Civil del Circuito de Bogotá (2022). Fallo de tutela del 10 de agosto de 2022.
- Juzgado Segundo de Distrito del Centro Auxiliar de la Primera Región de la Ciudad de México (2018). *Sentencia A. I. 119/2018* del 15 de enero de 2018.
- Juzgado Sexto Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Bogotá (2022). Fallo de tutela del 16 de febrero de 2022.
- Juzgado 22 Administrativo de la Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá (2021). Fallo de tutela del 07 de septiembre de 2021.
- Suprema Corte de la Justicia de la Nación de México (2021). *Recurso de amparo 114/2020* del 22 de septiembre de 2021.
- Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Subsección A (2020). Fallo de tutela del 20 de agosto de 2020.

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Tercera. Subsección C (2021). Fallo de tutela del 25 de octubre de 2021.

Tribunal Superior de Bogotá D.C. Sala Especializada de Asuntos Penales para Adolescentes (2022). Fallo de tutela del 25 de marzo de 2022.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala Civil (2022). Fallo de tutela del 14 de septiembre de 2022.

LA MIGRACIÓN IRREGULAR Y LAS VIDAS NO DESEADAS EN EL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO

Irregular Migration and Unwanted Lives in the Colombian Armed Conflict

JESSICA MENDOZA NIÑO¹

Investigadora independiente, Bogotá D.C, Colombia

Resumen

Mujeres y niñas en situación migratoria irregular y de pobreza provenientes de Venezuela, víctimas del conflicto armado colombiano, enfrentan barreras para acceder a la interrupción voluntaria del embarazo². El desconocimiento del marco legal, la interpretación restrictiva del marco normativo, las fallas en la prestación de los servicios, las violencias basadas en género³ en el marco del posacuerdo, así como factores de riesgo y vulnerabilidad son obstáculos que afectan a mujeres y niñas migrantes de manera especial y diferenciada. Este artículo busca analizar cuáles son las barreras que enfrenta esta población, en el marco del conflicto armado, para acceder a la IVE. Para responder a este interrogante se emplea una metodología cualitativa basada en entrevistas a profesionales dedicados a la atención de mujeres y niñas migrantes y refugiadas venezolanas.

Palabras clave

Mujeres, Migración irregular, Conflicto armado colombiano, Violencia, Aborto, Venezuela.

Abstract

Women and girls in an irregular migratory situation and in poverty from Venezuela, victims of the Colombian armed conflict, face barriers to access the voluntary interruption of pregnancy. Ignorance of the legal framework; the restrictive interpretation of the regulatory framework; failures in the provision of services; gender-based violence in the framework of the post-agreement and risk and vulnerability factors are obstacles that affect these people in a special and differentiated way. This article seeks to analyze what are the barriers that this population faces, in the framework of the armed conflict, to access the voluntary interruption

¹ Es abogada con grado de honor otorgado por la Universidad Católica de Colombia, especialista en Derecho Tributario y Aduanero de la misma universidad y magíster de las maestrías en Derecho Internacional y Construcción de Paz de la Universidad de los Andes. Ha trabajado como abogada, para el sector público y privado, en derecho corporativo, derechos humanos, construcción de paz y conflicto armado. Interesada en temas de género, migración y procesos de paz. Ha obtenido experiencia y trayectoria en el diseño, implementación, monitoreo y supervisión de estrategias de programas de cooperación internacional en apoyo de la sociedad civil y gobiernos locales, formulación ejecución de proyectos y manejo de recursos. Adicionalmente, en investigación de asuntos jurídicos y sociales relacionados con el género, los conflictos armados, las transiciones, la paz y el posconflicto. Actualmente trabaja como profesional de proyectos de investigación en la Escuela de Gobierno Alberto Lleras Camargo de la Universidad de los Andes. Correo electrónico: j.mendozan@uniandes.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-3675-900X>.

² La interrupción voluntaria del embarazo (IVE) es un derecho fundamental respaldado en el marco jurídico del Estado colombiano.

³ Violencias basadas en género (VBG). La ONU Mujeres menciona que la violencia de género se refiere “a los actos dañinos dirigidos contra una persona o un grupo de personas en razón de su género. Tiene su origen en la desigualdad de género, el abuso de poder y la existencia de normas dañinas. El término se utiliza principalmente para subrayar el hecho de que las diferencias estructurales de poder basadas en el género colocan a las mujeres y niñas en situación de riesgo frente a múltiples formas de violencia”. ONU. Mujeres. <https://www.unwomen.org/es/what-we-do/ending-violence-against-women/faqs/types-of-violence>



of pregnancy (VIP)? To answer this question, a qualitative methodology is used, based on interviews with professionals dedicated to the care of Venezuelan migrant and refugee women.

Keywords

Women, Irregular Migration, Colombian Armed Conflict, Violence, Abortion, Venezuela.

1. Introducción

Desde hace varios años, Venezuela enfrenta una crisis que comenzó durante el gobierno del presidente Hugo Chávez, producto de las masivas violaciones a los derechos humanos de sus habitantes definida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como “una crisis humanitaria compleja, grave y multidimensional” (CIDH, 2020, párr. 24). Con un impacto diferenciado y agravado de género sobre los derechos de las mujeres, especialmente los sexuales y reproductivos (CIDH, 2017, párr. 36), que se ha profundizado e intensificado significativamente desde el año 2015⁴ (Vivas y Páez, 2017). La violencia, la inseguridad, la escasez de alimentos, medicamentos y tratamientos médicos, entre otros, conllevaron el crecimiento exponencial de población venezolana forzada a migrar a otros países (CIDH, 2018, p. 1). Se considera que, a nivel mundial, para el mes de agosto del año 2023, se registra un número estimado de 7.710.887 venezolanos refugiados y migrantes; de estos, 6.527.064 se encuentran en América Latina y el Caribe, y 2.894.593 en Colombia, siendo este último el país que mayor migración venezolana recibe (Plataforma de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela R4V, 2023, párr. 1).

Dentro de esta población, para octubre del año 2022, el 51%⁵ corresponde a mujeres y niñas (Migración Colombia, 2022, p. 9), y de ello el 32% ha reportado que durante los desplazamientos y en sus lugares de permanencia sufren violencias basadas en género (en adelante, VBG) por múltiples actores, incluyendo entre estos a sus parejas, compañeros de viaje, desconocidos, integrantes de sus comunidades, actores armados, funcionarios de la fuerza pública y del sector salud (Boletín N.º 5, 2021, p. 16). Como consecuencia de ello y de la insatisfacción en el acceso a métodos anticonceptivos y a la ausencia de atención integral en salud (Profamilia, 2019, p. 15), muchas mujeres y niñas quedan en estado de embarazo no deseado, y buscan acceder a la interrupción voluntaria del embarazo (en adelante, IVE) siendo este un derecho fundamental amparado por el marco jurídico del Estado colombiano.

Para estudiar la anterior problemática, se seleccionaron los Municipios de San José de Cúcuta y Villa del Rosario, ubicados en el Departamento de Norte de Santander, en donde se encuentran tres de los principales corredores fronterizos que utiliza la población migrante venezolana. Estos son el Puente Simón Bolívar, ubicado en el Municipio de Villa del Rosario; el Puente Francisco de Paula Santander, ubicado en la ciudad de Cúcuta; y el Puente de la

⁴ Fajardo y Vargas (2021), aclaran por qué el año 2015 ha sido considerado una fecha icónica en la migración proveniente de Venezuela, pues en muchos casos se ha identificado erróneamente como el año a partir del cual inició el fenómeno migratorio. Para esto, es necesario declarar que el 19 de agosto del 2015, el presidente Maduro declaró el estado de excepción en varios municipios limítrofes con el departamento de Norte de Santander en Colombia. Al mismo tiempo, el Gobierno venezolano, de conformidad con este estado de excepción, decretó el cierre de la frontera en el puente Simón Bolívar que comunica los Municipios de Cúcuta (Colombia) y San Antonio del Táchira (Venezuela). Esta decisión conllevó a que simultáneamente el Gobierno colombiano declarara el estado de emergencia económica, social y ecológica en la zona de frontera (Decreto 1770 de 2015), generándose así la expulsión, deportación y retorno de más de 22.000 nacionales colombianos que se encontraban en Venezuela (Fajardo y Vargas, 2021, p. 175).

⁵ Los datos estimados por la autoridad migratoria no son exactos teniendo en cuenta que Migración Colombia realiza el conteo de migrantes a partir del paso de personas por los puestos de control migratorio.

Unión, ubicado en el Municipio Puerto Santander⁶. A través de los hallazgos obtenidos en los municipios anteriormente mencionados, este artículo busca visibilizar las barreras que, frente al acceso a la IVE, enfrentan las mujeres y niñas en situación migratoria irregular y de pobreza, provenientes de Venezuela, en Colombia.

A partir de ello, se busca responder la siguiente pregunta: ¿cuáles son los obstáculos que enfrentan las mujeres y niñas en situación migratoria irregular y de pobreza, provenientes de Venezuela, en el marco del conflicto armado, para acceder a la IVE? Para ello, se ha utilizado una metodología cualitativa que busca recolectar y analizar información sobre los obstáculos que enfrentan mujeres y niñas, en el marco del conflicto armado colombiano. Así, en el trabajo de campo realizado en los Municipios de San José de Cúcuta y Villa del Rosario⁷; entre diciembre de 2021 y junio del 2022, se realizaron cuatro entrevistas semiestructuradas⁸, y un grupo focal a profesionales del área de la salud y del área jurídica⁹ dedicados a la atención de mujeres migrantes y refugiadas venezolanas víctimas del conflicto armado colombiano¹⁰. Se indagó, por un lado, sobre lo que se entiende por IVE, rutas de atención, atención diferenciada y experiencias frente a este tema con la población migrante; y por el otro, por la perspectiva como profesionales¹¹ sobre las barreras en el acceso a la IVE, de cara al fenómeno migratorio y al reciente fallo emitido por la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-055 de 2022. Posteriormente, esta información se contrastó con el marco normativo existente a nivel internacional y nacional, y con las bases de datos de Migración Colombia, los *Briefing* del Departamento de Norte de Santander, emitidos por la Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios de las Naciones Unidas (OCHA), los boletines presentados por el Observatorio de Género de Norte de Santander y las alertas tempranas proferidas por la Defensoría del Pueblo de Colombia. Asimismo, se analizó la información recolectada con informes especializados, capítulos de libros, artículos y tesis académicas enfocadas en el tema objeto de estudio, para explicar por qué las mujeres y niñas migrantes venezolanas requieren de una atención especial y diferenciada.

⁶ Lo anterior teniendo en cuenta por un lado que en la infografía de venezolanos en Colombia (2022), emitida por Migración Colombia, se evidenció que el departamento de Norte de Santander es el tercero con mayor cantidad de personas venezolanas en el país con 253.911 personas de nacionalidad venezolana, lo que equivale al 10,25% del total de la población migrante, y por el otro, que en el año 2021 se consolidó como el departamento con mayores hectáreas de coca, con 40.116 ha, lo que ha generado la intensificación del conflicto armado a través de la vinculación forzada de la población refugiada y migrante en actividades agrícolas relacionadas con los cultivos ilícitos, y, la disputa por el control territorial de las vías del narcotráfico (UNODC, 2021).

⁷ La elección de los territorios se basó en la evaluación de las necesidades insatisfechas en salud sexual y salud reproductiva de la población migrante realizada por Profamilia, en cuatro ciudades de la frontera colombo-venezolana, mediante la cual se evidenciaron las necesidades en los servicios de aborto seguro y de atención postaborto.

⁸ En todas las entrevistas se conserva el anonimato y confidencialidad de las personas que voluntariamente participaron en el estudio, a quienes se les explicaron los objetivos, alcances, metodología, riesgos y usos de la información. Asimismo, se suscribió un consentimiento informado.

⁹ La autora consideró que estos perfiles expresan las necesidades de la población objeto de estudio porque representan algunos de los componentes de la ruta de atención para la atención de las mujeres y niñas víctimas de VBG.

¹⁰ Las entrevistas y grupos focales fueron grabados y posteriormente transcritos y ordenados dentro de dos categorías: la primera, correspondiente a conflicto armado, migración irregular, pobreza, interseccionalidad de la mujer migrante; la segunda a derechos a la salud, derechos sexuales y reproductivos y acceso a la IVE. De igual forma, se revisaron algunas bases de datos de las autoridades colombianas, como son el Departamento Nacional de Planeación (DNP) y el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), en lo que respecta a las medidas que han acogido para garantizar y proteger los derechos sexuales y reproductivos de la población migrante.

¹¹ Para el desarrollo del trabajo de campo y teniendo en cuenta, por un lado, las dificultades para contactar a los padres de las menores de edad y obtener el consentimiento informado y, por el otro, la posibilidad de revictimizar y no generar relaciones de confianza con las mujeres y niñas migrantes se optó por realizar entrevistas semiestructuradas a profesionales del área de la salud. Lo anterior con el fin de no poner en riesgo a la población objeto de estudio. De igual forma a todos los participantes se les envió previamente una invitación para participar en la investigación junto con el consentimiento informado

Para responder la pregunta de investigación, el artículo se divide en cuatro secciones. Luego de esta introducción, se presentará el marco normativo sobre los derechos sexuales y derechos reproductivos (en adelante, DSDR) y las definiciones sobre las que se fundamenta el artículo. Posteriormente, se analizan los hallazgos encontrados en el trabajo de campo realizado, con el objetivo de visibilizar las barreras que enfrentan mujeres y niñas en situación migratoria irregular. Finalmente, se presentan las conclusiones.

2. Cuando la guerra se instala en el vientre de las mujeres

Los DSDR de las mujeres han sido producto de una construcción histórica en respuesta a la discriminación de género instaurada en muchas sociedades, lo que ha permitido que sean reconocidos como derechos humanos y que los Estados adopten medidas para garantizarlos (La Mesa por la Vida, Rodríguez, 2020, p. 13). A nivel internacional, con las conferencias internacionales de los años noventa, se vincularon los derechos humanos y la violencia contra la mujer (La Mesa por la Vida El Aborto y la Anticoncepción Forzada, 2020, p. 13), como una expresión de la discriminación basada en género, de acuerdo al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en adelante, CEDAW (1992, párr. 1 y 6).

En 1993, en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Viena se reconoció que “los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales” (párr. 18). Posteriormente, en la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo de El Cairo (1994), se enfatizó que los derechos reproductivos son también derechos humanos (p. 37). En este mismo sentido, la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en la relatoría especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la violencia contra la mujer, relacionada con sus causas y consecuencias, afirmó que el embarazo, el aborto y la anticoncepción forzada constituyen violaciones a la integridad física y seguridad de las mujeres (2014, párr. 39).

Posteriormente, en 2016, el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas en la observación general número 22, reconoció que el derecho a la salud sexual y reproductiva es inherente e interdependiente al derecho a la vida, la libertad y la seguridad de las personas (Naciones Unidas, 2016, párr. 10). Asimismo, el citado Consejo señaló que los Estados violan la obligación de respetar el derecho a la salud sexual y reproductiva cuando establecen obstáculos legales como la criminalización de las mujeres que se someten a un aborto y cuando los Estados no adoptan medidas efectivas para garantizar este derecho, en particular en situaciones de conflicto, posteriores a conflictos y de transición (La Mesa por la Vida, 2020, p. 14).

3. Hallazgos: lo que calla el territorio y sus mujeres

3.1. Desconocimiento del marco legal

Los DSDR engloban en una misma categoría derechos independientes, pero relacionados, como son los derechos humanos de la sexualidad y la reproducción. La Plataforma de Acción de Beijing hizo un énfasis en que los derechos humanos de la mujer abarcan el derecho a tener control sobre su sexualidad (ONU Mujeres, 1995, párr. 7). Así pues, se aceptó el uso del término derechos reproductivos, definiéndolos como:

[...] el derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación (Galdos Silva, 2013, p. 457).

Ahora bien, para los efectos de este artículo, es necesario aclarar que la IVE es el término jurídico que se otorga al aborto inducido, el cual, de acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS), es una interrupción del embarazo por medio de una intervención deliberada (1995, p. 20). Actualmente, en Colombia el aborto es legal cuando se realiza dentro de las tres causales estipuladas en la sentencia C-355 de 2006¹² o cuando se ejecuta hasta antes de la semana 24 de gestación, de acuerdo a la Sentencia C-055 de 2022. En ese sentido, este escrito se referirá a la IVE como derecho fundamental despenalizado en las circunstancias anteriormente mencionadas. Sin embargo, en Colombia, cuando las mujeres migrantes desean acceder a la IVE surgen diferentes barreras, las cuales, de acuerdo a la literatura, han sido establecidas dentro de tres categorías: (i) desconocimiento del marco normativo, (ii) interpretación restrictiva del marco legal, y (iii) fallas en la prestación del servicio (González Vélez y Castro, 2017, p. 56).

A nivel nacional, la Corte Constitucional de Colombia ha reconocido la desigualdad entre hombres y mujeres como resultado de la discriminación estructural (Sentencia C-203, 2019, Sección Grupo de Acciones Públicas de la Universidad Icesi). Frente a ello, ha mencionado que el derecho a la salud reproductiva está relacionado con otros derechos como “el derecho a planear la propia familia, el derecho a estar libre de interferencias en la toma de decisiones reproductivas y el derecho a estar libre de todas las formas de violencia y coerción que afecten la salud sexual y reproductiva” (Sentencia C-355 de 2006, párr. 8.4), derechos amparados también en el marco nacional e internacional —artículos 13 y 42 de la Constitución Política de Colombia y artículo 11.2 de la CEDAW—. Así, el derecho a estar libre de interferencia supone, por un lado, el derecho a acceder a la información necesaria para adoptar decisiones conscientes, y por el otro, el derecho a la educación sexual adecuada y oportuna, y a la protección frente a acciones invasivas en los cuerpos de las mujeres y restricciones no consensuales de su autonomía física (Sentencia C-355, 2006, párr. 8.3).

A nivel internacional, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como Convención de Belém do Pará (1994), establece el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencias y destaca la violencia como una violación a los derechos humanos y libertades fundamentales. En materia de salud sexual y reproductiva la Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia C-355, ha mencionado que ello significa “el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin discriminación, coacciones o violencia, en esa medida guarda estrecha relación con el derecho a la integridad personal” y , de igual forma, el derecho a la protección de no ser sometida a presiones de índole familiar, social o cultural que menoscaben su libre determinación en materia sexual o reproductiva, y a vivir violencia o abuso (2006, párr. 8.3).

Contrario a lo que la normatividad nacional e internacional en materia de DSDR ha estipulado, frente a la desigualdad y violencia contra la mujer en Colombia, el 100% de los entrevistados manifestaron que la mayoría de las mujeres y niñas en situación migratoria irregular, viajan solas y que, durante su paso por los corredores fronterizos no autorizados enfrentan VBG, entre estas, la violencia sexual. Frente a esto, el 90% de los profesionales manifestaron que en Norte de Santander hay una cultura de la no denuncia, especialmente por parte de las mujeres migrantes, por miedo a la deportación, a represalias de los actores que las victimizan y a perder a sus otros hijos. Así, cuando las mujeres son abusadas en los pasos fronterizos no autorizados

¹² A partir de la expedición de la sentencia C-355/06, el aborto se podía realizar únicamente bajo tres circunstancias: 1) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico. 2). Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico. 3). Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta denunciada constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

y desean acceder a la IVE, se les ha exigido por parte de las Entidades Prestadoras de Salud EPS presentar la denuncia respectiva, desconociendo su vulnerabilidad, para acceder al servicio (Participante C, comunicación personal, 29 de diciembre de 2021).

Adicionalmente, expresaron que el Departamento ha evidenciado una fuerte cultura patriarcal, en virtud de la cual “se cree que las niñas son adultas a partir de los 8 años de edad y que, por el hecho de ser niñas, no quedan embarazadas y no transmiten enfermedades de transmisión sexual”¹³. Como consecuencia, la mayoría de las solicitudes de acceso a la IVE han sido realizadas por niñas entre los 10 y los 17 años de edad, quienes llegan al país solas, sin apoyo familiar y económico (Participante B, comunicación personal, 29 de diciembre de 2021).

De igual manera, la Mesa por la Vida, en su informe “Uno pasa por muchas cosas”, (2022) ha reconocido la existencia del desconocimiento del marco legal, en el sentido de que “tanto las mujeres refugiadas y migrantes venezolanas como las personas dedicadas a su atención señalaron la falta de conocimiento sobre el marco legal del aborto en Colombia” (p. 48). Asimismo, agregaron que esta barrera no solo desconoce los derechos frente a la IVE, sino que también vulnera el derecho a la información en materia de DSDR, como prerequisite para la toma de decisiones informadas y la exigibilidad de sus derechos (p. 48).

En el trabajo de campo se corroboraron las barreras previamente mencionadas, en donde, adicionalmente, se evidenció que las condiciones de vulnerabilidad de la población migrante son exacerbadas por la violencia producto de la reconfiguración del conflicto armado (Triviño et al., 2019, p. 8). Así bien, de los profesionales entrevistados, el 100% manifestaron que las mujeres migrantes y algunos profesionales, del sector público, no conocen el marco legal para acceder al aborto en Colombia. Esto es, la existencia del derecho fundamental a la IVE hasta la semana 24 de gestación (Sentencia C-055, 2022), en cualquier momento dentro de las tres causales de la Sentencia C-355, 2006, y la obligación del Estado y de los funcionarios públicos de prestar el servicio de manera gratuita y sin discriminación.

De igual forma, expresaron que las mujeres y niñas migrantes desconocen la existencia de los DSDR, las rutas de atención frente a la IVE, las organizaciones que les pueden prestar ayuda y sienten miedo ante las posibles implicaciones legales de un aborto (Participante A, comunicación personal, 29 de diciembre de 2021) (Figura 1). Muchas piensan que ingresar a un país de forma irregular las hace destinatarias de sanciones penales o administrativas de carácter migratorio (Participante G, comunicación personal, 15 de julio de 2022). A muchas de ellas las amenazan con ser deportadas, con que les pueden quitar sus otros hijos y, como consecuencia, desisten de la solicitud y les dan continuidad a los embarazos no planificados (Participante C, comunicación personal, 29 de diciembre de 2021).

Adicionalmente, los profesionales entrevistados, declararon que la población objeto de este estudio desconoce los mecanismos de regularización existente en el país y las políticas públicas emitidas por los gobiernos anteriores frente a la migración. Asimismo, desconocen el actual Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos¹⁴, el cual busca registrar a las personas venezolanas presentes en el territorio colombiano, expedir permisos por protección temporal de residencia en el país, caracterizar a la población, permitir su ingreso al mercado laboral y a los programas sociales y, en general, el acceso a servicios y derechos.

¹³ Expresión usada por una de las entrevistadas para referirse al hecho de la normalización de las relaciones de pareja entre las niñas y los hombres adultos. Asimismo, la entrevistada resalta que en el Departamento de Norte de Santander se considera que las menores de edad, por el hecho de no ser adultas, no transmiten enfermedades de transmisión sexual. Grupo Focal 1 llevado a cabo por la autora en Cúcuta el día 29 de diciembre de 2021.

¹⁴ En marzo de 2021 el gobierno colombiano expidió el Estatuto Temporal de Protección para migrantes venezolanos, por 10 años, con el objetivo de regularizar a la población que ya se encontraba en Colombia.

En el grupo focal de la ciudad de San José de Cúcuta, hicieron referencia al caso de María¹⁵: una mujer migrante, madre de cinco hijos, en estado de desnutrición, empobrecida, víctima de trata de personas, habitante de calle, con sífilis y VIH adquirida producto de la prostitución. María, como consecuencia del sexo por supervivencia, quedó en estado de embarazo, intentó acceder a la IVE en el Hospital Erasmo Meoz de Cúcuta, en donde le negaron este derecho impidiéndole el acceso oportuno a la IVE. Posteriormente, María, a sus 38 semanas de gestación, intentó viajar a Bogotá y al no contar con el apoyo de ninguna organización para asumir los gastos de traslado y hospedaje (porque María ya había sido previamente beneficiaria¹⁶), decide regresar a Venezuela. En Venezuela, le informan que necesita acceder a una cesárea para que su hijo no se contamine de las enfermedades producto de la prostitución y que debe comprar todo lo necesario para el procedimiento. Finalmente, en el hospital la obligan a tener un parto natural y como consecuencia permanece 21 días hospitalizada (Participante A, comunicación personal, 29 de diciembre de 2021).

Igualmente, en el grupo focal se evidenció que existen funcionarios en todas las áreas (refiriéndose a las áreas de salud, protección y judicial) que no conocen la Sentencia C-355 de 2006¹⁷, lo que genera la revictimización frecuente por parte de la institucionalidad. Con relación a las autoridades locales, mencionaron el caso de Olga¹⁸, una mujer migrante ubicada en Ocaña, quien asistió al servicio médico por una hemorragia producto de un aborto clandestino. Inicialmente, a Olga no la querían atender por su estatus migratorio irregular, por no contar con una cédula de extranjería y por no tener ninguna afiliación al régimen de salud. Olga decidió decir que se encontraba en estado de embarazo. Posteriormente, Olga fue atendida en el hospital en donde le encontraron restos de objetos que ella se había introducido para terminar con la expulsión del feto. Olga terminó de expulsar el feto en el hospital, frente a lo cual la institución hospitalaria llamó al Cuerpo Técnico de Investigación Criminal y Judicial CTI y éste finalmente la revictimizó, obligándola a agarrar el feto con sus manos (Participante A, comunicación personal, 29 de diciembre de 2021).

Como consecuencia de los testimonios anteriormente mencionados, la Corte Constitucional de Colombia en Sentencia SU- 677 (2017) ha precisado los alcances del derecho a la salud para las personas migrantes y el deber del Estado de brindar una atención “básica y de urgencias”, independientemente del estatus migratorio, teniendo en cuenta la crisis humanitaria en Venezuela y el principio de solidaridad (párr. 48). Lo anterior implica que la atención de urgencias no está solo orientada a estabilizar los signos vitales, sino también abarca alteraciones de la integridad física y mental para disminuir riesgos de invalidez o muerte, controles previos durante y posteriores al parto, buscando preservar la vida y la salud de la población migrante (Sentencia T-074 de 2019, pp. 23-29).

¹⁵ A fin de preservar su identidad y protegerla, se usa un seudónimo.

¹⁶ El Grupo Interagencial sobre Flujos Migratorios Mixtos (GIFMM), coliderado por OIM y ACNUR, coordina la respuesta a las necesidades de las personas refugiadas, migrantes, retornadas y poblaciones de acogida. Asimismo, el GIFMM cuenta con 77 miembros, dentro de los cuales se incluyen agencias de Naciones Unidas, ONG internacionales y locales y el Movimiento de la Cruz Roja. Los miembros del GIFMM registran a las personas que han sido previamente beneficiarias con el fin de no replicar el beneficio y permitir que otras tengan acceso a la misma.

¹⁷ Al momento de la entrevista, no se encontraba vigente la sentencia C-055-2022.

¹⁸ A fin de preservar su identidad y protegerla, se usa un seudónimo.

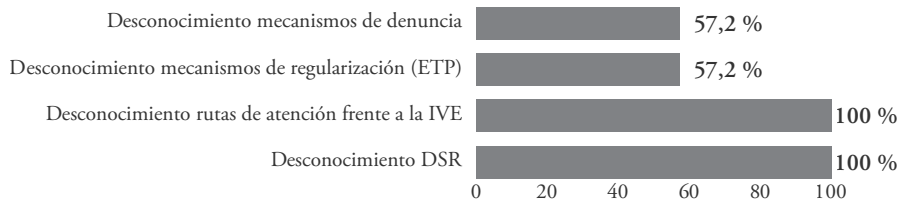


Figura 1. Barreras por desconocimiento del marco legal. Elaboración propia con base en datos de las entrevistas realizadas durante el trabajo de campo.

3.2. Interpretación restrictiva del marco legal

Frente a la barrera de la interpretación restrictiva del marco legal el 57% de las y los profesionales entrevistados manifestaron que en el Departamento de Norte de Santander se les solicitan a los migrantes documentos adicionales como resultado de una interpretación restrictiva del marco normativo existente. La solicitud de documentos ya sea por parte del sector salud, justicia o protección, que den cuenta del estatus migratorio regular y de la afiliación al sistema de seguridad social en salud, impiden el acceso oportuno al derecho fundamental a la IVE y desconocen las circunstancias de vulnerabilidad de esta población. Esto es así porque el 85% de los profesionales entrevistados manifestaron que en los pasos fronterizos no autorizados se vive bajo una cultura de la ilegalidad, en donde los documentos son retenidos, robados y hasta vendidos (Participante C, comunicación personal, 29 de diciembre de 2021).

En efecto, en Colombia, cuando el embarazo es producto de violencia sexual, las víctimas tienen derecho a una atención integral en salud, entre la que se encuentra la IVE (Resolución 459, 2012, p. 31). Esta atención es de carácter prioritario y gratuito y constituye una urgencia médica, independientemente del tiempo que haya transcurrido entre la agresión, la consulta en salud y la denuncia penal (Ley 1719, 2014, art. 23). Así lo afirma el Ministerio de Salud y Protección Social en respuesta a un comunicado radicado por la Mesa por la Vida, que establece que, sin importar si la mujer es nacional o extranjera, o que el hecho haya ocurrido en territorio nacional o extranjero, toda persona víctima de violencia sexual tiene derecho a que se le garanticen todas las atenciones de salud, y en concreto, la IVE, siempre y cuando así lo decida la mujer (Mesa por la Vida, 2019, p. 23)¹⁹. No obstante, el desconocimiento del marco legal, por parte de los funcionarios, agrava la vulnerabilidad de esta población.

3.3. Fallas en la prestación de los servicios

Como lo menciona la Mesa por la Vida, en su informe “Uno pasa por muchas cosas” (2022), la violencia, el maltrato y la discriminación que padece la población migrante tienen distintas facetas (p. 57). Algunas de las fallas en la prestación de los servicios evidenciadas en el trabajo de campo hacen alusión a la violencia y discriminación frente al acceso a los servicios y atención en salud. Una de las organizaciones entrevistadas manifestó que las mujeres migrantes son víctimas de xenofobia y discriminación en múltiples contextos, entre estos el derecho a la salud (Participante G, comunicación personal, 15 de julio de 2022) (Figura 2).

Dentro de las fallas en la prestación de los servicios, se evidenciaron algunas barreras que enfrentan los médicos que realizan el procedimiento de la IVE. Uno de los profesionales

¹⁹ Respuesta del Ministerio de Salud y Protección Social (2019), emitida al radicado 201942300781032 del 5 de junio de 2019, a la solicitud presentada por La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres.

en salud, que trabaja en el área ginecológica, manifestó que las semanas de gestación se convierten en un riesgo obstétrico alto de muerte, debido a la “multiparidad de las mujeres”²⁰ cuando el embarazo ha avanzado considerablemente. Lo anterior, muchas veces por dilaciones injustificadas en la prestación del servicio (producto de no tener un estatus migratorio regular o la afiliación al sistema de salud), abortos previos o se han tenido problemas de salud durante los embarazos anteriores, tales como, la preeclampsia (Participante F, comunicación personal, 12 de abril de 2022). Del mismo modo, argumentó que las instituciones prestadoras de este servicio no cuentan con la cantidad de médicos disponibles para el procedimiento, lo que retrasa la IVE mediante el procedimiento farmacológico. Finalmente, mencionó que la mayoría de los médicos son objetores de conciencia por creencias de carácter religioso y culturales (Participante F, comunicación personal, 12 de abril de 2022).

Frente a este punto la Corte Constitucional de Colombia en Sentencia de Unificación SU 096 (2018) ha expresado, con relación a las fallas en la prestación de los servicios, que la precaria oferta institucional, a nivel nacional, obliga a que las mujeres se tengan que trasladar a las principales ciudades del país para acceder al procedimiento de IVE. Lo que genera que tengan que continuar con sus embarazos por la ausencia de estos servicios en sus regiones. De forma similar, el bajo número de profesionales de la salud capacitados para prestar el servicio de la IVE que acuden, por fuera de las normas que la regulan, a la objeción de conciencia obstaculiza el acceso al procedimiento.

Por otro lado, algunas de las entrevistadas mencionaron que, aparte de las dilaciones injustificadas para acceder a la IVE y las denuncias por parte de funcionarios en el Hospital Erasmo Meoz (HEM), las niñas y mujeres migrantes han manifestado violaciones sistemáticas por parte de esta institución, en la cual profesionales de dicha entidad les muestran videos de cómo se realiza un aborto, haciéndolas de esta forma sentir culpa, miedo y desistir (Participante G, comunicación personal, 15 de julio de 2022). De igual forma, se evidenció que cuando llegan niñas menores de 14 años en estado de embarazo, los profesionales médicos no hacen la denuncia penal respectiva y no activan la ruta interna e intersectorial para que, desde el sector justicia y protección, se garantice el restablecimiento de derechos de la menor de edad (Protocolo de la menor de 15 años embarazada, 2014, p.38) (Participante B, comunicación personal, 29 de diciembre de 2021). Finalmente, mencionaron la ausencia de rutas para acceder a la IVE y la falta de sanciones para quienes las victimizan.

La Corte Constitucional de Colombia en Sentencia C-055 ha manifestado que la vulnerabilidad de mujeres y niñas en situación migratoria irregular genera menos probabilidades de acceder a los servicios estatales asociados a la salud reproductiva y sexual, bien sea formativos asociados a la planificación familiar o al acceso a la IVE. Además, expresa que el efecto discriminatorio de la prohibición en el acceso a la IVE las expone a la práctica de abortos clandestinos, lo cual genera una mayor degradación de su dignidad humana teniendo en cuenta que la práctica de abortos clandestinos es una de las principales causas de mortalidad materna (2022, párr. 338).

Otra de las profesionales entrevistadas manifestó que las mujeres migrantes están siendo asociadas como reproductoras de la criminalidad, generándose con ello una xenofobia en el cuerpo de las mujeres, relacionada con una presencia amenazante en el país. Esto es así porque en Municipios como San José de Cúcuta y Villa del Rosario, muchas organizaciones se han

²⁰ Expresión usada por uno de los profesionales del área ginecológica entrevistados, para referirse a los embarazos y partos múltiples que puede tener durante la vida una mujer.

enfocado en campañas de planificación familiar²¹, lo que limita su capacidad reproductiva y vulnera el derecho a la maternidad. Adicionalmente, el enfoque en asegurar el derecho al aborto en las mujeres en situación migratoria irregular y empobrecidas pone en riesgo cualquier otro servicio o apoyo que puedan recibir (Participante G, comunicación personal, 15 de julio de 2022).

Por otro lado, una de las entrevistadas reveló que adicional a la violencia sexual en los cuerpos de las mujeres y niñas migrantes, producto del nivel de crueldad existente en los corredores fronterizos no autorizados y el control territorial ejercido por los actores armados, existe una escasa confianza en las instituciones del Estado. Adicionalmente, expresó que los índices de mujeres que denuncian las VBG no alcanzan el 20%, lo que demuestra una desconfianza en las instituciones estatales (Participante G, comunicación personal, 15 de julio de 2022).

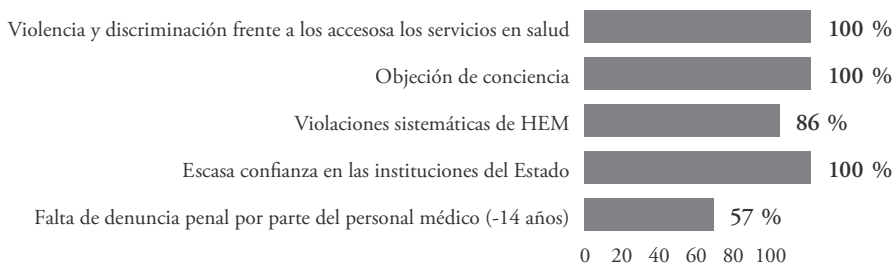


Figura 2. Barreras por fallas en la prestación de los servicios. Elaboración propia con base en datos de las entrevistas realizadas durante el trabajo de campo.

3.4. VBG dentro del marco del posacuerdo

3.4.1. Relación entre violencia sexual y de género, la migración internacional y el postconflicto

Dentro del trabajo de campo se encontró que existe una relación muy estrecha entre violencia, migración internacional y postconflicto. Frente a esto la CEDAW afirma que para comprender las formas en que son afectadas las mujeres migrantes es necesario analizar la migración desde una perspectiva de la desigualdad entre los géneros, las labores domésticas, la maternidad, la desigualdad laboral, la feminización de la pobreza y la migración laboral a nivel mundial (2008, p. 4). Un ejemplo de esto es cómo en San José de Cúcuta y Villa del Rosario las mujeres migrantes no tienen acceso a la salud, educación ni al trabajo, lo que incrementa su situación de vulnerabilidad, afectándolas a lo largo de la trayectoria migratoria transfronteriza (CEDAW, 2008, p. 5). Asimismo, lo menciona una de las entrevistadas: “No hay acceso a la educación, no hay acceso a la información, no hay acceso a claridades frente a los derechos humanos, especialmente para las más vulnerables, que en este caso son mujeres y niñas empobrecidas que migran a raíz de una crisis” (Participante G, comunicación personal, 15 de julio de 2022).

En Colombia, desde los años 90, se ha denunciado internacionalmente que las mujeres, en los contextos de conflicto armado, están expuestas a un mayor riesgo de ser víctimas de violencias como el aborto forzado (Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer –Beijín-, 1995, p. 52), la violencia sexual (CEDAW Recomendación General 19, 1992, párr. 16), la interrupción forzada del embarazo y la esterilización forzada por parte de agentes estatales y

²¹ La entrevistada hace referencia al hecho de que muchas de las organizaciones de ayuda humanitaria ocasionan acción con daño en el Municipio de Villa del Rosario puesto que realizan campañas masivas de planificación familiar sin verificar, en primer lugar, si la persona se encuentra en estado de embarazo y, en segundo lugar, si desea o no usar algún método anticonceptivo. Entrevista realizada por la investigadora. Cúcuta, 15 de julio de 2022.

no estatales (CEDAW Recomendación General 30, 2013, párr. 34). Como consecuencia, la Corte Constitucional, mediante el Auto 092, reconoció que las mujeres combatientes eran víctimas de violencias por el reclutamiento forzado, la violencia sexual, la planificación reproductiva forzada y el aborto forzado. De la misma manera, el Auto presenta cómo la violencia en el conflicto armado colombiano victimiza de manera diferencial a las mujeres, “porque (a) por causa de su condición de género, las mujeres están expuestas a riesgos particulares y vulnerabilidades específicas dentro del conflicto armado, que a su vez son causa de desplazamiento” (2008, art. II.1).

En Colombia, a partir de lo establecido en el Auto 092 (2008), en seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004, la Corte Constitucional declaró un estado de cosas inconstitucional en relación con el desplazamiento forzado y al vínculo entre VBG y conflicto armado. En este sentido, la Corte señaló que la violencia ejercida en el conflicto armado victimiza de forma diferencial y agudizada a la mujer, por los riesgos particulares y vulnerabilidades específicas a los que están expuestas. Ahora bien, de cara a la IVE, la sentencia C-055 de 2022 tuvo en cuenta que la criminalización del aborto impacta de manera desproporcionada a las mujeres en situación de vulnerabilidad, como son las mujeres migrantes víctimas. Para la Corte, estas mujeres tienen menos probabilidades de acceder a los servicios estatales asociados a la salud sexual y reproductiva, ya sea relacionados con la planificación familiar o con la interrupción voluntaria del embarazo (Corte Constitucional sentencia C-055, 2022, párr. 338). En esta misma línea, el Informe de la Comisión de la Verdad, “Mi cuerpo es la verdad”, ha señalado que el hecho de ser mujer es un factor decisivo en las prácticas que contra ellas despliegan los actores armados, en el marco del conflicto armado (2022, p. 32). Igualmente, presentó cómo la práctica de abortos forzados, utilizada como estrategia militar, ocasiona graves afectaciones físicas y psicológicas en el cuerpo de las niñas y mujeres (2022, p. 307).

El CEDAW ha señalado que los conflictos “agravan las desigualdades existentes entre los géneros y el riesgo de las mujeres de ser víctimas de distintas formas de violencia por razón del género por parte de agentes estatales y no estatales” (CEDAW Recomendación General 30, 2013, p. 10). En los conflictos armados, las mujeres y niñas son especialmente afectadas y la VBG, especialmente la violencia sexual, es utilizada por los actores armados para controlar el territorio e inscribirse en los cuerpos de las mujeres y despojarlas de su humanidad (2022, p. 41). “La violencia sexual fue una forma de control, de castigo, de esclavitud, un incentivo y una recompensa para los hombres por haber arriesgado la vida en batalla” (Comisión de la Verdad, Informe mi cuerpo es la verdad, 2022, p. 41)

A pesar de lo anterior, dichas formas de violencia persisten, aun después del cese de hostilidades y en entornos posacuerdo (CEDAW Recomendación General 30, 2013, p.10). De la misma manera, el referido Comité coincide con la postura del Relator especial para la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, al señalar que determinados grupos de mujeres y niñas, como son las desplazadas internas, las refugiadas y las de distintas identidades nacionales, durante y después de los conflictos corren un riesgo mayor de ser víctima de violencia, en especial la sexual (2013, p.11).

Así pues, con las entrevistas se evidenció que la relación entre VBG y conflicto armado, que ha sido notorio para las mujeres y niñas colombianas, es aún más impactante para las personas migrantes en situación migratoria irregular y de pobreza, provenientes de Venezuela. Estas no solo padecen las mismas violencias que las nacionales colombianas empobrecidas, sino que, también experimentan las violencias producto de la migración y la xenofobia. Adicionalmente, al transitar por los corredores fronterizos no autorizados, o en su llegada

a territorios con fuerte presencia de actores armados, se exponen a las violencias posacuerdo²² por parte de los diferentes grupos armados que se disputan el control territorial de la zona y el acceso a las vías del narcotráfico (Equipo Local de Coordinación Norte de Santander Briefing Departamental, 2020, p. 2-5).

Con respecto a lo anterior, a lo largo de las entrevistas y grupos focales realizados, se reiteraron algunos mensajes sobre este punto. Así, uno de los profesionales entrevistados en el área de la salud señaló que, en varias ocasiones y con relación al conflicto armado latente en el Municipio de Villa del Rosario, han disminuido las campañas de salud para ofrecer el servicio de IVE porque los actores armados impiden el ingreso del personal médico al municipio (Participante F, comunicación personal, 12 de abril de 2022). De igual forma, fue común escuchar que las mujeres y niñas que desean acceder a la IVE son amenazadas por estos actores armados, quienes también impiden que las organizaciones de ayuda humanitaria ofrezcan en muchos casos el acompañamiento psicológico y la atención para este servicio (Participante D, comunicación personal, 23 de marzo de 2022).

Una de las organizaciones en San José de Cúcuta, dedicada a estudiar la violencia sexual dentro del marco del conflicto armado, señaló que muchas mujeres y niñas padecen VBG en Venezuela y pasan la frontera en busca de la IVE, en donde nuevamente son violentadas por los actores armados (Participante A, comunicación personal, 29 de diciembre de 2021). Al respecto, mencionaron que la frontera de Norte de Santander se ha caracterizado por su clandestinidad frente a la IVE y es común escuchar expresiones como: “en Cúcuta se lo sacan” (Participante C, comunicación personal, 29 de diciembre de 2021). Asimismo, mencionaron su preocupación frente al reclutamiento forzado de las niñas y mujeres jóvenes y su uso y utilización por parte de los grupos armados (Participante C, comunicación personal, 29 de diciembre de 2021).

Esta misma organización señaló que en los corredores fronterizos no autorizados se ha normalizado la violencia sexual: “Cada vez que voy y vengo, me violan” (Participante A, comunicación personal, 29 de diciembre de 2021). Igualmente, reiteraron que “la cultura machista en Norte de Santander hace que las niñas se conviertan en adultas desde los 8 años de edad²³ y que los hombres no usen preservativos” (Participante C, comunicación personal, 29 de diciembre de 2021). Al respecto, la organización demostró que la mayoría de las mujeres que han solicitado la IVE en el 2021 han sido menores de 18 años, evidenciando con ello un alto número de embarazos no planificados. En relación con esto, la organización ha solicitado al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y demás entidades competentes que, cuando se presente una menor de 14 años en estado de embarazo, se realice la denuncia respectiva, se coloque en protección y se informe a la niña que fue objeto de violencia sexual. Sin embargo, en Cúcuta esto no opera porque la mayoría de las niñas no cuentan con documentos de identificación y el “voz a voz” entre ellas es que, para ser atendidas en cualquier servicio de salud, deben afirmar que son mayores de edad, lo que a su vez obstaculiza que se active la ruta de protección.

Otra organización dedicada al estudio de asuntos de género en Norte de Santander manifestó que, quienes victimizan a las mujeres y niñas migrantes en situación irregular y de pobreza, por un lado, son los actores armados, y por el otro, el Estado colombiano (Participante G, comunicación personal, 15 de julio de 2022). Frente a los primeros, expresó que muchas de las VBG en escenarios de posconflicto ocurren por la falta de implementación de los acuerdos de paz en el Departamento de Norte de Santander. En relación con lo

²² Frente a este aspecto la autora considera como violencias posacuerdo las ejercidas con posterioridad a la firma del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera firmado con las FARC-EP en el año 2016.

²³ Expresión usada por una de las entrevistadas para referirse al hecho de la normalización de las relaciones de pareja entre las niñas y hombres adultos. Grupo Focal 1 llevado a cabo por la autora en Cúcuta el día 29 de diciembre de 2021.

anterior, para este Departamento es urgente avanzar con la implementación de la reforma rural integral (RRI - Punto 1 del acuerdo) y la solución del problema de las drogas (punto 4 del acuerdo), para progresar en el desarrollo de esta región hacia entornos económicos legales (Comisión de la Verdad Informe Colombia Adentro: Frontera Nororiental, 2022, p. 214).

En cuanto al Estado colombiano, esta misma organización expresó que la población migrante no confía en el Estado y que, menos del 20%, de acuerdo con las investigaciones realizadas en su organización, denuncia algún tipo de violencia (Participante G, comunicación personal, 15 de julio de 2022). De la misma forma, evidenció que el control territorial de los Municipios de San José de Cúcuta y Villa del Rosario es ejercido por actores armados, quienes cometen violaciones, amenazas, feminicidios, extorsiones, y desapariciones sistemáticas, entre otras conductas, en contra de esta población (Participante G, comunicación personal, 15 de julio de 2022).

Todo lo anterior muestra que la violencia de los grupos armados en el marco del posacuerdo constituye un factor de riesgo para las niñas y mujeres que transitan los pasos fronterizos no autorizados, en donde la violencia de estos actores se agudiza. Frente a esto, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha señalado que los conflictos agravan las desigualdades entre los géneros y el riesgo para las mujeres de ser víctimas de distintas formas de violencia (CEDAW Recomendación General 30, 2013, p. 10). Por ello, este es un aspecto que debe ser atendido de forma diferencial por el Gobierno Nacional y la justicia transicional dentro de posibles futuros acuerdos de paz con otros grupos armados.

3.5. Factores de riesgo y vulnerabilidad que inciden en las barreras para acceder a la IVE

Como lo ha señalado la CIDH, las niñas y mujeres migrantes constituyen una población en situación de vulnerabilidad, las cuales se encuentran en riesgo de ser víctima de violaciones a los derechos humanos en razón de su género (2015, párr. 32). Entre las violencias que ellas padecen se encuentran la violencia sexual, la trata de personas con fines de explotación sexual o trabajo forzado, y la violencia psicológica que sufren durante sus recorridos por los pasos fronterizos no autorizados²⁴ (párr. 33).

Así pues, una problemática transversal identificada es que la irregularidad del estatus migratorio prolonga la violencia que padecen las mujeres migrantes. Inicialmente en sus países de origen y posteriormente en los de tránsito y destino. Un ejemplo es cómo el hecho de no poder acceder a un empleo formal las obliga a trabajar en la informalidad, a ejercer la prostitución por supervivencia, a ser víctimas de explotación sexual y reproductiva, entre otras. De acuerdo con una de las profesionales en salud entrevistada, la cultura patriarcal hace que los hombres no usen condón (Participante B, comunicación personal, 29 de diciembre de 2021) lo que genera como consecuencia que muchas mujeres y niñas queden en estado de embarazo no deseado. Adicionalmente, como el acceso a la salud está limitado únicamente a las urgencias médicas, no acuden a estos servicios sino hasta cuando su vida o su integridad corren peligro. Además, debido a factores como la xenofobia, muchas prefieren realizarse abortos clandestinos para no ser estigmatizadas entre ellas.

Por otra parte, una de las entrevistadas mencionó que los factores ambientales, como el clima, inciden en la violencia sexual que se evidencia en las trochas (Participante A, comunicación personal, 29 de diciembre de 2021). Los Municipios de San José de Cúcuta y Villa del Rosario son municipios con un clima semiárido y cálido. Las mujeres y niñas

²⁴ De acuerdo a Julia Zulver (2020) la literatura sobre la trata de personas destaca la vulnerabilidad en el género que enfrentan las personas cuando huyen y transitan por zonas afectadas por conflictos. Para la autora en la frontera entre Colombia y Venezuela hay implicaciones de género en la trata de personas que el efecto frontera facilita debido a que invisibiliza este delito y oculta la VBG asociada al mismo.

migrantes transitan por estos municipios con necesidad básicas de alimentación y agua potable, y en muchas ocasiones se ven obligadas a intercambiar “sexo por comida u hospedaje” (Participante A, comunicación personal, 29 de diciembre de 2021). La Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos mencionó que el cambio climático agrava la violencia contra las mujeres y niñas afirmando que mientras ellas duermen, se bañan o se visitan en los refugios, existe un alto riesgo de padecer VBG, entre estas la violencia sexual (ONU Mujeres, 2022, párr. 3). Así, las mujeres y niñas migrantes en las trochas sienten miedo de alejarse para ir al baño, buscar agua o dormir durante el tránsito al país de destino porque están expuestas a violencias basadas en género, especialmente la violencia sexual (Participante D, comunicación personal, 23 de marzo de 2022).

4. Conclusiones

El análisis de las distintas fuentes consultadas y el trabajo de campo prueban que las mujeres y niñas en situación migratoria irregular y de pobreza provenientes de Venezuela afrontan barreras para acceder a la IVE en Colombia las cuales son aprovechadas por los actores armados dentro del marco del conflicto, aún vigente en el país.

Aunque en Colombia existen normas vinculadas al derecho a la salud de la población migrante que ha desarrollado los DSDR, entre estos el derecho a la IVE, en la realidad el acceso a este derecho no se está garantizando para esta población. El conflicto armado latente ha tenido un impacto especial y diferenciado en los derechos humanos de las mujeres y niñas migrantes empobrecidas, que revela cómo esta población es sometida a múltiples violencias que afectan gravemente el acceso a los servicios de salud, particularmente a la salud sexual y reproductiva. A pesar de que existe cooperación entre las entidades estatales, agencias y organizaciones nacionales e internacionales que prestan servicios asistenciales para ayudar a mitigar la crisis migratoria, esta no es suficiente y debe ser abordada por el Gobierno Nacional y la justicia transicional.

En el país existe una urgente necesidad en la implementación de los Acuerdos de Paz que debe ir de la mano de las poblaciones oprimidas y vulnerables, como lo es la migración venezolana. Como se ha visto en la historia colombiana, la reconciliación y la paz no emergen únicamente por los acuerdos nacionales, sino que, requiere de la paz grande de todos los poderes del Estado y de la paz pequeña de la sociedad civil, que desarma las manos, la mente, el lenguaje y el corazón para permear a todas las esferas e individuos de la sociedad (Comisión de la Verdad Hallazgos y Recomendaciones, 2022, p.119).

Atendiendo a estas consideraciones, es necesaria una visión integral y un enfoque diferencial de cara a mujeres y niñas migrantes en relación con sus DSDR y el derecho a la salud. Esta perspectiva debe tener en cuenta los estigmas alrededor del aborto; la xenofobia en contra de las migrantes como reproductoras de la pobreza y la criminalidad, y la VBG ejercida por los actores armados. Es decir, a esta población se le debe garantizar una atención diferencial en lo que respecta a los DSDR, especialmente el derecho a la IVE, dentro de un marco de posconflicto.

Referencias bibliográficas

Equipo Local de Norte de Coordinación de Norte de Santander. (2021). *Colombia: Briefing Departamental*. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). https://www.humanitarianresponse.info/sites/www.humanitarianresponse.info/files/documents/files/briefing_humanitario_hat_diciembre_2021_norte_de_santander_version_final.pdf

- Galdos, S. (2013). *La conferencia de El Cairo y la afirmación de los derechos sexuales y reproductivos, como base para la salud sexual y reproductiva*. Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública, 30(3), 455-460. Recuperado en 02 de septiembre de 2022, de http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-46342013000300014&lng=es&tlng=es
- González, V., A. C. y Castro, L. (2017). *Barreras de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia*. p. 56. https://clacaidigital.info/bitstream/handle/123456789/996/Barreras_IVE_vf_WEB.pdf?sequence=1&isAllowed=y.pdf
- Ministerio de Salud y Protección Social. (2014). Protocolo de atención a la embarazada menor de 15 años. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/SM-Protocolo-atencion-embarazada-menor-15.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas ONU. (1995). *The Copenhagen Declaration and Programme of Action*. Organización de las Naciones Unidas, New York. p. 57. <https://digitallibrary.un.org/record/204669>
- Organización Mundial de la Salud OMS. (1995). *Complicaciones del aborto: Directrices técnicas y gestoriales de prevención y tratamiento*. <https://iris.paho.org/handle/10665.2/43196>
- Organización Internacional para las Migraciones OIM. (2015). *Política de la OIM sobre la igualdad de género*. <https://www.iom.int/sites/default/files/about-iom/gender/C-106-INF-8-Rev.1-Política-de-la-OIM-sobre-la-Igualdad-de-Género-2015-2019.pdf>
- Organización Internacional para las Migraciones OIM. (2019). *Glosario sobre migración*. <https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml-34-glossary-es.pdf>
- Plataforma de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela R4V (2022). *Refugiados y Migrantes de Venezuela*. <https://www.r4v.info/es/refugiadosy-migrantes>
- Profamilia (2019). *Evaluación de las necesidades insatisfechas en salud sexual y salud reproductiva de la población migrante venezolana en cuatro ciudades de la frontera colombo – venezolana*. <https://profamilia.org.co/wp-content/uploads/2019/05/LIBRO-Evaluacion-de-las-necesidades-insatisfechas-SSR-y-Migrantes-Venezolanos-Digital.pdf>
- Triviño, C., Martínez, J. y Falla, F. (2019). *Migrantes venezolanas en Colombia: Barreras de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo*. La Mesa por la vida y la salud de las mujeres. <https://despenalizaciondelaborto.org.co/wp-content/uploads/2019/12/Libro-IVE-Migrantes.-VF.pdf>
- Vivas., Páez, T. (2017). *The Venezuelan diaspora, another impending crisis?* Freedom House. DOI: 10.13140/RG.2.2.17819.87843

Sentencias, resoluciones y leyes

- Congreso de Colombia. (2014). *Ley 1719*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestor-normativo/norma.php?i=57716>
- Corte Constitucional de Colombia (2002). *Sentencia T-881*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/t-881-02.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2006). *Sentencia C-355*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>
- Corte Constitucional. (2008). *Auto 092*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2008/a092-08.htm>
- Corte Constitucional. (2015). *Auto 009*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/Autos/2015/A009-15.htm>

- Corte Constitucional de Colombia. (2017). *Sentencia SU-677*. <https://migracionderecho.uniandes.edu.co/wp-content/uploads/Bitacora-jurisprudencial-de-la-migracion.pdf>
- Corte Constitucional de Colombia. (2018). *Sentencia SU-096*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU096-18.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2019). *Sentencia T-074*. <https://migracionderecho.uniandes.edu.co/wp-content/uploads/Bitacora-jurisprudencial-de-la-migracion.pdf>
- Corte Constitucional de Colombia. (2019). *Sentencia C-203*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-203-19.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2022). *Sentencia C-055*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2022/C-055-22.htm>
- Ministerio de Salud y Protección Social. (2012). *Resolución 459* <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/Resolucion-0459-de-2012.PDF>

Convenios, tratados y conferencias

- Conferencia mundial de derechos humanos, Viena. (1993). *Declaración y Programa de Acción de Viena*. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Events/OH-CHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994). *Convención de Belém do Pará*. <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/BelemDoPara-ESPANOL.pdf>
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer CEDAW (2008). <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>

Observaciones, opiniones, recomendaciones e informes

- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer CEDAW (1992). *Recomendación general N.º 19: La violencia contra la mujer*. 11 período de sesiones. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/INEC/INTOR/cedaw-19-violencia-contra-la-mujer.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH (2015). *Movilidad Humana: Estándares interamericanos*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 46/15, párr. 32 cit. CIDH. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MovilidadHumana.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH. (2017). *Institucionalidad democrática, estado de derecho y derechos humanos en Venezuela: Informe de país*. OEA/Ser.L/V/II. Doc.209/17. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Venezuela2018-es.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH. (2018). *Migración Forzada de Personas venezolanas*. <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-2-18-es.pdf> [Accedido el 12 de noviembre de 2023].
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH. (2019). *Informe anual (2019* Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2019/docs/IA2019cap4bVE-es.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH (2020). *CIDH presenta sus observaciones y recomendaciones preliminares tras la histórica visita in loco a Venezuela para monitorear situación de derechos humanos*. Recuperado de: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/106.asp>

- Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición. (2022). *Mi cuerpo es la Verdad: Informe Final de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición*. Primera edición. Bogotá: Comisión de la Verdad, 2022. ISBN 978-628-7590-18-2 <https://www.comisiondelaverdad.co/mi-cuerpo-es-la-verdad>
- Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición. (2022). *Hallazgos y Recomendaciones: Informe Final de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición*. Primera edición. Bogotá: Comisión de la Verdad, 2022. ISBN 978-628-7590-18-2. <https://www.comisiondelaverdad.co/hallazgos-y-recomendaciones>
- Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición. (2022). *Hay Futuro si hay verdad. Informe Final. Colombia adentro: Relatos territoriales sobre el conflicto armado*. Frontera Nororiental. p. 214. <https://bapp.com.co/documento/colombia-adentro-relatos-territoriales-sobre-el-conflicto-armado-frontera-nororiental/> [Accedido el 12 de noviembre de 2023]
- Comisión para el esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición. (2022). *Hay Futuro si hay verdad. Informe Final. No Matarás*. <https://www.comisiondelaverdad.co/no-mataras>
- Comisión para el esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición. (2022). *Hay Futuro si hay verdad. Informe Final. Sufrir la Guerra y Rehacer la Vida*. <https://www.comisiondelaverdad.co/sufrir-la-guerra-y-rehacer-la-vida>
- Comisión para el esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición. (2022). *Hay Futuro si hay verdad. La Colombia fuera de Colombia: Las verdades del exilio*. <https://www.comisiondelaverdad.co/exilio-0>
- Informe de la cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer Beijing (1995). <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>
- Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (1994). https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd_spa.pdf
- La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres (2019). *Migrantes venezolanas en Colombia: Barreras de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo*. p., 9. <https://despenalizaciondelaborto.org.co/wp-content/uploads/2019/12/Libro-IVE-Migrantes.-VF.pdf>
- La Mesa por la Vida (2020). *Informe contextual sobre el aborto y la anticoncepción forzada a mujeres combatientes en el marco del conflicto armado*. p. 19. <https://despenalizaciondelaborto.org.co/wp-content/uploads/2020/10/Libro-Informe-ContextoFINAL2.pdf>
- La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres (2022). *Uno pasa por muchas cosas: Barreras de acceso a la IVE en mujeres refugiadas y migrantes venezolanas en Colombia*. <https://despenalizaciondelaborto.org.co/wp-content/uploads/2022/09/Libro-Migrantes2-Digital.pdf> [Accedido el 12 de noviembre de 2023]
- Migración Colombia. (2022). *Distribución de venezolanos en Colombia*. Recuperado de: https://unidad-administrativa-especial-migracion-colombia.micolombiadigital.gov.co/sites/unidad-administrativa-especial-migracion-colombia/content/files/000112/5575_distribucion_venezolanos_2022_octubre.pdf [Accedido el 12 de noviembre de 2023]
- Naciones Unidas (2014). *Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias*. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9775.pdf>

- Naciones Unidas (2016). *Consejo Económico y Social. Observación general núm. 22 relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva, artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmIBEDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdImnsJZZVQfQejF41Tob4CvIjeTiAP6sU9x9eXO0nzmOMzdytOOLx1%2BaoaWAKy4%2BuhMA8PLnWFdJ4z4216PjNj67NdUrGT87>
- Naciones Unidas. (2022). *El cambio climático agrava la violencia contra las mujeres y las niñas*. <https://www.ohchr.org/es/stories/2022/07/climate-change-exacerbates-violence-against-women-and-girls>
- Observatorio de asuntos de género de Norte de Santander. (2020). *Boletín N°5 Seguridad y Género en Norte de Santander durante el año 2021*. <https://www.oagnnds.org/boletin-n5-seguridad-y-genero-en-norte-de-santander-durante-el-ano-2021/>
- Organización de las Naciones Unidad ONU. (2013). *Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación general núm. 30 sobre las mujeres en la prevención de conflictos y en situaciones de conflicto y posteriores a conflictos*. CEDAW/C/GC/30, párr. 34. <https://www.refworld.org/es/docid/52d9026f4.html> [Accedido el 12 de noviembre de 2023].

NORMATIVA MIGRATORIA EN CHILE: ALGUNOS COMENTARIOS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS RESPECTO A LOS DESCA

Migration Regulation in Chile: A Few Comments in a Human Rights Approach Regarding ESCE

MARÍA IGNACIA SANDOVAL GALLARDO¹
Universidad de Talca, Santiago, Chile

Resumen

Durante los últimos años en Chile los derechos de las personas migrantes han sido objeto de debate nacional, esto producto de la entrada en vigor, durante el año 2022 de la Ley de Migración y Extranjería, que por una parte viene a modernizar la institucionalidad migratoria y a establecer principios y derechos. Pero también, otra instancia de discusión en la materia se ha producido en los procesos constituyentes. La principal temática de análisis de este texto será como la nueva regulación aborda los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA).

Palabras clave

Migración, DESCA, Procesos constituyentes.

Abstract

In the last years in Chile the discussion about migrant's human rights has become a subject of national debate, especially regarding the in force in 2022 of new law of migration and foreign affairs, it's main objective was to modernize migration institutions and to establish principles and rights. But also, there is another instance of discussion in the matter which are the constitutional processes. The main theme of analysis of this document is how the new legal regulation approaches the economic, social, cultural, and environmental rights.

Keywords

Migration, DESCA, Constitutional Processes.

1. Introducción

Durante el año 2022, ocurrieron dos hitos que merecen ser analizados: uno constituye el Proyecto de Nueva Constitución rechazado el 4 de septiembre de 2022 mediante plebiscito. El otro es una norma legal relevante para nuestro estudio. Respecto de la primera, si bien la norma constitucional propuesta no entrará en vigor hay normas referentes a personas en contexto de movilidad humana que merece la pena rescatar por el impacto en el goce efectivo de derechos. Por otra parte, en materia legal, durante el año 2022 entró en vigor la nueva ley de Migración y

¹ Abogada (Chile), Magíster en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. Investigadora y profesora del Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Profesora Adjunta Derechos Fundamentales y Derecho Nacional Ambiental Universidad Andrés Bello. Profesora de Derecho Constitucional, Profesora en Diplomado en Derechos Humanos (módulo migrantes) del Centro de Estudios Constitucionales de Chile de Universidad de Talca. Correo electrónico: masandoval@utalca.cl. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4235-3851>.



Extranjería. Igualmente, el 31 de mayo de 2023 la Comisión de Expertos aprobó el anteproyecto de Constitución que será objeto de debate por el Consejo Constitucional. Adicionalmente, el Consejo Constitucional (órgano electo para la redacción del texto fundamental) entregó la propuesta de Constitución que será objeto de plebiscito por la ciudadanía el 17 de diciembre.

Así las cosas, con estos elementos nos proponemos a analizar en una doble perspectiva: primera desde la norma legal, determinando si efectivamente la nueva ley constituye o no un avance en la protección y goce efectivo de derechos fundamentales, especialmente, en lo referente a los DESCA. Por otra parte, revisaremos los dos procesos constituyentes en Chile y cómo han abordado la problemática de la movilidad humana.

Sostenemos que la normas jurídicas analizadas, no están en conformidad con estándares internacionales de derechos humanos, especialmente, considerando que el enfoque primordial es la protección de la seguridad de nacional y no con un enfoque o perspectiva de derechos². El avance o retroceso se medirá en contraste con *corpus iuris* migratorio (jurisprudencia de la Corte Interamericana, opiniones consultivas de la Corte Interamericana, Informe periódico Chile del Comité de Trabajadores Migratorios y sus familiares, informes relatoría sobre los derechos de las personas migrantes, etc.).

El trabajo se estructura de la siguiente forma: en una primera parte se referenciarán algunos datos estadísticos entregados por la institucionalidad migratoria en Chile. En un segundo apartado, abordaremos los procesos constituyentes. En una tercera parte se referencia la nueva ley sobre migración y extranjería, y finalizaremos con algunas conclusiones.

2. Contexto de la migración en Chile

La población en contexto movilidad, de acuerdo con el marco normativo aplicable, puede distinguirse entre migrantes y refugiados. Desde esta perspectiva, los migrantes en Chile asciende a 1.462.103 personas, de las cuales 744.815 son hombres y 717.288 son mujeres, un 57,1% del total se encuentra dentro del rango etario entre 20 y 39 años (Sandoval, 2022, pp. 123-124; INE- DEM, 2021). Respecto de las personas refugiadas podemos entregar las siguientes cifras correspondientes al año 2021, en cuanto a las solicitudes de refugio formalizadas fueron 3867, reconocidas corresponden a 19 y rechazadas ascienden a 3082 (SERNAMI, 2022).

Como dato estadístico relevante, haremos referencia a la cantidad de permisos de residencia tramitados, los que se desglosan en residencias temporales (es aquél entregado a los extranjeros que tengan el propósito de establecerse en Chile por un tiempo limitado, art. 66 Ley n.º 21.325) y residencias definitivas (es aquél para radicarse indefinidamente en Chile, que autoriza a desarrollar cualquier actividad lícita, art. 78 Ley n.º 21.325). Durante el año 2022, se tramitaron 101.113 residencias temporales, los que podemos desglosar de la siguiente forma: 52.989 corresponde a mujeres (los rangos etarios con un número mayor de permisos son de 18 a 29 años con 17.591 y de 30 a 44 años con 17.954). Del total de permisos un 52% corresponde a personas venezolanas, le sigue un 16% Colombia y un 13% Perú. La Región Metropolitana contó con un 60% de los permisos de residencia tramitados.

Adicionalmente, si consideramos los datos de las residencias definitivas fueron entregadas 93.989, de las cuales 42.016 correspondieron a permisos entregados a mujeres (los rangos etarios con un número mayor de permisos son de 18 a 29 años con 10.314 y de 30 a 44 años con 22.663). Del total de permisos un 71% corresponde a personas venezolanas, le

² La perspectiva de derechos consiste en una técnica jurídica consistente en determinar, por una parte, las desigualdades, discriminaciones (jurídicas o fácticas) y obstáculos que implican dificultado o impedimentos al ejercicio efectivo de derechos y por otra parte, consiste en un mandato a los Estados de ajustar tanto normas, prácticas y políticas públicas en los estándares de derechos humanos, esto incluye los DESCA (CARO, 2022, pp. 157-167).

sigue un 7% Colombia y un 6% Haití. La Región Metropolitana contó con un 66% de los permisos de residencia tramitados.

Los datos anteriores son respecto de la migración regular, en cuanto a la migración irregular, podemos señalar el aumento exponencial de ingresos a Chile por pasos no habilitados, así podemos indicar que en el año 2019 se registraron 8489 casos, en el 2020 la cifra llegó a 16.848 casos; en el año 2021, se alcanzaron 56.586 casos y los datos hasta agosto del 2022 registran 38.410 casos (Morales y González, 2022; Álvarez et al., 2022, p. 274; SJM, 2022, pp. 15 y 16). Dentro de las razones a mencionar del aumento de los ingresos por paso no habilitados encontramos la engorrosa tramitación de visas consulares, las fracturas sociopolíticas de los países de origen, pandemia Covid-19, crisis climática, entre otras (CIPER CHILE, 2022; Colmenares y Abarca, 2022, pp. 166 y 167). Los datos, además, proveen otra información aún más relevante, las cifras entregadas corresponden a los registros de personas que voluntariamente se autodenuncian ante la Policía de Investigaciones, por lo tanto, no podemos afirmar certeramente si estos números son exactos. Sí podemos sostener que la política migratoria y el Estado de Chile han sido incapaces de atacar y hacerse cargo de las razones estructurales de ingresos irregulares y de la protección de los derechos de las personas en contexto de movilidad (Álvarez et al., 2022, pp. 276-294). Esta afirmación se sustenta en que los requisitos, procedimientos engorrosos y tardíos, falta de acceso a la información sobre las solicitudes de residencias ha operado como un disuasivo del ingreso regular al país. Sumado a ello es necesario hacer presente que durante febrero de 2022 la zona norte de Chile estuvo bajo estado de excepción constitucional lo que implicó un despliegue militar en las zonas fronterizas; luego, en febrero de 2023, mediante un decreto con fuerza de ley, mantuvo la presencia militar en las fronteras como un forma de control migratorio. Estos antecedentes nos llevan a sostener que la institucionalidad vigente y la normalidad constitucional fueron insuficientes para el gobierno para hacer frente a una crisis de carácter humanitaria (BBC 2023, DW, 2022).

Con base en lo anterior, en nuestro país tenemos personas en situación migratoria regular e irregular, esto es relevante, ya que el acceso y ejercicio efectivo de derechos está supeditado a contar con un número de RUN. El cual se obtiene previa tramitación y otorgamiento de un permiso de residencia.

Para la norma legal vigente en Chile, Ley n.º 21.325, se define como condición migratoria irregular: “Aquella en la cual se encuentra un extranjero presente en el país y que carece de un permiso vigente que lo habilite para permanecer en él” (art. 1.4). Por su parte la Convención Internacional de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares se entiende por no documentados aquellas personas que no han sido autorizadas para ingresar, a permanecer, y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales de los que ese Estado sea parte” (art. 5)³. A todo luces la definición más completa de migrante, es la que entrega la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la resolución 04/2019 “Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas”, en que señala que:

Cualquier persona que se encuentre fuera del territorio social, afectivo o político al que pertenece. Para los fines de estos Principios, una persona migrante es alguien que se encuentra fuera del territorio del que es nacional, sin consideración de su situación migratoria, su

³ La convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares fue ratificada por Chile y publicado en el Diario Oficial el 8 de junio de 2005.

intención y su temporalidad. También comprende a las personas apátridas migrantes y a las víctimas de la trata de personas según los definen las legislaciones nacionales y los convenios internacionales pertinentes.

En definitiva, el contexto migratorio en Chile conlleva un escenario con múltiples problemáticas en los referente a los derechos de las personas migrantes. Ha sido precisamente esta temática objeto de discusión no solo parlamentaria, sino que también a nivel a constitucional, por lo que en los siguientes apartados se abordarán.

3. Procesos Constituyentes en Chile años 2022 y 2023

En este apartado haremos referencia, en primer lugar, al proceso constituyente pasado, concluido el 4 de septiembre de 2022 con el rechazo de la propuesta de nueva constitución elaborado por la Convención Constitucional y, en segundo lugar, al proceso constitucional en curso, donde haremos referencia al anteproyecto aprobado por la Comisión de Expertos el 31 de mayo de 2023 y el texto aprobado por el Consejo Constitucional el 30 de octubre de 2023 y que será entregado al presidente de la República el 7 de noviembre.

Antes de tratar las normas relevantes para este trabajo de los textos producto de los procesos constituyentes hay que partir de lo que hoy se encuentra vigente a nivel constitucional, es decir, qué dice nuestra norma fundamental.

Desde esta perspectiva, la actual constitución no distingue entre chilenos y extranjeros, por ello entendemos que los extranjeros son titulares de derechos fundamentales, tanto aquellos consagrados de forma expresa como implícitamente en la Carta Fundamental, todas las personas inclusive los migrantes, independientemente de su situación migratoria (Olano 2016, p. 81, Aguilar, 2016, p. 44. Aguirre, 2007, p. 93).

Lo anterior en virtud de lo establecido en el artículo 5 inciso 2 de la Constitución, esta norma juega un rol trascendental para los derechos fundamentales ya que establece la limitación de la soberanía estatal y uno de estos límites son los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes y, por tanto, obligatorios para nuestro país. Por otra parte, desde la jurisprudencia y la doctrina nacional se ha entendido que dicha normativa es aplicable a las personas extranjeras, en virtud del bloque constitucional de derechos (Nogueira, 2015, pp. 312-313).

Así las cosas, precisamente ha sido el derecho internacional de los derechos humanos el que ha permitido, ingresando mediante el bloque constitucional de derechos, proteger los derechos de las personas migrantes. La normativa chilena infraconstitucional, tanto la vigente como la que la precedió (D.L. 1904 de 1975 y su reglamento Decreto Supremo n.º 597, de 1984), han mantenido una perspectiva de protección de fronteras y seguridad nacional (Bassa y Mercado 2015, p. 107).

3.1. Proyecto de Nueva Constitución año 2022

Dentro de las normas de la propuesta de texto constitucional es necesario pronunciarse respecto de los principios generales, como la interculturalidad e igualdad sustantiva (Convención Constitucional, 2022, Propuesta Constitución Política de la República de Chile 2022). Así el artículo primero indicaba:

1. Chile es un Estado social y democrático de derecho. Es plurinacional, intercultural, regional y ecológico.
3. La protección y garantía de los derechos humanos individuales y colectivos son el fundamento del Estado y orientan toda su actividad. Es deber del Estado generar las

condiciones necesarias y proveer los bienes y servicios para asegurar el igual goce de los derechos y la integración de las personas en la vida política, económica, social y cultural para su pleno desarrollo.

Igualmente, hay que mencionar el artículo 15 que consagra el rango constitucional de los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile, como, de otras fuentes del derecho internacional, a saber:

1. Los derechos y las obligaciones establecidos en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes en Chile, los principios generales del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional consuetudinario de la misma materia forman parte integral de esta Constitución y gozan de rango constitucional.
2. El Estado debe prevenir, investigar, sancionar y reparar integralmente las violaciones a los derechos humanos.

Asimismo, hay que relacionarlo con la titularidad de los derechos fundamentales, en dicho sentido decía así: “Titularidad de los derechos. Las personas naturales son titulares de derechos fundamentales. Los derechos podrán ser ejercidos y exigidos individual o colectivamente”. A su vez, cabe referirse al artículo referente a la Cláusula de obligaciones generales y sujetos obligados que dice que “el Estado debe respetar, proteger, garantizar y promover la plena satisfacción y ejercicio de los derechos fundamentales, así como adoptar las medidas necesarias para eliminar todos los obstáculos que pudieran limitar o entorpecer su realización”.

Toda persona, institución, asociación o grupo deberá respetar los derechos fundamentales, conforme a la Constitución y las leyes” (Convención Constitucional, 2022, Propuesta Constitución Política de la República de Chile, 2022).

Por su parte, es del caso mencionar la norma sobre el principio de progresividad y no regresión, en el siguiente tenor: “El Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para lograr de manera progresiva la plena satisfacción de los derechos fundamentales. Ninguna medida podrá tener un carácter regresivo que disminuya, menoscabe o impida injustificadamente su ejercicio” (Convención Constitucional, 2022, Propuesta Constitución Política de la República de Chile, 2022).

Además, se consagró el derecho a la igualdad y prohibición de discriminación, haciendo expresa referencia a la prohibición de la discriminación por situación migratoria o de refugio que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar la dignidad humana, el goce y ejercicio de los derechos (artículo 25.4).

Finalmente, se estableció el derecho a la libertad ambulatoria y de circulación en el siguiente tenor: “Toda persona tiene derecho a la libertad ambulatoria y a la libre circulación, a residir, permanecer y trasladarse en cualquier lugar del territorio nacional, así como a entrar y salir de él. La ley regulará el ejercicio de este derecho” (Artículo 69).

Si bien, como ya señalamos estas normas no entrarán en vigor, vale la pena destacar su contenido y el avance que habría significado la incorporación de la perspectiva de género, igualdad sustantiva y de género y la interculturalidad.

¿En qué habría consistido el avance? Primero que todo al establecer que Chile es un Estado social de derecho, significaba cambiar el paradigma actual de Estado subsidiario, principio constitucional, que tiene particular impacto en materia de DESCA. El Estado Social se vincula con el rol del Estado de satisfacer las necesidades básicas que permitan una vida digna (Viera, 2014). Pero el principal avance se aprecia en la incorporación al bloque constitucional

de derechos de otras fuentes del derecho internacional de los derechos humanos. Es decir, la norma propuesta entregaba herramientas efectivas para lograr un enfoque de derechos y además, solucionaba un vacío de la norma constitucional vigente que es la fuerza normativa de las fuentes del derecho internacional.

Ahora bien, un progreso importante decía relación con la noción de igualdad sustantiva y prohibición de discriminación por situación migratoria o refugio, es decir, pone de relieve el carácter de titular de derechos fundamentales de las personas en contexto de movilidad humana y por sobre todo estableció un deber de abstención para el Estado y particulares (efecto horizontal de los derechos) de considerar la situación migratoria como un criterio para realizar diferencia arbitrarias; esto, claramente, implica que no pueden existir normas jurídicas discriminatorias y que estas no podrían aplicarse con la finalidad de menoscabar la dignidad de la persona.

Entrando ya en derechos fundamentales propiamente, no hubo mayor innovación para consagrar principios de interpretación como el *propersona* o la interpretación conforme, sin perjuicio de que se entienden parte de la constitución material por la norma de apertura al derecho internacional. Otro comentario en esta misma línea dice relación con la falencia consagrar normas referentes, por ejemplo, a debido proceso en materia administrativa o normas específicas para personas en contexto de movilidad.

Referente al derecho a la libertad personal y seguridad individual su redacción quedó en términos bastantes similares a la que señala la norma constitucional vigente.

3.2. Anteproyecto de la Comisión de Expertos 2023

A fines de mayo de 2023 la Comisión de Expertos, uno de los órganos del proceso constitucional, concluyó la aprobación del anteproyecto constitucional que fue entregado el miércoles 7 de junio a los miembros del Consejo Constitucional.

Dicho documento no contiene referencia a derechos específicos para personas en contexto de movilidad; por ello, haremos referencia a algunas normas generales que podrían incidir en los derechos de las personas migrantes. Así comenzaremos con algunos principios contenidos en el capítulo I titulado Fundamentos del orden constitucional:

El artículo 1 hace referencia a los valores constitucionales, especialmente la dignidad de la persona, y enuncia que Chile es un Estado social y democrático de derecho:

1. La dignidad humana es inviolable y la base del derecho y la justicia. Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Su respeto y garantía es el primer deber de la comunidad política y de su forma jurídica de organización.
2. Chile se organiza en un Estado social y democrático de derecho, que reconoce derechos y libertades fundamentales y promueve el desarrollo progresivo de los derechos sociales, con sujeción al principio de responsabilidad fiscal y a través de instituciones estatales y privadas”.

Por su parte, el artículo 5 trata las limitaciones a la soberanía del Estado indicando:

1. El ejercicio de la soberanía tiene como límite la dignidad de la persona y los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales ratificados por el Estado de Chile y que se encuentren vigentes.
2. Las normas de derecho interno deberán interpretarse de forma compatible con aquellos tratados, favoreciendo la protección más amplia de la persona.
3. La ley determinará la forma y el procedimiento en que el Estado cumplirá las sentencias dictadas por tribunales internacionales cuya jurisdicción ha reconocido.

Esta norma consagra la interpretación propersona de las normas internas del Estado estableciendo la compatibilidad del derecho interno con los tratados internacionales ratificados y que se encuentren vigentes. Esta norma no contempla las otras fuentes del derecho internacional. Asimismo, no establece cuál será la fuerza normativa de los tratados internacionales.

Por su parte, en el Capítulo II titulado derechos y libertades fundamentales, garantías y deberes constitucionales, en materia de titularidad el anteproyecto no innovó y se mantuvo la frase “se asegura a todas las personas”, por lo sostenido supra en el punto 2 de este texto sería aplicable respecto de la no distinción entre chilenos y extranjeros en la titularidad de derechos fundamentales.

En el art. 16 n.º 4 se consagra el derecho a la libertad personal y seguridad individual, dice en sus letras a y b lo siguiente:

- a) Toda persona tiene derecho a residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley.
- b) La ley regulará el ingreso, estadía, residencia y egreso de extranjeros del territorio nacional.

En materia de nacionalidad se establece como fuentes de ella, el *ius solis*, *ius sanguinis*, carta de nacionalización y nacionalización por gracia. Respecto de aquellas personas que nace en Chile, serán chilenas con “con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su Gobierno, y de los hijos de extranjeros transeúntes, todos los que, sin embargo, podrán optar por la nacionalidad chilena”. La expresión de hijos de extranjeros transeúntes ha generado en la práctica situaciones de desconocimiento de la nacionalidad por la autoridad administrativa y que la Corte Suprema ha resuelto vía acción constitucional de reclamación de nacionalidad estableciendo la nacionalidad chilena (algunos ejemplos de sentencias Corte Suprema Rol n.º 7580-2012, sentencia de 22 de enero de 2013; Corte Suprema Rol n.º 11654-2014, sentencia de 22 de agosto de 2014; Corte Suprema Rol n.º 17.883- 2015, sentencia de 28 de febrero de 2017; Corte Suprema Rol n.º 4721-2022, sentencia de 24 de agosto de 2022).

En materia de derechos políticos, el artículo 21 mantuvo la norma constitucional que habilita al ejercicio del derecho de sufragio a los extranjeros avecindados en Chile por más de cinco años, cumpliendo con los requisitos que señala la ley.

Por lo tanto, con base en lo señalado, el avance en materia de derechos de las personas migrantes no ha presentado avances significativos a lo que hoy constitucionalmente está vigente. Quizás el elemento a destacar de este anteproyecto sería la incorporación en el art. 5 la interpretación propersona. Dicha incorporación representa una conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos⁴. El principio propersona es un mandato al Estado a aplicar, entre dos o más disposiciones, aquella que sea más favorable para proteger los derechos.

Si consideramos lo que señala la resolución 4/19 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre los Principios Interamericanos sobre los derechos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de trata de personas:

Principio 3: Los Estados deben utilizar la interpretación que sea más favorable a la persona le ofrezca la más amplia protección ante dos o más interpretaciones posibles. Además, los

⁴ El art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra este principio de interpretación. Este tratado fue ratificado por Chile y se encuentra vigente. Fue publicado en el Diario Oficial el 5 de enero de 1991.

Estados deben aplicar la interpretación más favorable para garantizar los derechos humanos, y la más restrictiva para la limitación de esos derechos.

También hay que tener presente la protección de las personas en situación de vulnerabilidad en contexto de movilidad humana, en el principio 13 se señala:

El deber de los Estados de adoptar medidas positivas para revertir o modificar las situaciones discriminatorias existentes que sean perjudiciales para un grupo particular de personas, aplicando una perspectiva de género e interseccional en la determinación de las condiciones que producen la vulnerabilidad para poder proveer medidas y respuestas adecuadas y comprensivas de sus necesidades.

3.3. Propuesta de Nueva Constitución año 2023

En este apartado haremos referencias a tres normas que forman parte del texto aprobado por el Consejo Constitucional el 30 de octubre de 2023. La primera norma respecto a los límites a la soberanía, la segunda norma en torno al derecho a la libertad personal y seguridad individual y finalmente a la norma referente a las acciones constitucionales de tutela de derechos fundamentales.

Partiremos con el artículo 3 que consta de tres incisos: el primero señala los límites a la soberanía; el inciso segundo plantea un principio de interpretación conforme al derecho interno, y el tercero se hace referencia a la forma de aplicación de sentencias internacionales.

Artículo 3:

1. La Constitución, en tanto norma suprema del ordenamiento jurídico, reconoce como límite al ejercicio de la soberanía el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, reconocidos por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos.
2. Las normas de derecho interno deberán interpretarse de forma compatible con la Constitución, y considerando las disposiciones referidas a derechos y libertades de los tratados de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Se distinguirán las disposiciones de dichos tratados de otros instrumentos internacionales que puedan asistir a los Estados en su comprensión y aplicación, pero que no tienen carácter jurídicamente vinculante.
3. La ley determinará la forma y el procedimiento para dar cumplimiento a las sentencias dictadas por tribunales internacionales cuya jurisdicción Chile ha reconocido, y a los acuerdos o soluciones alternativas de controversias.

Comentarios que merece la norma

En primer lugar, el inciso primero referente a los límites de la soberanía del Estado no presenta una diferencia con la norma constitucional hoy vigente. De la lectura del inciso segundo se desprenden dos elementos preocupantes, el primero de ellos es la obligación de interpretación conforme a la Constitución del derecho interno, que podría presentar el siguiente problema: el Tribunal Constitucional ha entendido que los Tratados Internacionales tiene una fuerza normativa supralegal pero infraconstitucional (Rol n.º 346-2002), lo que podría llegar a entenderse que los tratados internacionales, como fuente del derecho internacional, deben interpretarse en conformidad a la Constitución lo que es jurídicamente insostenible (Noguiera, 2002, pp. 563-581). El segundo elemento preocupante, es la relación con la distinción entre

normas internacionales vinculantes de las que no lo serían, siendo las primeras la que podrán considerarse en la interpretación del derecho interno. A todas luces, la disposición constitucional desconoce el valor del *soft law* no solo en la interpretación, sino que también en la generación del derecho internacional.

Ahora nos referiremos al artículo 16 que asegura a todas las personas una serie de derechos fundamentales, el numeral 4 se refiere a la libertad personal y seguridad individual, nos abocaremos a lo que norma señala respecto de las personas migrantes.

Artículo 16.4. El derecho a la libertad personal y seguridad individual. En consecuencia:

- b) La ley regulará el ingreso, estadía, residencia y egreso de extranjeros del territorio nacional. Todos los procedimientos y medidas regulados por dicha ley deberán llevarse a cabo con pleno respeto de la dignidad humana, los derechos y garantías fundamentales y las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado de Chile.

La ley establecerá los casos, procedimientos, formas y condiciones del egreso o expulsión en el menor tiempo posible, según corresponda, de aquellos extranjeros que hayan ingresado al territorio nacional de forma clandestina o por pasos no habilitados, así como de aquellos que hayan cumplido en Chile una pena de presidio efectivo por crímenes o simples delitos. Se procurará que dichos extranjeros cumplan la referida pena en su país de origen, cuando así corresponda de conformidad con la ley y a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Con todo, no se aplicarán las disposiciones del párrafo precedente en los casos de refugio, asilo o protección, expresamente contemplados en la ley, así como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Toda persona, institución o grupo que organice, financie o ejecute, con ánimo de lucro, el ingreso ilegal de personas al territorio de la República incurrirá en las sanciones que determine la ley.

Comentarios que merece la norma

La mención a que la ley regulará el ingreso, estadía y egreso o expulsión de las personas y su supeditación a los derechos fundamentales y obligaciones internacionales, constituye una reiteración de contenidos constitucionales ya expresados, por una parte, ya en el capítulo primero se hace alusión a los valores y principios constitucionales, entre ellos, la dignidad y las limitaciones a la soberanía. Adicionalmente, la propia norma fundamental hace referencia expresa al principio de reserva legal en materia de regulación del ejercicio de los derechos fundamentales.

Respecto del segundo párrafo que hace alusión a los procedimientos de expulsión, que constituye la sanción administrativa más grave de todas, basada en el ingreso clandestino o paso no habilitado. Es decir, es una referencia expresa a la situación migratoria irregular y se establece que la expulsión debe realizarse en el menor tiempo posible. Esta norma constitucionaliza la criminalización del ingreso irregular. Si bien el párrafo concluye con una referencia a los tratados internacionales ratificados y vigentes, el contenido de la norma es en sí mismo contrario a derecho internacional, especialmente, considerando que podrían generarse situaciones de discriminación en su aplicación basadas en la condición migratoria.

Finalmente, merece la pena referirse a la norma que consagra la acción constitucional de protección, que es una acción de tutela de derechos fundamentales. El artículo 26 consta de dos incisos: el primero establece los requisitos de la acción para derechos civiles y

políticos; y el segundo regula los requerimientos de la acción tratándose de derechos sociales (prestaciones sociales vinculadas al ejercicio de los derechos a la salud, a la vivienda, al agua y al saneamiento, a la seguridad social y a la educación). Hay, por lo tanto, un tratamiento diferenciado entre la tutela de derechos sociales y otros derechos fundamentales.

Artículo 26.2:

2. Tratándose de las prestaciones sociales vinculadas al ejercicio de los derechos a la salud, a la vivienda, al agua y al saneamiento, a la seguridad social y a la educación establecidos en el artículo 16 de esta Constitución, el que por causa de actos u omisiones ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de prestaciones regladas expresamente en la ley podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre a la Corte de Apelaciones respectiva, la que ordenará el cumplimiento de la prestación, asegurando la debida protección del afectado.

Comentarios que merece la norma

La tutela judicial de los derechos sociales en la norma constitucional restringe la posibilidad de acudir ante el juez solo en la medida que existe una afectación al ejercicio de una prestación legal, excluyendo la posibilidad de reclamación judicial ante la vulneración del contenido constitucional del derecho. Esta distinción implica un desconocimiento de la naturaleza de los derechos fundamentales, sus características y la dignidad de la persona. Tampoco nos parece jurídicamente razonable distinguir en la justiciabilidad de los derechos.

3.4. Estándares interamericanos sobre derechos de los migrantes

El derecho de los migrantes ha sido cultivado, principalmente, a través de la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) de la propia Convención Americana de otros instrumentos internacionales pertinentes, que llevan al efecto útil de los derechos y a la interpretación coherente del *corpus iuris* internacional del derecho de los migrantes y refugiados. Estos estándares parten del principio general y esencial de la igualdad y no discriminación, siendo este fundamental para que se garanticen los derechos humanos de toda persona. Así lo ha señalado la Corte Interamericana de manera enfática:

que los Estados deben respetar y garantizar los derechos humanos de toda persona sujeta a su jurisdicción a la luz del principio general y básico de la igualdad y no discriminación. Todo tratamiento discriminatorio respecto de la protección y ejercicio de los derechos humanos genera la responsabilidad internacional de los Estados (CIDH (2015), Movilidad humana, OEA/Ser. L/V/II. Doc. 46/15).

La importancia de estos estándares mínimos conlleva que los Estados, dentro de su facultad de establecimiento de políticas migratorias, no podrán nunca vulnerar derechos humanos y que, además, deban siempre tener en consideración al establecer dichas políticas, la prohibición de la discriminación, directa o indirecta, *de iure* o de facto discriminación consagrado en el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso personas dominicanas y haitianas versus República dominicana, de 28 de agosto de 2014. Véase también Opinión Consultiva OC 18/03, de 17 de septiembre de 2003. Además, ver Corte Interamericana de Derecho Humanos, OC- 21/14, de 19 de agosto de 2014).

En cuanto a los estándares mínimos emanados de la jurisprudencia de la Corte IDH respecto de los derechos de los migrantes, es necesario distinguir entre:

- 1) Derecho a las garantías judiciales y garantías del debido proceso respecto de los procedimientos de expulsión y procedimientos de determinación de la calidad de refugiado.
- 2) Derecho a la nacionalidad.
- 3) Derecho a la protección de la familia. Partiendo, estos estándares, de la obligación general de respetar y garantizar el principio de igualdad ante la ley y no discriminación que es independiente del estatus migratorio de una persona (Opinión Consultiva OC 18/03, de 17 de septiembre de 2003, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso personas dominicanas y haitianas versus República dominicana, de 28 de agosto de 2014 y Corte Interamericana de Derechos Humanos caso familia Pacheco Tineo versus Estado Plurinacional de Bolivia, de 25 de noviembre de 2013).

Referente al derecho a las garantías judiciales y garantía del debido proceso respecto a los procedimientos de expulsión y procedimientos de determinación de la calidad de refugiado se puede señalar que, la Corte IDH ha señalado que los Estados deben respetar las siguientes garantías procesales en los procedimientos administrativos:

- a) Deben existir condiciones mínimas de detención durante el procedimiento de expulsión, y la privación de libertad solo procederá cuando sea estrictamente necesaria para el cumplimiento de la expulsión, debiendo siempre estar basada en razones objetivas, que carezcan de arbitrariedad.
- b) Derecho a ser notificado de la decisión de expulsión o denegación de la calidad de refugiado.
- c) Derecho de recurrir y a tener acceso a recursos eficaces para recurrir de la decisión de expulsión o de denegación de la calidad de refugiado.
- d) Derecho a ser oído por una autoridad competente.
- e) Facultad de ser representado ante dicha autoridad administrativa competente.
- f) Derecho a contar con la asistencia de un intérprete.
- g) Derecho a asistencia consular (Boza, 2014, pp. 280-289).

En atención a los procedimientos de determinación de la calidad de refugiado es necesario agregar, a lo ya señalado, otras obligaciones de los Estados:

- a) Se debe dar la oportunidad de ponerse en contacto con un representante del Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).
- b) La solicitud debe examinarse con objetividad y realizarse una entrevista personal, dentro del marco del procedimiento ante autoridad competente. Además, se deben proteger los datos de los y las solicitantes y de la solicitud en todas las etapas de procedimiento, protegiendo el principio de confidencialidad (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso familia Pacheco Tineo versus Estado Plurinacional de Bolivia, de 25 de noviembre de 2013).

Serían garantías mínimas en los procedimientos de expulsión:

- a) Ser informado expresa y formalmente de los cargos en su contra y el motivo de la expulsión o en su caso el motivo fundado.
- b) Notificación de la denegación de la calidad de refugiado.

Lo anterior implica:

- a) La posibilidad de exponer las razones para oponerse a dicha decisión.
- b) Obtención de representación y asesoría legal.
- c) Asistencia consular.
- d) En caso de una decisión desfavorable debe existir el derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso personas dominicanas y haitianas versus República Dominicana, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de agosto de 2014. También Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Familia Pacheco Tineo versus Estado Plurinacional de Bolivia, de 25 de noviembre de 2013).

En relación con el derecho a la nacionalidad la Corte IDH ha establecido que es necesario que todos los Estados, al regular el otorgamiento de la nacionalidad, tengan en cuenta:

- a) Su deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia.
- b) Su deber de brindar a los individuos una protección igualitaria y efectiva de la ley y sin discriminación. Lo que conlleva que los Estados no podrán adoptar prácticas o legislación, en esta materia, cuya aplicación favorezca el aumento del número de personas apátridas, adquiriendo gran relevancia el *Ius Solis* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso personas dominicanas y haitianas versus República Dominicana, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de agosto de 2014. En esta sentencia utiliza también la Convención de los Derechos del Niño. Además, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución n.o 3/08, del año 2008).

Respecto a los estándares a la protección de la familia, en este punto, la Corte IDH señaló que el Estado no solo debe abstenerse de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño y de la niña, sino que también que, según las circunstancias, debe adoptar providencias que impliquen el aseguramiento del ejercicio y disfrute pleno de sus derechos. Especial alusión realiza en cuanto a las eventuales separaciones por razones migratorias ya que, si bien el establecimiento de políticas migratorias es una potestad de los Estados estas no pueden vulnerar derechos humanos, por lo que en caso de separaciones legales de la niña o el niño de su familia solo puede proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, siendo excepcionales y, en lo posible eventuales y que no pongan en riesgo la supervivencia y desarrollo de los niños.

La Corte Interamericana ha dicho que cuando un Estado adopte una decisión que conlleve alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de una niña o un niño, debe tomar en cuenta su interés superior y ajustarse a las disposiciones que rigen esta materia.

Es por lo anterior que los niños, dentro de procedimientos administrativos ya sea de expulsión y de determinación de la calidad de refugiado, sea que se trate de menores acompañados o no o separados, tiene el derecho a ser oído y expresar sus opiniones y participar de una manera significativa. Existe una relación ente el derecho a ser oído y el interés superior del niño, pues este facilita el papel esencial de los niños en todas las decisiones que le afecten.

Hay dos principios rectores que rigen esta materia, el interés superior del niño y el principio de unidad familiar, el primero:

es un principio regulador de la normativa de los derechos del niño que se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y niñas, así como en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Familia Pacheco Tineo versus Estado Plurinacional de Bolivia, 25 de noviembre de 2013, C. 128).

Por lo que no solo debe tomar medidas especiales de protección sino que, también, tomar en consideración la situación en la que se halle el niño o niña. El segundo implica que el Estado no solo está obligado a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños sin también favorecer, de la manera más amplia posible, el núcleo familiar. Hay que señalar que tiene aplicación trascendental el *corpus iuris* internacional de protección de los derechos de los niños y niñas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Familia Pacheco Tineo versus Estado Plurinacional de Bolivia, 25 de noviembre de 2013).

4. Ley n.º 21.325 Sobre Migración y Extranjería ¿un avance real en materia de derechos?

Durante febrero del año 2022 entró en vigor la ley n.º 21.325 sobre Migración y Extranjería que revisaremos a continuación algunos temas relacionados con los Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA).

Dentro del articulado, cabe señalar el principio de promoción, respeto y garantía de derechos (artículo 3), que indica respecto de los DESCAs lo siguiente: “[...] de derechos económicos, sociales y culturales, el Estado se compromete a adoptar todas las medidas, hasta el máximo de los recursos disponibles y por todo medio apropiado, para lograr la plena efectividad de los derechos [...]”. Asimismo, esta norma refuerza el principio de igualdad y no discriminación.

Respecto de los derechos consagrados, podemos mencionar la integración e inclusión (artículo 6). Dicha norma señala:

El Estado [...] propenderá a la integración e inclusión de los extranjeros dentro de la sociedad chilena en sus diversas expresiones culturales, fomentando la interculturalidad, con el objeto de promover la incorporación y participación armónica de los extranjeros en la realidad social, cultural, política y económica del país, para lo cual deberá reconocer y respetar sus distintas culturas, idiomas, tradiciones, creencias y religiones [...].

Asimismo, se consagra la prohibición de la discriminación, existiendo en el artículo 23 inciso final una referencia expresa a la mujer en el siguiente tenor:

El Estado promoverá el respeto y protección hacia la mujer extranjera, cualquiera que sea su situación migratoria, para que en todas las etapas de su proceso migratorio no sea discriminada ni violentada en razón de su género. Las mujeres migrantes tendrán acceso a todas las instituciones y mecanismos que resguarden su bienestar. Las mujeres embarazadas, víctimas de trata de personas, o de violencia de género o intrafamiliar, u objeto de tráfico de migrantes, tendrán un trato especial por el Estado. En virtud de lo anterior, el Servicio Nacional de Migraciones podrá entregar una visa que regule su permanencia, de acuerdo a antecedentes fundados requeridos a los organismos competentes.

En lo referente a los derechos sociales, *lato sensu*, la norma contempla derechos laborales (art. 14) indicando la igualdad entre chilenos y extranjeros y que la condición migratoria

no obsta al cumplimiento de las obligaciones del empleador. El derecho al acceso a la salud (art.15) señala que los extranjeros, indistintamente de su situación migratoria, “tendrán acceso a la salud conforme a los requisitos que la autoridad de salud establezca, en igualdad de condiciones que los nacionales”. También se consagra el acceso a la seguridad social y beneficios de cargo fiscal (art. 16) bajo el criterio de igualdad en el acceso a prestaciones de seguridad social y beneficios fiscales, cumpliendo los requisitos que establezcan las leyes. A su vez, la norma establece un requisito de residencia de 24 meses para prestaciones que sean financiadas netamente por fondos fiscales, aunque por razones humanitarias no será necesario este requisito. La norma agrega que las restricciones establecidas en este artículo no aplican respecto de los niños, niñas y adolescentes cualquiera sea la situación migratoria de los adultos de quienes dependan.

En cuanto al derecho a la educación (art. 17) señala que se garantiza “el acceso a la enseñanza preescolar, básica y media a los extranjeros menores de edad establecidos en Chile, en las mismas condiciones que los nacionales”. Agrega que este derecho no podrá denegarse o limitarse en razón de la condición migratoria de sus padres o quienes tenga el cuidado personal. Asimismo, establece la facultad de acceder a las instituciones de educación superior en igualdad de condiciones que los nacionales. En relación con el derecho al acceso a la vivienda propia (art. 18) indica que “los extranjeros titulares de residencia definitiva gozarán de los mismos derechos en materia de vivienda propia que los nacionales, cumpliendo los demás requisitos legales”.

De lo dicho hasta ahora, la norma central en materia de derechos de las personas en contexto de movilidad humana es la igualdad y no discriminación. Si bien los otros derechos señalados no lo indican, consideramos que, precisamente, al tratarse de una norma de *ius cogens* debería formar parte del contenido interpretativo de todos los derechos (Sandoval, 2021, p. 184) y así la perspectiva o enfoque de derechos pasaría a ser parte del contenido normativo de las normas indicadas. Ya desde la opinión Consultiva 18/03 la Corte IDH ha sostenido el carácter de *ius cogens* de la igualdad y no discriminación, y esta norma ha sido la piedra angular en la construcción de estándares mínimos de derechos de las personas en contexto de movilidad. Por ello sostenemos que este principio debería ser parte del contenido interpretativo de los derechos, es decir, al momento de aplicar una norma interna el Estado deberá no solo interpretarla sino que aplicarla de forma tal que no incurra en ningún tipo de discriminación, teniendo siempre presente el goce efectivo de los derechos fundamentales.

Lo anterior se sustenta precisamente en la jurisdicción consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) la Opinión Consultiva OC 18/03, que señala que las políticas migratorias deben tener como objetivo respetar los derechos humanos y su ejecución debe llevarse a cabo con pleno respeto y garantía a estos derechos. A su vez, si bien admite la posibilidad que los Estados hagan distinciones con base en la situación migratoria del migrante, estas deben ser objetivas, proporcionales y razonables (Opinión Consultiva OC 18/03, de 17 de septiembre de 2003, párr. 168).

También podemos mencionar la Opinión Consultiva OC 21/14, que señala que los Estados deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes. Esto conlleva garantizar su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna. Además, de cumplir con las obligaciones conexas que emanan de los instrumentos internacionales del derecho humanitario y del derecho de los refugiados (Opinión Consultiva OC 21/14, de 19 de agosto de 2014, párr. 39).

A su vez, podemos mencionar la Opinión Consultiva 25/18, que se pronuncia sobre el derecho humano al asilo en el sistema interamericano y las obligaciones que los Estados

tiene respecto de ella, especialmente, el principio de no devolución ha señalado que: “la prohibición de devolución por mandato convencional ofrece una protección que alcanza a cualquier persona extranjera, no necesariamente solicitantes de asilo y refugio, cuyos derechos se encuentren amenazados” (OC 25/18, 2018, párr. 186). Así las cosas:

el principio de no devolución no sólo es fundamental para el derecho de asilo, sino también como garantía de diversos derechos humanos inderogables, ya que justamente es una medida cuyo fin es preservar la vida, la libertad o la integridad de la persona protegida (OC 25/18, 2018, párr. 180).

El principio de no devolución, y la interpretación evolutiva del mismo que realiza la Corte IDH, significa aplicar el contenido de la no devolución a contextos de movilidad humana más amplios que el asilo o refugio, y si consideramos el contexto social latinoamericano y el tipo de flujo migratorio que recibe Chile, esta norma jurídica podría perfectamente aplicar para personas en cuyos países de origen existe una violación sistemática, por ejemplo, a derechos sociales.

A nivel de jurisdicción contenciosa, la Corte IDH ha desarrollado estándares de los derechos que tienen las personas migrantes y ha manifestado que no pueden ser objeto de trato discriminatorio y deben ser tratados bajo el principio de igualdad ante la ley, sin tener relevancia su situación migratoria regular o irregular (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, de 28 de agosto de 2014. También ver, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Vélez Loor vs. Panamá, 23 de noviembre de 2010).

Desde una perspectiva de *soft law*, podemos mencionar los principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas, específicamente consagra en el principio 8 la perspectiva de género y el enfoque diferenciado en el siguiente tenor:

Las leyes y políticas de migración que aplican los Estados deben incorporar una perspectiva de género que considere los riesgos específicos, así como los efectos diferenciados, que enfrentan las mujeres, hombres, niños y adolescentes de ambos sexos y personas LGTBI en el contexto de la movilidad humana (CIDH, Resolución 04/19 aprobada por la Comisión el 7 de diciembre de 2019).

Si bien la norma legal (Ley n.º 21.325 sobre Migración y Extranjería), miramos con preocupación la justiciabilidad de los derechos consagrados en la norma legal, considerando que la norma remite a la Carta Fundamental, y el estatus que los DESCA tienen hoy en la Constitución vigente, es precisamente su no justiciabilidad.

Actualmente, la ley señala en su artículo 9: “No criminalización. La migración irregular no es constitutiva de delito”. Miramos con preocupación la existencia de un proyecto de ley que busca tipificar como delito el ingreso al territorio nacional por pasos no habilitados (Boletín n.º 15261-25), específicamente el proyecto de ley indica:

Artículo 119 bis. El que, no reuniendo las condiciones para ser declarado como refugiado en nuestro país, o reuniéndolas, no provenga directamente de un territorio en donde su vida o libertad estén amenazadas, hiciere ingreso al territorio nacional de manera clandestina por un paso no habilitado o eludiendo el control migratorio, será sancionada con la pena de presidio menor en su grado mínimo o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

A los extranjeros que ingresaren al territorio nacional, mediante alguna de las conductas señaladas en el inciso anterior y existiendo a su respecto causales de impedimento o prohibición de ingreso, se les aplicará la pena de presidio menor en su grado medio. Sufrirá la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo el que entrare al territorio chileno o intentare salir de él valiéndose de un documento de identidad o de viaje falso o faltando a la verdad en la información requerida por la autoridad para autorizar el ingreso o la salida.

Entonces ¿cuáles serían las razones para modificar la norma a poco más de un año de entrar en vigor? Como respuesta a esta interrogante podemos mencionar dos razones predominantes, la primera el aumento exponencial de los ingresos por pasos no habilitados, especialmente en la frontera norte de Chile, ello sin perjuicio de que desde inicios del 2023 dicha zona se encuentra militarizada debido a las atribuciones entregadas a las fuerzas armadas en control migratorio. La segunda razón sería la vinculación existencia entre la migración irregular y la delincuencia.

Nos parece que los elementos considerados para buscar establecer este delito es una medida contraproducente para hacer frente a una crisis migratoria, sobre todo, si el foco se pone en la seguridad nacional más que en la protección de los derechos de las personas, indistintamente de su situación migratoria⁵. Hoy la ley tiene herramientas jurídicas sancionatorias suficientes para castigar el incumplimiento de la norma legal⁶. Por ello, además, si consideramos qué tipo de eficacia tendría esta criminalización, solo tendería a potenciar la migración irregular, aumentando así las eventuales violaciones a derechos fundamentales. Adicionalmente, esta medida carece de toda proporcionalidad, se propicia una potencial discriminación en desmedro de la protección de derechos de las personas en contexto de movilidad lo que atenta contra el derecho internacional de los derechos humanos.

Los migrantes que no pueden gozar de manera efectiva de sus derechos humanos, que corren un mayor riesgo de sufrir violaciones y abusos, y que, por consiguiente, tienen derecho a reclamar una mayor protección a los garantes de derechos (Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos al Consejo de Derechos Humanos, Principios y orientaciones prácticas sobre la protección de los derechos humanos de los migrantes en situaciones de vulnerabilidad (3 de enero de 2018, documento A/HRC/37/34 de las Naciones Unidas, párr. 12). En esta misma línea podemos agregar el último informe periódico de Chile del Comité de los Trabajadores Migratorios y sus familiares que instó a nuestro país a cumplir con las siguientes recomendaciones:

- 1) Insuficiente enfoque basado en los derechos de los migrantes y sus familiares, la protección de los derechos de migrantes en situación irregular, los mecanismos de regularización,

⁵ La existencia de la política migratoria en Chile se enfoca en esto ya que forma parte de uno de sus ejes que es seguridad, control de fronteras y crimen organizado. Hay dos objetivos a destacar de este eje: por una parte, se pretende “robustecer las capacidades y tecnologías para el resguardo de las fronteras, particularmente de pasos no habilitados, de manera de mantener un control efectivo sobre ingresos y egresos irregulares de personas, así como mantener el control sobre el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas” y por otra “perfeccionar los procedimientos que permitan aplicar con eficacia y oportunidad las sanciones administrativas que establece la Ley 21.325 de Migración y Extranjería, para las infracciones menos graves, que serán sancionadas desde amonestación hasta multa, y sobre las infracciones graves que serán sancionadas con la salida forzada del país del extranjero, mediante decreto de expulsión”.

⁶ La ley vigente en comento contiene una serie de medida a ser aplicadas ante el incumplimiento de las normativas migratorias, a saber, el capítulo VII se titula infracciones y sanciones migratorias, hace una distinción entre infracciones migratorias menos graves y graves y se establecen como sanciones multas y amonestaciones, expulsión administrativa y judicial, prohibición de ingreso al país. Además, se establecen medidas de control para los extranjeros infractores tales como toma de declaración, fijar domicilio y presentación en dependencias de la autoridad. Asimismo, en el caso de la expulsión la norma contempla la posibilidad de privar de libertad con el objeto de ejecutar la expulsión por un máximo de 5 días corridos.

el derecho a un debido proceso y garantías procesales, el reconocimiento del estatuto de refugiado y otras formas de protección internacional, y el acceso a servicios sociales.

- 2) Proceso que pueda resultar en la expulsión de una persona migrante debe ser individual, de modo de evaluar las circunstancias personales de cada sujeto y cumplir con la prohibición de expulsiones colectivas. Asimismo, dicho procedimiento no debe resultar discriminatorio.
- 3) El Comité insta al Estado parte a reconocer por ley la nacionalidad chilena a hijas e hijos de migrantes en situación irregular nacidos en el territorio del Estado parte y así evitar cualquier riesgo de apatridia (Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Chile, 11 de mayo de 2021).

Precisamente, la situación migratoria irregular tiene como consecuencia aumentar esta vulnerabilidad, lo que los expone especialmente a ser discriminados y a la vulneración de sus derechos humanos. Situación que ya generó preocupación y una serie de recomendaciones a Chile para ajustar sus normas y conductas al derecho internacional de los derechos humanos.

Con lo analizado hasta este punto podemos señalar que la aplicación de la norma migratoria por una parte mantiene un ámbito de discrecionalidad de la autoridad lo ha producido un impacto en el ejercicio de derechos fundamentales y, por otra, los intentos de su modificación, especialmente, la tipificación como delito de la migración irregular tiene claramente un carácter regresivo.

5. Conclusiones

A modo conclusivo podemos señalar que, si bien, la Ley n.º 21.325 sobre Migración y Extranjería es un avance legislativo importante, no solo porque actualiza la regulación de la movilidad humana en Chile sino que también, incorpora elementos acorde a las obligaciones en materia de derechos humanos como principios de interpretación, no discriminación debido a la situación migratoria entre otros.

A pesar de la evolución señalada referente a principios, derechos e institucionalidad migratoria que constituye un avance respecto de la norma infraconstitucional anterior, la normativa sigue manteniendo una perspectiva de seguridad nacional en torno a la regulación de la migración. Asimismo, miramos con preocupación la carencia de mecanismos de justiciabilidad de los derechos, en especial los DESCAs, precisamente porque la propia Carta Fundamental vigente regula, de forma restrictiva, precisamente la posibilidad de acudir a un juez ante la vulneración de derechos. Sobre todo, considerando que en el ejercicio de algunos se distingue entre situación migratoria regular e irregular.

También, nos parece importante destacar que de la propuesta constitucional, rechazada el 4 de septiembre de 2022, hay elementos rescatables en lo que dice relación con los DESCAs. Específicamente el cambio de paradigma respecto de los derechos sociales, al consagrar que Chile es un Estado Social o las obligaciones específicas en torno a los DESCAs como el principio de progresividad y no regresión. A su vez, la consagración expresa de la perspectiva de género y la igualdad y no discriminación como norma transversal en materia de derechos.

En definitiva, el avance legal existente aún dista bastante de los estándares internacionales. Queda por ver cómo será aplicada e interpretada la norma legal por las autoridades administrativas, especialmente en lo referente a los derechos y, ante su eventual vulneración, qué herramientas jurisdiccionales prevalecerán para su justiciabilidad.

Respecto del texto aprobado por el Consejo Constitucional, este incorporó la criminalización de la migración irregular a nivel constitucional lo que es contrario a los derechos humanos de las personas migrantes. Queda pendiente el plebiscito de 17 de diciembre en que la ciudadanía se manifestará sobre el texto constitucional propuesto.

Referencias bibliográficas

- Aguilar, G. (2016). Principio de interpretación de los derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia chilena e internacional (pp. 13-59). *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (Año XLIX, n.º 146).
- Aguirre, J. (2007). *La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R22853.pdf>
- Álvarez, V., Cárdenas, M., Nazar, C., y Vargas, F. (2022). Derechos de las personas migrantes y refugiadas: ingresos por pasos no habilitados y desprotección. En D. Judith Schönsteiner (ed.) *Informe Anual Derechos Humanos 2022* (pp. 271- 318). Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos: UDP.
- Bassa, J., y Torres, F. (2015). Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios. *Revista Estudios Constitucionales*, 13(2), 103-124.
- BBC Mundo. (2023). *La crisis migratoria lleva al gobierno de Boric a militarizar la frontera norte de Chile, 27 de febrero de 2023*. Recuperado de: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-64764691>
- Boza, D. (2014). Derecho de extranjería y jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2012-2103). *Revista El Anuario CIDOB de la Inmigración*, 2013(2013), 273-298.
- Cámara de Diputadas y Diputados (2023). *Boletín 15261-25 modifica la ley n.º 21.325, de migración y extranjería, para tipificar el delito de ingreso clandestino a territorio nacional*. Recuperado de: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=15772&prmBOLETIN=15261-25>
- Caro, M. (2022). Constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Una mirada desde el enfoque Basado en Derechos Humanos y Goce Efectivo de Derechos. *Revista Jurídica Mario Alario D' Filippo*, 14 (27), 155-179.
- Roessler, P., y Ureta, W. (2022). *Qué hemos aprendido sobre irregularidad migratoria*. Recuperado de <https://www.ciperchile.cl/2022/03/28/que-hemos-aprendido-sobre-irregularidad-migratoria/>
- Colmenares, N., y Abarca, K. (2022). La migración a nivel local en Chile. Desafíos, demandas y políticas en tiempos de pandemia. *Revista Si Somos Americanos*, 22(1), 164-192.
- Comisión de Expertos (2023). *Anteproyecto de Constitución Política de la República de Chile*. Recuperado de <https://www.procesoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2023/06/Anteproyecto-Constitucion-Politica-Republica-de-Chile.pdf>
- Convención Constitucional (2022). *Propuesta Constitución Política de la República de Chile 2022*. Recuperado de <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/07/Texto-CPR-2022.pdf>
- DW (2022). *Chile militariza cuatro provincias por crisis migratoria, 13 de febrero de 2022*. Recuperado de <https://www.dw.com/es/chile-militariza-cuatro-provincias-por-crisis-migratoria-en-el-norte/a-60759544>.

- INE- DEM (2021). *Estimación de personas extranjeras residentes habituales en Chile al 31 de diciembre de 2020*. Recuperado de <https://serviciomigraciones.cl/estadisticasmigratorias/estimacionesdeextranjeros/>
- Migraciones Chile (2022). *Estadísticas migratorias- permisos de residencia definitiva otorgadas*. Recuperado de <https://serviciomigraciones.cl/estadisticasmigratorias/registrosadministrativos/>
- Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Gobierno de Chile (2023). *Política Nacional de Migración y Extranjería*. Recuperado de <https://serviciomigraciones.cl/gobierno-de-chile-presenta-pnme/>
- Nogueira, H (2002). Consideraciones sobre el Fallo del Tribunal Constitucional Respecto del Tratado de Roma que Establece la Corte Penal Internacional. *Revista Ius et Praxis*, (1), 563-581.
- Morales, A., y González, J. (2022). *Política migratoria: un balance*. Recuperado de <https://www.ciperchile.cl/2022/11/07/politica-migratoria-un-balance/>
- Nogueira, H. (2015). El Bloque Constitucional de Derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia. *Revista Estudios constitucionales*, 13(2), 301-350.
- Olano, H. (2016). Teoría de Control de Convencionalidad. *Revista Estudios Constitucionales*, 14(1), 61-94.
- ONU. (2021) Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. *Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Chile*. 11 de mayo de 2021.
- Sandoval, M. (2021). Sentido y alcance del contenido esencial del derecho a migrar en Chile. *Estudios Constitucionales*, 19(2), 170-198.
- Sandoval, M. (2023). Refugiados, Proyecto de Nueva Constitución y Derechos Fundamentales. En G. Aguilar Cavallo (coord.). *El Constitucionalismo Transformador en el Siglo XXI* (pp. 1473-1497). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Servicio Jesuita a Migrantes, SJM (2022). *Migración en Chile. Lecciones y desafíos para los próximos años: Balance de la Movilidad Humana en Chile 2018 – 2022*, Santiago, Chile. Recuperado de <https://www.migracionenchile.cl/publicaciones>
- Viera Álvarez, Christian (2014). Estado social como fórmula en la constitución chilena. *Revista de Derecho Coquimbo*, 1(2), 453-482.

Normas Jurídicas

- Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969.
- Convención Internacional de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, 18 de diciembre de 1990.
- Ley n.º 21.325 sobre Migración y Extranjería, Diario Oficial 20 de abril 2021, entrada en vigor 12 de febrero de 2022.

Sentencias

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010). *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C n.º 218.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2013). *Caso Familia Pacheco Tineo versus Estado Plurinacional de Bolivia*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C n.º 272.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014). *Caso personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C n.º 282.

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2012). *Caso Khlaifia y otros Vs. Italia*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. No. 16483:
- Corte Suprema (2012). Rol n.º 7580-2012. Sentencia de 22 de enero de 2013.
- Corte Suprema (2014). Rol n.º 11654-2014. Sentencia de 22 de agosto de 2014.
- Corte Suprema (2017). Rol n.º 17.883-2015. Sentencia de 28 de febrero de 2017.
- Corte Suprema (2022). Rol n.º 4721-2022. Sentencia de 24 de agosto de 2022.

Convenciones, tratados y conferencias

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019). *Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas*. Adoptada por la Comisión el 7 de diciembre de 2019.

Observaciones, opiniones, recomendaciones e informes

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2008). *Resolución 03/08 Derechos humanos de los migrantes, estándares internacionales y directiva europea sobre retorno*. 15 de julio de 2008.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2003). *Opinión Consultiva OC 18 /03 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos respecto de la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 17 de septiembre de 2003.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014). *Opinión Consultiva OC 21/14 solicitada por la República de Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay respecto de los derechos y garantía de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional*. 19 de agosto de 2014
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018). *Opinión Consultiva 25/18, solicitada por la República del Ecuador sobre la institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. 30 de mayo de 2018.
- ONU (2018). *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos al Consejo de Derechos Humanos, Principios y orientaciones prácticas sobre la protección de los derechos humanos de los migrantes en situaciones de vulnerabilidad*. 3 de enero de 2018.

DERECHOS POLÍTICOS Y ELECTORALES DE LAS PERSONAS MIGRANTES INTERNACIONALES EN LA ARGENTINA (2023)

Political and Electoral Rights of International Migrants in Argentina (2023)

GABRIELA MARIEL LLASER¹

Instituto de Investigaciones Gino Germani,
Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Resumen

El merecimiento y ejercicio de los derechos políticos electorales, a diferencia de los derechos civiles, que corresponden universalmente a todas las personas, se imputan únicamente a quienes gozan de la titularidad de la “ciudadanía”, la cual es definida por cada Estado en cada período histórico según distintos criterios, entre los cuales predomina el de la nacionalidad. En ese sentido, en el presente trabajo nos preguntamos cuáles son los límites a los derechos políticos y electorales de las personas migrantes internacionales en Argentina a partir de los conceptos de nacionalidad y ciudadanía. En particular, nos centraremos en tres dimensiones de los derechos políticos en Argentina: la asociación política, el derecho a elegir y el de ser elegido/a.

Palabras clave

Derechos políticos y electorales, Migrantes, Ciudadanía, Nacionalidad.

Abstract

The merit and exercise of electoral political rights, unlike civil rights, which correspond universally to all people, are imputed only to those who own the “citizenship”, which is defined by each State in each historical period according to different criteria, among which nationality predominates. In this sense, we ask ourselves what the limits to the political and electoral rights of international migrants in Argentina are based on the concepts of nationality and citizenship. In particular, we will focus on three dimensions of political rights in Argentina: political association, the right to vote, and the right to be elected.

Keywords

Political and Electoral Rights, Migrants, Citizenship, Nationality.

1. Introducción

En diciembre del año 2003, el Congreso de la Nación Argentina sancionó la Ley de Migraciones N.º 25.871. Esta ley, considerada “de avanzada” en la región y en el mundo, reemplazó al Decreto Ley N.º 22.439 (1981) de la última dictadura cívico-militar conocida entonces como “Ley Videla” que replicaba la Doctrina de Seguridad Nacional frente a la migración. La nueva ley estableció que el derecho a la migración es “esencial e inalienable de la persona” (art. 4) y

¹ Licenciada y Profesora en Ciencia Política por la Universidad de Buenos Aires (FSOC-UBA). Diplomada en Migrantes y Protección de Refugiados (Derecho-UBA). Realizó una Maestría en Defensa Nacional en la Universidad de la Defensa Nacional (UNDEF). Doctoranda en Ciencias Sociales (UBA). Correo electrónico: llasergabriela@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-0727-2319>



que las personas migrantes tienen los mismos derechos que las personas nacionales, incluyendo lo concerniente a “servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social” (art. 6). Además, introdujo, en su artículo 11, la posibilidad de que las personas extranjeras puedan participar en las decisiones de la “vida pública” de sus comunidades locales según la legislación correspondiente a nivel nacional y provincial.

En este trabajo nos interesa problematizar que la pertenencia nacional otorga una membresía política que es la base del acceso a los derechos ciudadanos a partir de la modernidad europea. Quienes no poseen esa membresía política —por no ser considerados/as “nacionales”— no solo no acceden a los derechos humanos universales —que se decodificaron en términos estatales—, sino que además no tienen el derecho a influir en los destinos de la comunidad en la que habitan, pero de la cual no pertenecen políticamente. Benhabib (2005) retoma de Hannah Arendt (1998) la idea de que la falta de nacionalidad o la no pertenencia a un Estado se traduce en la pérdida de los derechos humanos que, tras las revoluciones burguesas modernas equivale políticamente a la pérdida de los derechos ciudadanos. El “derecho a tener derechos” de Arendt refiere a la aceptación jurídica y política de un Estado sobre una persona para acceder a los derechos. Tener el “derecho” de membresía política otorga “derechos ciudadanos” (Benhabib, 2005, p. 50).

El artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que explicita los derechos políticos de “los ciudadanos”, establece que tales derechos pueden ser reglamentados por ley, “exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal” (OEA, 1984). Si bien sabemos que la categoría de “derechos políticos” es muchas veces problemática para su delimitación, a los fines del presente trabajo definiremos los derechos políticos como “...los derechos de asociación y reunión con fines políticos, el derecho de petición a las autoridades, los derechos de participación y control, así como, especialmente, el derecho a elegir y ser elegido conforme a las leyes” (Dalla Villa, 2014 p. 69). Por otro lado, nos centraremos en los derechos electorales de las personas migrantes internacionales en la República Argentina, especialmente en los derechos de elegir y el de ser elegida/o a nivel nacional y a nivel provincial y de la Ciudad de Buenos Aires, así como el derecho a la asociación política.

2. El derecho a la membresía política

Reflexionar en torno a la participación electoral de las personas migrantes en el país de recepción o pensar sus derechos políticos en un sentido más amplio, nos invita a considerar la contradicción entre el ideal originario de ciudadanía “del mundo” y las fronteras que demarcan estados territoriales como entidades políticas con una “comunidad=pueblo” (Stolcke, 1997).

En general, la mayoría de los estudios sobre la participación electoral de las personas migrantes se han enfocado en el voto desde el exterior de los (e)migrantes (Escriba, Moraes y Bermudez, 2009; Canelo et. al., 2012; Laffeur, 2012; Canelo, 2017; Laffeur y Sánchez-Domínguez, 2015; Gil Araujo et al., 2016; Ramírez, 2019; Castillo, 2019). Para Laffeur (2012, p. 23) el voto en el exterior es extraterritorial y evidencia el carácter multisituado de la ciudadanía. En el contexto argentino, algunas autoras han analizado el marco regulatorio de la participación electoral de las y los emigrantes argentinos desde el extranjero (Modolo, 2014; Magliano, 2017) mientras que otras han analizado el marco regulatorio de la participación electoral de las y los emigrantes argentinos en el sistema local (Gil, 2017; Penchaszadeh y Condori, 2017). Otros antecedentes se han enfocado en el voto del electorado migrante en la Provincia de Buenos Aires, tales como el de Pacecca (2017), Alfonso (2017) y Asmat Narro (2020). Por su lado, Fernández (2017) analizó el “voto migrante” en la Ciudad de Buenos

Aires (CABA) con la ley N.º 344 del 2000, atendiendo a los aspectos normativos en relación con la restricción al derecho al voto. Por último, el análisis de Penchaszadeh y Asurey (2020) ha identificado los obstáculos que enfrentan las personas migrantes residentes en ese distrito para ejercer sus derechos políticos, incluyendo la normativa derivada del nuevo código electoral sancionado en 2018 en la CABA.

La idea de la existencia de una comunidad nacional en el seno de un Estado-Nación, así como la del individuo como “ciudadano” —poseedor del estatuto de ciudadanía o sujeto de derecho— emergen en la modernidad. Según Éttiene Balibar (2013), en ese periodo, “las nociones de ciudadanía y de nacionalidad han sido prácticamente identificadas en lo que puede considerarse como la ecuación fundadora del Estado Republicano moderno” (p. 58).

En el caso de Argentina, coincidimos con Trucco (2007) en que, si bien existen autores que consideran que la nacionalidad y la ciudadanía como sinónimos (González, 1917) y otros como diferentes (Podestá, 1980), tanto la Constitución Nacional (1994) como la normativa vigente en el país, especialmente la Ley 346 —llamada “Ley de Ciudadanía”— utilizan ambos conceptos como sinónimos. Así, el art. 20 de la Constitución Nacional reza:

Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República (Constitución Nacional Argentina, 1994).

En otras palabras, este artículo recoge, de manera indistinta, los conceptos de ciudadanía y nacionalidad en lo que respecta a la contraposición con el estatuto de las personas extranjeras.

En el presente trabajo distinguiremos los conceptos de “nacionalidad” y “ciudadanía”, puesto que consideramos que el uso habitualmente intercambiable que se le otorga forma parte de la aplicación del pensamiento de Estado advertida por Pierre Bourdieu. Así, denominaremos “nacionalidad” al conjunto de “requisitos jurídicos formales y como cualidades legales de pertenencia a un Estado-Nación” (Gil Araujo, 2017) mientras que definiremos como “ciudadanía” al conjunto de derechos civiles, políticos y sociales. La importancia de distinguir estos conceptos radica en que uno de los requisitos formales jurídicos que excluye a las personas del acceso a la categoría de ciudadanía es el de la nacionalidad, que brinda membresía a la comunidad política. Así, para Stolcke (2000), la ciudadanía es la “quintaesencia de la emancipación política y la igualdad de que goza el individuo moderno ante la ley” (p. 23); y las leyes de nacionalidad establecieron requisitos formales que, desde entonces, limitan la posibilidad de los individuos de acceder a la ciudadanía —la nacionalidad— de un determinado país.

Sin embargo, la comunidad basada en la identidad nacional es, por lo menos, cuestionable. Balibar (1991) denomina “etnicidad ficticia” a la “fabricación” de la comunidad por los estados nacionales. Según el autor, no existen naciones que posean de manera natural una base étnica, sino que las formaciones sociales se nacionalizan y las poblaciones dominantes quedan “etnificadas” de manera tal como si fuesen parte de una suerte de comunidad natural. Así, “una formación social solo se reproduce como nación en la medida en que se instituye al individuo como *homo nationalis*” (p. 144-145) y la formación nacional se reconoce en la institución estatal que, a su vez, reconoce a la formación nacional como propia en relación con otros Estados (p. 145). Según el autor,

ninguna nación moderna posee una base ‘étnica’ dada, aunque proceda de una lucha de independencia nacional. En otras palabras: es producir el efecto de unidad mediante el cual el pueblo aparecerá a los ojos de todos ‘como un pueblo’, es decir, como la base y el origen del poder político” (p. 146).

En un sentido similar, Seyla Benhabib (2005) sostiene que “las prácticas de la membresía política son los rituales a través de los cuales se reproduce espacialmente la nación” (p. 24).

La exclusión de la ciudadanía a partir de la nacionalidad es posible de observar en el caso de las personas migrantes internacionales. Al ser consideradas como no nacionales, no poseen derechos ciudadanos en su totalidad pese a que, como señalara Hannah Arendt (1998), en el marco de la existencia de los Estado-Nación el “derecho a tener derechos” de cada individuo debería ser garantizado por la pertenencia a la misma humanidad, en vez de ser restringido por la privación de la pertenencia a la comunidad política (Arendt, 1998, p. 247).

En el caso de las personas migrantes, siguiendo a Sayad (1984), las categorías de “emigrante/inmigrante” se encuentran estrechamente relacionadas con el concepto de Estado-Nación porque el proceso migratorio, en estos casos, implica cruzar al menos una frontera internacional que divida un Estado —el de origen— con otro —el de destino—. Para Sayad, a medida que se fueron consolidando los procesos de descolonización, no encontramos emigración alguna que no tenga origen en un Estado o en un orden nacional independiente mientras que, al mismo tiempo, no hallamos comunidades que existan de manera reconocida bajo otra forma que la estatal (1984, p. 101). En ese sentido, debemos pensar el orden nacional y el orden de la inmigración/emigración como consustancialmente ligados el uno con el otro en tanto “lo nacional” solo puede existir en presencia efectiva o posible de lo que constituye su contrario, esto es, lo “no nacional”, cuya materialización de dicha confrontación tiene lugar en la inmigración (1984, p. 102). Así, para Sayad, “el inmigrante es el ‘no-nacional’” (el extranjero, por lo tanto el ‘nacional’ de otro orden nacional, de una nación y, hasta nuevo aviso, de una nacionalidad extranjeras) presente en el orden nacional (i.e. en la nación, en lo “nacional”)” mientras que “el emigrante es el ‘nacional’ ausente del orden nacional (i.e. de la nación, de lo ‘nacional’) lo que implica que está presente en otro orden nacional (en una nación y en el seno de una nacionalidad extranjeras)” (1984, p. 102).

Como señala Gil Araujo (2010), para Sayad, la inmigración devela la verdad fundamental del Estado, que es la discriminación como parte de su naturaleza (p. 49). Más aún, las personas migrantes internacionales poseen tres características: presencia extranjera, provisoria y por razones de trabajo. Su presencia es ilegítima pues, en tanto no nacionales, se encuentran excluidas del derecho de lo político. Tal presencia, entonces, solo puede legitimarse a través del trabajo, por lo cual la inmigración es pensada siempre como temporal (Sayad, 1984; Gil Araujo, 2010).

En el presente trabajo sostenemos que existen otras maneras posibles de concebir la comunidad política entre personas ciudadanas que no se base exclusivamente en la pertenencia nacional. Como sostiene Balibar (2013), la forma nación es solo una de las “formas históricas posibles de la comunidad de ciudadanos” (p. 59). En esa misma línea, el autor recupera otra justificación de la comunidad, basada en la reciprocidad: “lo que liga entre ellos a los ciudadanos es una regla de reciprocidad de derechos y de deberes” (p. 61).

El punto de partida de Balibar es considerar a la ciudadanía desde la acción (política) y correrla del mero “estatus” (antipolítica), lo cual implicaría pensarla desde la pasividad. La ciudadanía es una acción que se ejerce colectivamente

en el sentido que le da Arendt: es una recreación de la vida dentro de la pluralidad que le permite al hombre conocerse en su diferencia con los otros y pertenecer a la comunidad humana, aunque también en el sentido de hacerse escuchar y desde la acción colectiva perseguir la consecución de derechos (Suárez Ruiz, 2018, p. 127).

Para el autor, la acción ciudadana está enmarcada en la lógica de la igual-libertad, según la cual no puede haber libertad sin igualdad y viceversa. La ciudadanía moderna es imperfecta y se encuentra en constante refundación, por lo que al mismo tiempo goza de un gran potencial: “la capacidad insurreccional de los movimientos políticos universalistas que buscan conquistar derechos todavía inexistentes, o ampliar los existentes, de modo de hacer que la igual-libertad pase a los hechos” (p. 63). De esta manera, en Balibar puede apreciarse la existencia de un “derecho universal a la política” (Suárez, 2018), entendiendo a esta última en relación con “la transformación de las realidades existentes, con su adaptación a entornos cambiantes, con la formulación de alternativas en el seno de evoluciones históricas y sociológicas en curso” (2013, p. 64).

Para seguir pensando a la ciudadanía más allá de las definiciones estrictamente jurídicas, el enfoque de la autonomía de las migraciones suma la idea de que, en el contexto del capitalismo y las tensiones que este genera respecto de la valorización y control migratorio, las personas migrantes “actúan” como si fueran ciudadanas —a contramano de las perspectivas que sostienen que los y las migrantes quieren “convertirse” en ciudadanos/as, lo que presupone otro tipo de vínculo con el Estado—. El enfoque considera a la migración como un movimiento social y como una “fuerza creativa” dentro de las estructuras sociales, culturales y económicas (Mezzadra, 2012, p. 160). Según Eduardo Domenech (2017), esta perspectiva implica un “movimiento de desubjetivación/nueva subjetivación, desde los límites que impone el lenguaje de los “derechos” y la “ciudadanía”. Así, se abre el espectro de acciones posibles/deseables, más allá de las prácticas de corrección política” (p. 163).

3. El derecho a elegir y ser elegidos/as

Para analizar el derecho al sufragio activo —o el derecho a votar— en Argentina es fundamental señalar, en primer lugar, que, en virtud del art. 1 de la Constitución Nacional argentina (1994), el país adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal. De manera muy simplificada, se destaca en el país la existencia de un Estado Nacional y, de manera descentralizada, existen veinticuatro jurisdicciones, de las cuales veintitrés son provincias autónomas y la restante es la Ciudad de Buenos Aires a la cual le corresponde, según el art. 129 de la Constitución Nacional (CN), “un régimen de Gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad”. Por otro lado, según garantiza la CN en su art. 5, cada provincia dicta para sí cada Constitución bajo el sistema representativo republicano que asegure su régimen municipal. En el caso de la Ciudad de Buenos Aires (CABA), la ley de comunas N.º 1.777 sancionada por la Legislatura de la Ciudad en 2007 establece la descentralización de la ciudad en quince comunas con sus correspondientes autoridades —llamadas “juntas comunales”— que son elegidas en un acto electoral. En otras palabras, en Argentina, existen cargos que son elegidos electoralmente a nivel nacional, provincial, local o municipal y, en el caso de la CABA, a nivel de la Ciudad de Buenos Aires y a nivel comunal.

En segundo lugar, un aspecto central a tener en consideración es que, a partir de la reforma constitucional del año 1994, rige el principio de supremacía constitucional pero ampliado a otros tratados internacionales —especialmente a aquellos referidos a derechos

humanos—, a los que se les ha asignado “jerarquía constitucional”, como se desprende del art. 75 inc. 2 de la Constitución. Así, “...el principio de supremacía constitucional se ha ampliado hacia otras normas fundamentales, conformando lo que ha pasado a denominarse “bloque constitucional”” (Guadagnoli, 2013, párr. 3). Esto implica, entre otras cuestiones, que los tratados enumerados en el mencionado artículo tienen jerarquía superior a las leyes nacionales, como es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Mientras que el art. 23 de la CADH, que explicita los derechos políticos de “los ciudadanos”, establece que tales derechos pueden ser reglamentados por ley, “..exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal” (OEA, 1984), la Constitución Nacional argentina (1994) en su art. 37 consagra el derecho al sufragio como “universal, igual, secreto y obligatorio”. En ese sentido, no se observa en el texto de la Carta Fundamental una limitación a la posibilidad de sufragio de las personas extranjeras, ya que nada dice al respecto.

En 1972 se sancionó en Argentina la Ley N.º 19.945 —más conocida como “Código Electoral Nacional” (CEN)— que regula, junto con sus modificaciones posteriores, todo lo relativo al proceso electoral en el país para cargos de naturaleza nacional. En otras palabras, regula los procedimientos y requisitos para las elecciones de presidente/a y vicepresidente/a, senadores/as nacionales, diputados/as nacionales, y parlamentarios/as del Mercosur. En ese sentido, el CEN explicita quiénes son las personas con derecho al sufragio para esos cargos, es decir, los y las “electores/as”. El art. 1 del CEN (1972) establece que “son electores los argentinos nativos y por opción, desde los dieciséis (16) años de edad, y los argentinos naturalizados, desde los dieciocho (18) años de edad” que no tengan ninguna de las inhabilitaciones previstas en el mencionado Código. De esta manera, las personas extranjeras no se encuentran habilitadas para elegir cargos nacionales salvo que se hayan “naturalizado”, es decir, que hayan obtenido la nacionalidad argentina.

Pese a que a nivel nacional las personas migrantes aún no hayan conquistado ese derecho, diversos proyectos de ley fueron presentados a lo largo del tiempo. Gil Araujo (2017) en “Antropología y Migración” recorre por la historia de las iniciativas legislativas a nivel nacional que se presentaron para reconocer el derecho al sufragio de las personas migrantes. En ese sentido, la autora ubica el primer proyecto parlamentario en el año 1984 —tras la recuperación democrática—, de la mano del justicialista José Octavio Bordón González. El proyecto proponía que las personas extranjeras mayores de 18 años y con 10 años de residencia permanente e ininterrumpida en el país tuvieran el derecho a elegir a autoridades nacionales. El proyecto —que no prosperó— volvió a ser presentado por el diputado en 1986, el cual, como señala la autora, no llegó a ser debatido.

Otra iniciativa que rescata Gil Araujo es la presentada por el entonces diputado Alberto Albamonte de la Unión del Centro Democrático en 1992, el cual exigía 20 años de residencia “actual y permanente” para votar, previa inscripción en el Registro Especial de Electores Extranjeros a cargo de la Justicia Nacional Electoral. La iniciativa, como sabemos, tampoco tuvo éxito.

En tercer lugar, la autora remarca el Proyecto de Ley presentado por Jorge Pérez del Partido Justicialista, el cual exigía a las personas migrantes mayores de 18 años, 10 años de residencia “continua” en el país para ser sujeto de derecho al sufragio. El mismo proyecto fue presentado nuevamente en 1996 y 1998, con algunas modificaciones, y más tarde, en el 2000, sin aprobación.

En el año 2009 fueron presentados tres proyectos de ley relacionados al voto migrante (Gil Araujo, 2017): uno por el tucumano Gerónimo Vargas Aignasse (Frente Para La

Victoria (FPV - PJ)², otro por la puntana Ivana María Bianchi (Peronismo Federal) y, finalmente, otra iniciativa fue presentada por el neuquino Hugo Nelson Prieto (La Concertación).

En el año 2012, diputados/as del Frente para la Victoria, Aníbal Fernández (Buenos Aires) y Elena Corregido (Chaco) presentaron dos proyectos de “...Modificación de la Ley 19945 (Código Electoral), por el que se incorpora a los ciudadanos desde los dieciséis años y a los extranjeros con residencia permanente como electores nacionales” (Gil Araujo, 2017, p. 19). Si bien fue aprobada la modificatoria del llamado “voto joven”, nada sucedió con respecto al “voto migrante”.

Finalmente, en el 2017, por iniciativa de la “Red Nacional de Migrantes y Refugiadxs en Argentina” y de la “Red Nacional de Líderes Migrantes en Argentina”, se presentó en el Anexo de la Cámara de Diputados de la Nación un preproyecto de Ley de voto migrante basado en el proyecto de Aníbal Fernández. Es dable mencionar, como destacan Ana Paula Penchaszadeh y Sandra Condori Mamani (2017), que en los debates se propuso la modificación del término jurídico “extranjero” por el de “migrante”, por distintos motivos. En primer lugar, porque:

la palabra ‘extranjero’ es inhabilitante en términos políticos, pues refiere a ser extra (estar de más) o extraño. Por el contrario, la palabra ‘migrante’ habla de una condición basada en la movilidad (por eso no hablamos de “migrados”) y también de cierta “condicionalidad” de la presencia (Pre-Proyecto de Ley Nacional de Voto Migrante) (Penchaszadeh y Condori, 2017, p. 32).

Pese a que a nivel nacional las personas no nacionales no pueden ejercer su derecho al voto, como mencionamos anteriormente, existen otros cargos electorales a nivel subnacional que vale la pena analizar. Asimismo, como destacamos, cada provincia y la Ciudad de Buenos Aires dictan su propia Constitución y legislación al respecto en virtud de lo establecido en la Constitución Nacional argentina, por lo que encontraremos, en cada jurisdicción, distintas normativas relativas a los derechos políticos de las personas no nacionales. Así, observamos que todas las provincias y la CABA, con excepción de la provincia de Formosa, permiten, con diferentes requisitos y alcances electorales, el sufragio activo de las personas extranjeras (CAREF, 2022).

En primer término, existe un grupo de jurisdicciones que habilitan las elecciones para cargos provinciales y municipales, como es el caso de las provincias de Buenos Aires, Córdoba, La Rioja y Tucumán. La provincia de Buenos Aires —el distrito electoral de mayor relevancia en el país— plasma el derecho al sufragio de la población migrante a nivel provincial y municipal en su constitución provincial (1994) en sus arts. 59 y 191 respectivamente; en la Ley electoral N.º 5.109 y en la Ley N.º 11.700 que regula el régimen electoral para personas extranjeras. Para las elecciones generales provinciales del año 2023, en las que se eligieron cargos provinciales para la gobernación, la legislatura provincial, las intendencias y los concejos deliberantes, se registró un total de 949.168 personas no nacionales para votar, lo que representa el 6,75% del padrón total de la jurisdicción provincial (DMI, 2023). En el caso de la provincia de Córdoba, la Constitución provincial (2001) en sus arts. 30 y 183 mencionan los derechos políticos de las personas extranjeras y el Código Electoral de la Provincia (Ley 9.571) establece la creación de un Registro Provincial de Electores extranjeros y los mecanismos de su actualización. Por su parte, en el caso de La Rioja, la Ley Electoral N.º 8.212 sobre electores extranjeros establece no solo la posibilidad de que las personas no nacionales con dos años de residencia inmediata en el territorio de la provincia de La Rioja, sean electores en los comicios para cargos provinciales y municipales, sino que les brinda la

² Este proyecto volvió a presentarse en el año 2011, sin prosperar.

posibilidad de apoyar la iniciativa, consulta popular y revocatoria popular. Finalmente, en el caso de la provincia de Tucumán, el derecho al sufragio activo para las personas extranjeras está consagrado en el art. 43 de la Constitución provincial (2006) y en la Ley N.º 7948 (2007) que crea el Registro Provincial de Electores Extranjeros para quienes soliciten expresamente su inscripción y habilita el sufragio para cargos provinciales y municipales.

En el caso del resto de las provincias argentinas —excepto Formosa, en donde las personas migrantes no pueden votar en ningún nivel del Estado—, las personas migrantes solo pueden sufragar a nivel municipal según sus propias reglamentaciones (CAREF, 2022, p.16-17).

En lo que respecta a la Ciudad de Buenos Aires, las personas migrantes tienen el derecho y la obligación de votar para los cargos de jefe/a y vicejefe/a de Gobierno, diputados/as de la Legislatura y miembros/as de las quince Juntas Comunales de la Ciudad (Código Electoral de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires N.º 6031, 2018).

Otro aspecto a tener en cuenta a la hora de analizar el voto migrante en cada jurisdicción es la forma en que se crea el Registro de electores/as extranjeros/as de cada provincia y de la Ciudad de Buenos Aires, en virtud de cada normativa dictada. En el caso de la CABA, las provincias de Buenos Aires y Santa Fe, el empadronamiento de las personas migrantes se realiza mediante el mecanismo que se suele denominar “automático”, lo que significa que las personas que cumplen los requisitos para votar no deben realizar un trámite para inscribirse en el padrón electoral de electores extranjeros (CAREF, 2022, p. 16-17).

Con respecto al sufragio pasivo o el derecho a ser elegido, al contrario de lo que señala la Constitución Nacional con respecto al derecho a votar, nada dice explícitamente sobre esta cuestión. Sin embargo, como vimos anteriormente, la CADH es uno de los tratados que posee jerarquía constitucional y, en su art. 23, se reconoce tal derecho, aunque supeditado a las reglamentaciones de las leyes que pueden contemplar el criterio de nacionalidad.

En el caso de Argentina, como veremos en el próximo apartado, las personas migrantes encuentran barreras para afiliarse a partidos políticos, lo que a su vez implica dificultades para presentarse como candidatas en elecciones. En las elecciones subnacionales, estos criterios varían según cargo y localidad. Por ejemplo, en la provincia de Buenos Aires, las personas extranjeras están habilitadas para ser concejales y concejalas (art. 191 inc. 3 de la constitución provincial).

En términos generales, las personas extranjeras no se encuentran imposibilitadas de ser elegidas³ para cargos legislativos municipales de las provincias, con excepción de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur; Río Negro, Formosa, San Luis, La Pampa, Entre Ríos y Santiago del Estero (Beltrán, M. 2023, p. 41). En el caso de la CABA, las personas extranjeras no se encuentran habilitadas para presentarse como candidatas a elecciones de ningún nivel o cargo.

4. La asociación política

El artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (OEA, 1986) —que, en Argentina, tiene jerarquía constitucional en virtud del mencionado art. 75 inc. 22 de la CN— establece el derecho de las personas a asociarse libremente⁴. Por otro lado, el art. 38 de

³ Nótese que no es lo mismo no encontrarse imposibilitada en términos normativos que positivamente incluídas.

⁴ Cabe destacar que el artículo 2 del Pacto establece que “cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”, por lo que incluye a las personas no nacionales de un Estado.

la Constitución Nacional argentina reza que “los partidos políticos son instituciones fundamentales del sistema democrático”. Tal es así que, siguiendo el Código Electoral nacional (Ley N.º 19.945 y sus modificatorias), el pedido de oficialización de las listas de candidatos/as lo llevan a cabo los partidos políticos:

Registro de los candidatos y pedido de oficialización de listas. Desde la proclamación de los candidatos en las elecciones primarias y hasta cincuenta (50) días anteriores a la elección, los partidos registrarán ante el juez federal con competencia electoral las listas de los candidatos proclamados, quienes deberán reunir las condiciones propias del cargo para el cual se postulan y no estar comprendidos en alguna de las inhabilidades legales (art. 60).

En otras palabras, los partidos políticos detentan el monopolio de la postulación de candidatos/as para cargos electivos nacionales. Sin embargo, la ley orgánica de los partidos políticos de Argentina (Ley N.º 23.298) que es la que regula no solo la fundación, constitución, organización y funcionamiento de los partidos sino también el procedimiento partidario ante la Justicia Electoral, establece en su primer artículo que “se garantiza a los electores el derecho de asociación política para agruparse en partidos políticos democráticos”. Al mencionar a las personas electoras, la normativa permite la asociación política en este sentido a las personas que se encuentran habilitadas para votar, lo cual implica una barrera al ejercicio de los derechos políticos de las personas migrantes —sin nacionalidad argentina— ya que las personas extranjeras no son electoras a nivel nacional —como hemos visto— mientras que a nivel distrital y local pueden serlo en algunas ocasiones sujetas al cumplimiento de ciertos requisitos ligados a la documentación y residencia, como vimos en el apartado anterior. Dicho de otro modo, a nivel nacional, una persona para postularse a elecciones debe hacerlo en el marco de un partido político y para ello debe ser electora, pero no puede ser electora si no es nacional. Esto se ve reflejado en las cartas orgánicas nacionales de los partidos políticos⁵, que, en general, supeditan la afiliación a la condición de ciudadanía estatal —lo que llamamos “nacionalidad”— y permiten la participación como “adherentes” a quienes son “extranjeros/as”. En un sentido similar, la ley N.º 26.571 de democratización de la representación política, la transparencia y la equidad electoral, establece en su art. 21 que las precandidaturas tanto de distritos nacionales, regionales provinciales y de la CABA deberán estar avaladas por un número de afiliados en el padrón electoral que determina la misma ley según la categoría de cargos que se trate. En ese sentido, quienes pueden avalar precandidaturas nacionales conforme a la ley 26.571 son electores, ergo, personas nacionales.

Teniendo en cuenta la relevancia que tienen los partidos políticos en el sistema político argentino, en el presente trabajo se analizaron los criterios de admisión para ser afiliado/a o adherente en dos de los partidos políticos del país a nivel nacional y en sus principales distritos electorales⁶. Para ello, se distinguieron los requisitos que establecen las cartas orgánicas de dichos partidos a nivel nacional y en las provincias⁷ y la Ciudad de Buenos Aires para que las personas sean admitidas como afiliadas y adherentes/simpatizantes. En ese sentido, es

⁵ En la Argentina, las cartas orgánicas nacionales y distritales de los partidos políticos regulan las condiciones que deben reunir las personas para ser afiliadas o adherentes.

⁶ Se tomaron en consideración las cartas orgánicas del Partido Justicialista (PJ) y la Unión Cívica Radical (URC) actualizadas hasta julio de 2023 teniendo en consideración la presencia de tales partidos en los diferentes distritos electorales del país y su antigüedad partidaria.

⁷ Cabe destacar que las cartas orgánicas del PJ —La Rioja y de la UCR— San Juan, Santiago del Estero y Santa Fe no fueron halladas, por lo que no se incluyen en el análisis.

necesario señalar que únicamente se examina el texto de las cartas orgánicas, lo cual no significa que, en la práctica, existan otras barreras de acceso a la afiliación o adhesión por parte de las personas migrantes a los partidos políticos en cada distrito.

A nivel nacional, las cartas orgánicas nacionales analizadas únicamente permiten que sean personas afiliadas quienes sean “ciudadanos” y, para la categoría de “adherentes”, en ese caso avalan la posibilidad de incluir personas extranjeras, lo cual es coherente con la normativa nacional. A nivel subnacional, particularmente en lo que respecta a las provincias y a la Ciudad de Buenos Aires, existe una mayor inclusión de las personas no nacionales en las cartas orgánicas partidarias dado que, en la mayoría de esos distritos, personas migrantes que cumplen ciertos requisitos pueden votar. En función de los criterios para afiliación y adhesión que se especifican en las cartas orgánicas distritales de los partidos analizados podemos llevar a cabo una clasificación.

En primer lugar, podemos identificar aquellas que admiten la afiliación de “ciudadanos” y “extranjeros” habilitados para votar en el distrito⁸. En estos casos, hay una primera distinción explícita entre nacionales y no nacionales y, dentro de este último grupo, la condición de elector/a se manifiesta en el texto partidario.

En segundo lugar, observamos las cartas partidarias que incluyen la afiliación de “electores”, sin especificar si son “ciudadanos”, “argentinos” o “extranjeros”. En este caso, si bien la posibilidad de afiliación sigue supeditada a la posibilidad de sufragar, hay un común denominador que es el “ser elector”.

En tercer lugar, existen cartas que admiten únicamente la afiliación de “ciudadanos” o “electores argentinos”, que constituyen la mayoría de las cartas orgánicas distritales¹⁰, inclusive en distritos en donde las personas migrantes tienen el derecho de votar o presentarse como candidatas/as a elecciones. Finalmente, en menor medida se registran cartas que habilitan la posibilidad de afiliación en “registros especiales” o “separados”¹¹; que admiten la afiliación de las personas migrantes sin distinguir la posibilidad de sufragar pero que no les reconocen derechos electorales¹² y otras que admiten la afiliación de las personas extranjeras sin distinguir la posibilidad de sufragar, pero exigen otros requisitos —por ejemplo, el Documento Nacional de Identidad (DNI)¹³—. Cabe destacar que, en términos generales, las cartas orgánicas solicitan la presentación del DNI para afiliarse o presentarse como adherente, no habilitando, al menos en términos normativos, la residencia precaria. En lo que respecta a las categorías de “adherente” o “simpatizante”, también encontramos diferentes situaciones, aunque predominantemente se incluyen en esta categoría a personas argentinas menores de edad y extranjeras —sin especificar la edad—.

5. Conclusiones

En el presente trabajo hemos desarrollado cómo las personas migrantes internacionales no son reconocidas como nacionales por los Estados-Nación. Es por esta razón que carecen de membresía política y no son reconocidas como personas ciudadanas en términos jurídicos por los

⁸ Podemos mencionar ejemplos tales como el PJ, CABA y la UCR CABA, Provincia de Buenos Aires, Catamarca y Corrientes.

⁹ Ver las cartas orgánicas del PJ, Santiago del Estero y de la UCR - Neuquén.

¹⁰ En lo que respecta al PJ, la mayoría de los distritos recoge esta modalidad (Provincia de Buenos Aires, Catamarca, Chaco, Chubut, Córdoba, Corrientes, Entre Ríos, Formosa, Jujuy, La Pampa, Mendoza, Misiones, Neuquén, Río Negro, Salta, San Juan, San Luis, Santa Cruz, Santa Fe y Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur). En el caso de la UCR, esto se ve reflejado en las cartas de Entre Ríos, Jujuy, Formosa, La Pampa, Mendoza, Salta, San Luis, Santa Cruz, Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur y Tucumán.

¹¹ Por ejemplo, las cartas orgánicas de la UCR, Río Negro, La Rioja, Chubut.

¹² Es el caso del PJ - Tucumán

¹³ Por ejemplo, UCR-Chaco.

Estados —tratándose, en realidad, de la nacionalidad— por lo que no acceden a la totalidad de los derechos ciudadanos. No obstante, hemos visto que la ciudadanía puede ejercerse de una manera activa a través de la acción colectiva independientemente de los vínculos jurídicos a partir de las conceptualizaciones de Étienne Balibar (2013) y de Sandro Mezzadra (2012).

Por otro lado, hemos visto que existen diversos mecanismos institucionales contemplados en las categorías de ciudadanía “restringida” que otorgan derechos políticos y electorales limitados a las personas migrantes internacionales en términos de asociación política, derecho a elegir y ser elegidos/as. En ese sentido, vimos cómo la normativa vigente en relación con la reglamentación de los partidos políticos y su rol vital en el sistema electoral condiciona derechos de asociación política —partidaria— de las personas extranjeras y, con ello, sus posibilidades de ser elegidas en elecciones. Sin embargo, observamos también que existen ciertas fórmulas de algunas cartas orgánicas de los partidos políticos que incluyen la afiliación de las personas sin distinguir origen nacional, aunque siempre con base en su calidad de electores. Asimismo, es destacable que para ser afiliado/a o adherente a un partido político es requisito encontrarse en situación migratoria regular. Además, si bien no se ha desarrollado un trabajo de campo, es destacable que, en términos generales, las cartas orgánicas solicitan DNI para realizar el trámite de afiliación y adhesión y, en muchos casos, establecen que en el caso de las personas extranjeras su condición -de adherente- debe ser aprobada por el partido.

En otro orden de cosas, observamos que la única provincia que no otorga derechos de sufragar de ningún tipo es la provincia de Formosa. La mayoría de las provincias habilita un registro de electores extranjeros en el cual las personas deben voluntariamente inscribirse, con excepción de CABA y las provincias de Buenos Aires y Santa Fe, que cuentan con empadronamientos automáticos. Nada hemos dicho con respecto a los requisitos para poder elegir, pero proponemos investigar para ver si existen fórmulas que propongan alternativas a la condición de la tenencia de la residencia permanente y el Documento Nacional de Identidad. Finalmente, hemos visto que el derecho a ser elegido es más restringido que el derecho a elegir, ya que menores distritos deniegan esta posibilidad a las personas migrantes.

Referencias bibliográficas

- Alonso, L. E. (1995). Sujeto y Discurso: el lugar de la entrevista abierta en las prácticas de la sociología cualitativa en J. M. Delgado y Gutiérrez, J. (Eds.), *Métodos y Técnicas cualitativas de Investigación en Ciencias Sociales* (225-240). Madrid: Editorial Síntesis.
- Arendt, Hannah (1998). *Los orígenes del totalitarismo*. Taurus.
- Asmat Narro, D. (2020). El voto migrante en la octava sección electoral de la Provincia de Buenos Aires. Trabajo de Especialización en Migración y Asilo desde una perspectiva de Derechos Humanos. Universidad Nacional de Lanús (inédito).
- Balibar, E. (1991). La forma nación: historia e ideología. Balibar, E. y Wallerstein, I., *Raza, nación y clase*. IEPALA (135-167).
- Balibar, E. (2013). *Ciudadanía*. Adriana Hidalgo.
- Beltrán, M. (2023). *Primera experiencia de implementación del empadronamiento automático para el ejercicio del sufragio de personas extranjeras residentes en la Ciudad de Buenos Aires*. Buenos Aires : Organización Internacional para las Migraciones-OIM. <https://argentina.iom.int/sites/g/files/tmzbd1901/files/documents/2023-03/Empadronamiento%20Autom%C3%A1tico.pdf>

- Benhabib, S. (2005). *El derecho a tener derechos. Hannah Arendt y las contradicciones del Estado-Nación. Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*. Gedisa.
- Canelo, B. (et. al) (2012). Todos con Evo. El voto boliviano en Buenos Aires en Laffeur, J. (coord.) *Diáspora y voto en el exterior. La participación política de los emigrantes bolivianos en las elecciones de su país de origen*, pp. 91-100. Barcelona: CIDOB.
- Castillo Flores, E. (2019). Voto desde el exterior en las elecciones presidenciales de México. *ODISEA. Revista de Estudios Migratorios*, volumen 6, 91-117.
- Comisión Argentina para Refugiados y Migrantes (2022). *Voto migrante en Argentina: un camino a medio recorrer*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CAREF. <https://caref.org.ar/wp-content/uploads/2023/03/Observatorio-Informe5-Voto-MigranteEnArgentina.pdf>
- Dalla Villa, A. (2014). Los derechos políticos y electorales. *Pensar en Derecho*, no. 5, Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires, 67-78. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/5/los-derechos-politicos-y-electorales.pdf>
- Dirección de Migraciones Internacionales (DMI) (2023). Informe sobre el voto migrante en la Provincia de Buenos Aires Elecciones generales 2023. Gobierno de la Provincia de Buenos Aires.
- Domenech, E. y Boito, E. (2017). “Luchas migrantes’ en Sudamérica: reflexiones críticas desde la mirada de la autonomía de las migraciones”. En Cordero, B. Mezzadra, S. y Varela, H. (coords.) *América Latina en movimiento. Autonomía de la migración, fronteras y nuevas geografías de lucha*. Madrid, Buenos Aires: Traficantes de Sueños/Tinta Limón, Universidad Autónoma de la Ciudad de México (UACM). (159-190). <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/120903>
- Escriva, E., Bermudez, A. y Moraes, N. (eds.). (2009). *Migración y Participación Política. Estados, organizaciones, y migrantes latinoamericanos en perspectiva local-transnacional*. Córdoba: CISC.
- Fernandez Bravo (2017). Derechos políticos de las personas migrantes y políticas públicas. La implementación de la ley 334 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. *Temas de Antropología y Migración*, volumen 8, 91-119.
- Gil Araujo, S. (2010). *Las argucias de la integración. Políticas migratorias, construcción nacional y cuestión social*. IEPALA. https://www.flacoandes.edu.ec/web/imagesFTP/6670_tesis_sandra.pdf
- Gil Araujo, S., Pacecca, M. I.; Courtis, C.; Clavijo J. y Stuhldreher, A. (2016). Migraciones internacionales y derechos políticos en América Latina, en Trpin, V. y Ciarallo, A. (comp.) *Migraciones Internacionales Contemporáneas. Procesos, desigualdades y tensiones* (191-268). PubliFadecs: Neuquén.
- Gil Araujo, S. (2017) . Extranjeros en la Nación. Una exploración por los proyectos de ley sobre voto de los extranjeros en las elecciones presidenciales de Argentina (1984 – 2012). *Temas de Antropología y Migración*, no. 8. Instituto de Lingüística. Facultad de Filosofía y Letras. Universidad de Buenos Aires. https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/77118/CONICET_Digital_Nro.ba6545f4-ffb4-41a7-b382-9d2075a681c9_A.pdf?sequence=2&isAllowed=y
- González Calderón, J. (1917). *Derecho Constitucional Argentino. Historia, teoría y jurisprudencia de la Constitución*. J. Lajouane y cía.
- Guadagnoli, R. (2013). Análisis del sistema de control constitucional argentino. Sistema Argentino de Información Jurídica. <http://www.saij.gov.ar/doctrina/dacfl130342-guadagnoli-analisis-sistema-control-constitucional.htm>

- Hernández, C. M. (2020). Un estado de la cuestión del transnacionalismo político de los migrantes colombianos. *Revista Colombiana de Sociología*, 43(1), 151-169. <http://www.scielo.org.co/pdf/rcs/v43n1/0120-159X-rcs-43-01-151.pdf>
- Laffleur, J.-M. (2012). *Diáspora y voto en el exterior. La participación política de los emigrantes bolivianos en las elecciones de su país de origen*. CIDOB: Barcelona.
- Laffleur, J.-M. & Sanchez-Dominguez, M. (2015). The Political Choices of Emigrants Voting in Home Country Elections: A Socio-political Analysis of the Electoral Behaviour of Bolivian External Voters. *Migration Studies*, (3) 2, 155-181.
- Magliano, M.J. (2017). La externalización de la ciudadanía. El programa “Provincia 25” y la participación política de los argentinos en el exterior. *Temas de Antropología y Migración*, volumen 8. 120-131.
- Mezzadra, S. (2012). Capitalismo, migraciones y luchas sociales. La mirada de la autonomía. *Nueva Sociedad*, 237. (159-178). <https://nuso.org/articulo/capitalismo-migraciones-y-luchas-sociales-la-mirada-de-la-autonomia/>
- Modolo, V. (2014). Participación política de los migrantes. Reflexiones sobre la extensión de la ciudadanía en Argentina. *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales*, volumen 59, 349-370.
- Pacecca, M. (2017). Electores extranjeros en la Provincia de Buenos Aires. La regulación del derecho al voto en los siglos XIX, XX y XXI. *Temas de Antropología y Migración*, volumen 8, 41-68.
- Penchaszadeh, A. y Condori Mamani, S. (2017) . Ciudadanía migrante en Argentina. ¿Hecho o proyecto?, en *Temas de Antropología y Migración*, no. 8. Temas de Antropología y Migración, no. 8 . Instituto de Lingüística. Facultad de Filosofía y Letras. Universidad de Buenos Aires. <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/77121>
- Penchaszadeh, A. y Asurey, V. (2020). Ciudadanía migrante en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Inmigración y derechos políticos en clave local. *Revista Andina de Estudios Políticos*, 54-74.
- Podestá Costa, L y Ruda, J. (1980). *Derecho Internacional Público*. Editorial TEA (Tipográfica Editora Argentina).
- Ramírez Gallegos, J. y Umpierrez de Reguero, S. (2019). Estado, (e)migración y voto: análisis longitudinal de la experiencia ecuatoriana (2006-2019). *ODISEA. Revista de Estudios Migratorios*, volumen 6, 31-64.
- Sayad, A. (1984) État, nation et immigration: l'ordre national à l'épreuve de l'immigration. *Peuples méditerranéens*. 27-28, 187-205. <https://www.perio.unlp.edu.ar/catedras/hdelconocimiento/wp-content/uploads/sites/152/2020/08/10-Sayad-Estado-naci%C3%B3n-e-inmigraci%C3%B3n.pdf>
- Stolcke, V. (2000). La ‘naturaleza’ de la nacionalidad. *Desarrollo Económico. Revista de Ciencias Sociales* (40), 157 (23-43). <https://www.jstor.org/stable/3455854>
- Suárez Ruiz, H. (2018). El concepto de ciudadanía en Etienne Balibar y la nueva estrategia zapatista. Respuestas a la gobernanza. *Oxímora Revista internacional de ética y política*, 12 (121-139). <https://raco.cat/index.php/Oximora/article/view/332005>
- Trucco, M. (2007). La nacionalidad en el derecho internacional. Régimen jurídico de la nacionalidad argentina. *Sistema Argentino de Información Jurídica*, Id SAIJ: DASF070025. <http://www.saij.gob.ar/doctrina/dasf070028-trucco-nacionalidad-en-derecho-internacional.htm>

Legislación

- Código Electoral Nacional (1972). Ley N.º 22.864 de 15 de diciembre de 1994 (Argentina).
- Código Electoral de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2008). Ley N.º 6.031 del 25 de octubre de 2018.
- Código Electoral de la Provincia de Córdoba (2008). Ley N.º 9.571 del 4 de diciembre de 2008 (Argentina).
- Constitución Nacional Argentina [Constitución Nacional]. 15 de diciembre de 1994.
- Constitución de la Provincia de Buenos Aires. 13 de septiembre de 1994.
- Constitución de la Provincia de Córdoba. 14 de septiembre de 2001.
- Constitución de la Provincia de Tucumán. 6 de junio de 2006.
- Ley 346 de 1869. Ley de Ciudadanía. Publicada en Registro Nacional 1863/69.
- Ley 7.487 de 2007. Registro provincial de electores extranjeros de Tucumán. Publicado en Boletín provincial N.º 26.656 del 26 de octubre de 2007.
- Ley 1.777 de 2007. Ley Orgánica de Comunas de la Ciudad de Buenos Aires. Publicada en Boletín provincial del 7 de octubre de 2005.
- Ley 5.109 de 1987. Ley electoral de la Provincia de Buenos Aires. Publicada en Boletín Oficial el 27 de enero de 1987.
- Ley 8.212 de 2008. Régimen electoral de extranjeros de la Provincia de La Rioja. Publicada en Boletín Oficial el 08 de enero de 2008.
- Ley 11.700 de 1995. Régimen electoral de extranjeros en la Provincia de Buenos Aires. Publicada en Boletín Oficial del 11 de diciembre de 1995.
- Ley 22.439 de 1981. Ley General de Migraciones y de fomento de la inmigración. Derogada por art. 124 de la Ley N.º 25.871 Boletín Oficial del 21 de enero de 2004.
- Ley 23.298 de 1985. Ley Orgánica de Partidos Políticos. Promulgada el 22 de octubre de 1985.
- Ley 25.871 de 2003. Política Migratoria Argentina. Publicada en el Boletín Nacional del 21 de enero de 2004.
- Ley N.º 26.571 de 2009. Democratización de la representación política, la transparencia y la equidad electoral. Publicada en Boletín Oficial del 14 de diciembre de 2009.

Convenciones, tratados y conferencias

- Organización de los Estados Americanos (OEA). (1984). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*: CADH. Aprobada por Ley N.º 23.054, del 1 de marzo de 1984.
- Organización de las Naciones Unidas (OEA). (1986). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*: Aprobada por Ley N.º 23.313, del 17 de abril de 1986.

LA INCONVENCIONALIDAD DE LOS PLAZOS EN EL ACCESO
A LOS SISTEMAS DE ASILO EN MÉXICO
The Unconventionality of Deadlines for Asylum Applications in Mexico

LUIS XAVIER CARRANCA ÁLVAREZ¹

Universidad Iberoamericana, Ciudad de México, México

Resumen

El artículo problematiza la validez de los plazos legales que tienen por efecto limitar el acceso a los sistemas de asilo. En primer lugar, se explica que el derecho a buscar y recibir asilo tiene un carácter sustantivo que obliga a los Estados a identificar, reconocer y proteger a las personas con necesidades de protección internacional. Se establece que los plazos prescriptivos anulan toda posibilidad a las personas refugiadas de ser reconocidas como tales, a pesar de enfrentar riesgos en su país de origen. Posteriormente, se toma como base una sentencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México para exponer algunos de los argumentos destinados en favor de los plazos prescriptivos. A la par, se confrontan dichos argumentos para reiterar la inconventionalidad de los plazos prescriptivos. Finalmente, se explican algunos efectos que estas normas han tenido en México como advertencia para la región.

Palabras clave

Derecho al asilo, Sistemas de asilo, Solicitantes de asilo, Condición de refugiado, Plazos para solicitar asilo, Refugiados en México.

Abstract

The article questions the validity of establishing statutory deadline or specific time periods to provide access to asylum systems. Firstly, it explains that the right to seek and receive asylum is a substantive right that compel States to identify, acknowledge and protect persons with international protection needs. It is asserted that prescriptive deadlines nullify any possibility for refugees to be recognized as such, despite facing risks in their country of origin. Subsequently, a judgment issued by the Mexican Supreme Court is used as a basis to layout some of the arguments that have been used in favor of prescriptive deadline. Simultaneously, these arguments are challenged to emphasize the unconventionality of prescriptive deadline. Lastly, the article discusses some of the consequences that these norms have had in Mexico as a warning for the region.

Keywords

Right to Asylum, Asylum Systems, Asylum Seekers, Refugee Status, Deadlines for Asylum Applications, Refugees in Mexico.

¹ Abogado y profesor en la Clínica Jurídica para Personas Refugiadas de la Universidad Iberoamericana desde 2018. Con un enfoque particular en litigio estructural y de derechos humanos. En el pasado, ha colaborado con la Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia A.C., la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y en la Clínica de Derechos Humanos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Correo electrónico: xavier_carranca@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-1485-4988>.



1. Introducción: más que un problema, una tendencia

Los estándares internacionales en materia de derechos humanos reconocen que una persona es refugiada debido a su condición de hecho como desplazada y no a partir del reconocimiento de los Estados. Es decir, se es refugiado al reunir los requisitos enunciados en la definición. Así, la condición de persona refugiada no tiene carácter constitutivo, sino declarativo (Corte IDH, 2012, Caso familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, p. 49). Entre las protecciones básicas que se han establecido a favor de las personas refugiadas, podemos encontrar el principio de no devolución, derecho a la identidad, a la no discriminación, al trabajo, acceso a la justicia, entre otros (Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 1951).

No obstante, existe una tendencia regional a la disminución progresiva de los alcances del derecho a buscar y recibir asilo (Hathaway, 2005, pp. 291-300; Hansen, 2014, pp. 258-260). Algunas de las medidas usadas por los Estados que violan el derecho a buscar y recibir asilo han sido altamente cuestionadas en el plano internacional, porque evidencian el desmantelamiento de las protecciones alcanzadas², y otras porque entrañan una alarmante discriminación³. Sin embargo, también existen otras medidas más silenciosas o sutiles que afectan las posibilidades de las personas de contar con protección internacional, medidas que han sido “normalizadas” o invisibilizadas y, por ende, menos discutidas; más no por eso, menos problemáticas o graves.

Una de estas medidas que anulan la posibilidad de las personas de contar con protección internacional es el establecimiento de plazos prescriptivos para solicitar asilo⁴, incluida la obstrucción en el acceso a los procedimientos de reconocimiento de la condición de refugiado (Hathaway, 2005, p. 373). Esta medida se ha extendido progresiva y silenciosamente por los sistemas de asilo de la región, anulando su efectividad y maquillando el abandono estatal al desplazar la “culpa” de su desprotección a las personas solicitantes. Los Estados han logrado establecer este tipo de prácticas casi sin cuestionamientos, ya que fácilmente se justifican en un alegado ejercicio de su libertad configurativa para diseñar o regular los procedimientos de asilo.

En este artículo abordo las razones por las que los plazos prescriptivos para solicitar asilo son contrarios al derecho a buscar y recibir asilo, y al principio de no devolución. Primero explico lo que se entendería como un plazo prescriptivo solicitar asilo y desarrollo el contenido de los derechos humanos trastocados por este tipo de normas. A partir de este desarrollo, me permito evidenciar las razones por las que el establecimiento de plazos atenta directamente contra el núcleo de ambas normas internacionales.

En segundo lugar y, frente a este primer planteamiento, elaboro algunos argumentos que pretenderían sostener la validez de los plazos prescriptivos. Debido a que me es difícil imaginar argumentos razonables para defender la existencia de estos plazos, me apoyo en los argumentos vertidos por los ministros y ministras de la Suprema Corte de Justicia de la

² Ejemplos de esto son el intento de implementación de la política de Reino Unido que pretendía remitir a los solicitantes de asilo que recibiera la isla hacia Ruanda o la implementación en Estados Unidos del Título 42, con el que este país rechazó en frontera, casi por 3 años, a los solicitantes de asilo que pretendieran ingresar para obtener protección internacional.

³ Por ejemplo, la orden ejecutiva del Presidente Trump conocida como “Muslim Ban”. Esta tenía como objetivo impedir de forma indefinida el ingreso a Estados Unidos de personas provenientes de siete países mayoritariamente musulmanes, incluido Siria. Asimismo, con esta orden Estados Unidos impuso límites y suspendió admisiones de refugiados de estas nacionalidades.

⁴ Por “asilo” el derecho internacional no se refiere únicamente al asilo político, sino que es un término paraguas para contemplar a los distintos modelos de protección internacional. En palabras de María-Teresa Gil-Bazo y Elspeth Guild, se puede definir la institución del asilo como “la protección que un Estado concede en su territorio o en algún otro lugar bajo el control de algunos de sus órganos a una persona que lo busca”. Mientras asilo implica a la institución de protección internacional, el estatuto de refugiado se refiere al tipo de protección que se garantiza a las personas que cumplen con los elementos de las definiciones establecidas en los instrumentos internacionales en materia de refugiados. En este sentido, la institución del asilo comprende, entre otros, la protección de las personas refugiadas (Gil-Bazo, M.T. y Guild E., 2021, p. 867).

Nación mexicana (SCJN) para defender la constitucionalidad del plazo prescriptivo establecido en la Ley mexicana. Los argumentos los retomo del primer amparo resuelto en México sobre ese tema, cuya autoría corresponde al ministro Javier Laynez Potizek⁵. Frente cada planteamiento de la SCJN opongo razones que los controvierten. Así, pretendo generar un diálogo o lectura crítica de los argumentos que defienden la convencionalidad de los plazos prescriptivos para solicitar asilo.

Por último, destaco la importancia de contar con sistemas de asilo que no prioricen formalidades por encima del cumplimiento del deber de los Estados de garantizar protección internacional efectiva a las personas que así lo requieran en su territorio.

2. El derecho humano a buscar y recibir asilo frente a los plazos prescriptivos

Al hablar de plazos para solicitar asilo, me refiero a aquellas normas que tienen como consecuencia que las solicitudes de asilo, incluidas las de reconocimiento de la condición de refugiado, no sean estudiadas en sus méritos, tomando como única base el tiempo que pasó entre el ingreso del solicitante al país de acogida y el momento en el que este ingresó su solicitud. Así, por ejemplo, conforme a su normativa actual, Colombia (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2015, Decreto 1067, Artículo 2.2.3.1.6.1), El Salvador (Ley para la Determinación de la Condición de Personas Refugiadas, artículo 19), México (Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2011, Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político, Artículo 18), Ecuador (Presidencia de la República del Ecuador, 2017, Ley Orgánica de Movilidad Humana, Artículo 100) y Costa Rica (Presidente de la República y el Ministerio de Gobernación y Policía, 2022, Reforma Reglamento de Personas Refugiadas por Decreto Ejecutivo No. 43810, Artículo 14), entre otros, cuentan con plazos prescriptivos.

La premisa de este artículo es que los plazos prescriptivos atentan contra el núcleo mínimo del derecho a buscar asilo y contradicen el principio de no devolución. Para tener claridad de las razones de esta afirmación puede ser necesario desarrollar algunos elementos sobre el núcleo y naturaleza del derecho a buscar y recibir asilo.

El derecho humano a buscar y recibir asilo se encuentra consagrado en múltiples instrumentos internacionales. Desde la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el artículo XXVII⁶ estableció que “[t]oda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero”. Disposición que se replica en el artículo 22.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con algunos matices.

Actualmente, se entiende que este derecho debe ser interpretado de conformidad con los desarrollos internacionales en la materia. Por lo que actualmente comprenden dentro de su ámbito de protección a las personas refugiadas, conforme a su definición tradicional y ampliada, a beneficiarios de protección complementaria o cualquier otra categoría de persona con necesidades de protección internacional (Gil-Bazo y Guild, 2021, p. 872). Conforme a esta disposición, los Estados deben identificar, reconocer y proteger a las personas que cuentan con necesidades de protección internacional (Botero y Vedsted-Hansen, 2021, p. 590; ONU, 2016, p. 19). Si bien esta frase parece muy clara en sus implicaciones,

⁵ La postura inicial del ministro ponente en los primeros casos resueltos sobre el tema (el ministro Francisco Franco González Salas) optaba por declarar la inconstitucionalidad del plazo prescriptivo. Sin embargo, por oposición principal del ministro Laynez, el proyecto tuvo que reformularse para reflejar una nueva postura que contaría con la aprobación mayoritaria. Por ello, aunque los proyectos aprobados manifiestan contar con la autoría del Ministro Francisco Franco González Salas, es a la ponencia del ministro Laynez a quien se debe la autoría del proyecto final.

⁶ Artículo XXVII. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales.

parece haber confusión sobre las obligaciones que impone a los Estados, pues en su tratamiento regional se evidencian contradicciones relacionadas con el entendimiento sobre su núcleo y alcances.

Para la garantía de este derecho es útil y, en algunos casos, necesario que los Estados cuenten con procedimientos para reconocer a las personas con necesidades de protección internacional (ACNUR, 2008, pp. 3 y 4). Si no se lleva a cabo un procedimiento adecuado, eficiente, seguido con la debida diligencia y conforme a las garantías del debido proceso, es poco probable que las decisiones que determinan si una persona cuenta con necesidades de protección internacional puedan ser consideradas “justas” (Corte IDH, 2012, Caso familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, pp. 51 y 52). Por eso, una parte importante de la determinación de los alcances del derecho se ha enfocado en su dimensión procedimental o en el debido proceso en los procedimientos de asilo. Este entendimiento se ha prestado a que, en algunos casos, se confunda el núcleo y alcance del derecho humano a buscar y recibir asilo con la mera existencia de procedimientos “justos y eficientes” (ACNUR, 1993, p. i.), para los que los Estados parecen contar con una amplia libertad configurativa.

Conforme a esta mirada, para considerar cumplido el derecho a buscar y recibir asilo, bastará con que, de forma análoga a la dimensión procedimental del derecho de acceso a la justicia, los Estados cuenten con procedimientos de asilo relativamente accesibles; que permitan a las personas dar seguimiento a su procedimiento, conforme a los plazos y términos que cada Estado establezca; llevados conforme a algunas garantías mínimas de debido proceso; y que contemplen la adición de algunas garantías o etapas específicas de la materia (Corte IDH, 2012, Caso familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, pp. 54 y 55).

Parecería claro, entonces, que el establecimiento de plazos prescriptivos para solicitar asilo es parte de la libertad configurativa de los Estados. El único límite que los Estados tendrían frente a esta libertad configurativa radicaría en que las normas procesales establecidas sean razonables o que el procedimiento sea suficientemente accesible en abstracto. Bajo este entendido, si el procedimiento resulta accesible y una persona no ejerce su derecho dentro del plazo establecido, el Estado puede negarse a estudiar la solicitud, pues la persona sí habría contado con una oportunidad.

Considero que esta postura es errónea, pues ignora que, más que tratarse de un derecho de naturaleza procedimental, el derecho a buscar y recibir asilo tiene un carácter sustantivo relacionado con la garantía de protección internacional efectiva para quien la necesita, así como la prevención de expulsiones contrarias al principio de no devolución. En este sentido, el establecimiento de plazos prescriptivos rebasa los límites de la libertad para regular la garantía del derecho a buscar asilo, pues interfiere con su propósito y exigencias mínimas, que es la identificación y estudio de las necesidades de protección internacional de las personas.

Para comprender el derecho a buscar y recibir asilo desde su dimensión sustantiva es importante recalcar su estrecha relación con el principio de no devolución⁷. Actualmente, se considera que el principio de no devolución es la piedra angular de las figuras de protección internacional y de los sistemas de asilo (Corte IDH, 2012, p. 50). Esto último no es menor,

⁷ El principio de no devolución es una norma internacional de *jus cogens* que prohíbe de manera absoluta que los países devuelvan (deporten, expulsen, rechacen, retornen, extraditen o usen cualquier otra figura análoga) a una persona extranjera a un país donde su vida o integridad corren peligro o que existan sospechas razonables de que puede padecer tortura o enfrentarse a condiciones intolerables, inhumanas o degradantes. Este principio, además, tiene una dimensión preventiva, pues no solo prohíbe la ejecución de las deportaciones a los países de riesgo, sino que prohíbe también la posibilidad de devoluciones en cadena, o devoluciones indirectas. Conforme a esto, los países tampoco pueden realizar la expulsión a un tercer país sin antes adoptar las garantías suficientes que aseguren que tal acto no implicará una devolución eventual al país donde la persona corre riesgo (Mathew, 2021).

pues implica que del derecho a buscar y recibir asilo no podrán derivarse interpretaciones restrictivas que permitan someter a riesgo de devolución a personas con necesidades de protección internacional.

Entonces, el derecho a buscar y recibir asilo deberá interpretarse en conjunto con el principio de no devolución para establecer mecanismos adecuados de protección para todas las personas que no deberían ser sujetas a devolución por los riesgos que enfrentan en sus países de origen. En pocas palabras, aunque las obligaciones que se desprenden del derecho a buscar y recibir asilo son varias, en su centro se encuentra el contar con capacidades para identificar, reconocer y proteger (Botero y Vedsted-Hansen, 2021, p. 590) a las personas que huyeron de sus países de origen y presentan necesidades de protección internacional⁸.

Esta interpretación del derecho a buscar y recibir asilo es la única forma en la que se puede entender plenamente el reconocimiento que han hecho ACNUR, la CIDH y la Corte IDH sobre que la condición de refugiado (o cualquier otra caracterización de las necesidades de protección internacional de las personas) es una situación de hecho que corresponde a los Estados identificar y proteger (Corte Constitucional de Ecuador, 2011, Sentencia N.º 897-11-JP/20, p. 18). Por ende, la condición de refugiado tiene un carácter declarativo (Corte IDH, 2014, Opinión Consultiva OC-21/14, p. 80). Bajo este entendido, una persona es merecedora de protección internacional desde el momento en el que el riesgo que vive la obliga a salir de su país por causas justificadas (CIDH, 2000, p. 21) y no corresponde a los países decidir discrecionalmente sobre el estatuto de las personas refugiadas.

Las personas con necesidades de protección internacional existen, transitan o residen fuera de su país de origen y es obligación de los países receptores reconocerlas y protegerlas. Esto presenta retos propios, pero una de las principales herramientas para estar en posibilidad de reconocer a las personas con necesidades de protección internacional es oír (y canalizar) a quienes manifiestan a las autoridades contar riesgo en su país de origen o que requieren protección (CIDH, 2011a, pp. 24-26; ACNUR, 2019b, p. 17). No existe una sola fórmula o frase correcta sobre cómo debe manifestarse el deseo de buscar protección internacional (ACNUR, 2019a, p. 4), por lo que los Estados deberán prestar atención a indicadores o manifestaciones de riesgo, antes que a una expresión específica; también deberán preparar a sus autoridades para esta identificación y canalización.

En otras circunstancias, cuando resulte razonable a partir del contexto o de las características de los sujetos, los Estados deberán adoptar medidas positivas para identificar por cuenta propia a personas con necesidades de protección internacional, en el marco del ejercicio de sus funciones migratorias (ONU, 2016, p. 19). Un ejemplo de esto es en el caso de niñas, niños y adolescentes, respecto de quienes las autoridades cuentan con un deber reforzado de identificación de necesidades de protección internacional (CIDH, 2014, pp. 38 y 39). Lo mismo puede entenderse tratándose de personas provenientes de países con condiciones tan graves que es razonable esperar que los Estados de acogida conozcan los riesgos que enfrentarían las personas de ser devueltas (ACNUR, 2019a, p. 4; CIDH, 2018, p. 4). En esos

⁸ La protección internacional se es la que ofrece un Estado o un organismo internacional a una persona debido a que sus derechos humanos se ven amenazados o vulnerados en su país de nacionalidad o residencia habitual, y en el cual no pudo obtener la protección debida por no ser accesible, disponible o efectiva. Dicha protección comprende: (a) la protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en los convenios internacionales o las legislaciones internas; (b) la protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en la definición ampliada de la Declaración de Cartagena; (c) la protección recibida por cualquier persona de nacionalidad extranjera con base en las obligaciones internacionales de derechos humanos y, en particular, el principio de no devolución y la denominada protección complementaria u otras formas de protección humanitaria; y (d) la protección recibida por las personas apátridas de conformidad con los instrumentos internacionales sobre la materia (CIDH, 2019, p. 3)

casos, podría ser relevante ejercer una presunción de necesidades de protección internacional, con el fin de facilitar el tránsito o ingreso de las personas y conducirlos a los sistemas de asilo.

Evidentemente, no toda persona que manifieste correr riesgo en su país de origen es acreedora de protección internacional, ni es una obligación automática de los Estados reconocer como refugiada a toda persona que manifieste serlo. Existe la posibilidad de que algunas personas presenten solicitudes que, en sus méritos, no correspondan con los umbrales de riesgo o amenaza requeridos, o que presenten solicitudes manifiestamente infundadas. Incluso en casos como estos, no es procedente desestimar, sin más, tales solicitudes (ACNUR, 2001a, pp. 7-9). También puede ser el caso que la persona no haya expresado inicialmente de manera adecuada su riesgo y necesidades de protección por razones diversas como intimidación, desconocimiento, estado traumático, falta de acompañamiento legal u orientación adecuadas, entre otros (ACNUR, 2001b, p. 58).

Los mecanismos procedimentales capaces de identificar necesidades de protección internacional se han vuelto una herramienta importante para que los Estados puedan cumplir con su deber de reconocer personas refugiadas. Con ellos, los Estados pueden discernir qué personas sí están obligados a proteger y a cuáles no (ACNUR, 2001a, p. 3). Y no será sino hasta que los Estados decidan establecer mecanismos para la identificación de las necesidades de protección internacional, que se verán obligados a cumplir con la dimensión procedimental del derecho a buscar y recibir asilo para evitar denegaciones arbitrarias que puedan implicar el sometimiento de una persona a condiciones torturantes o que amenazan su vida en su país de origen.

Entonces, el derecho a buscar y recibir asilo obliga a que existan condiciones que permitan a la personas “buscar” ser identificadas por los Estados como personas con necesidades de protección internacional; lo que implica, entre otras cosas, establecer procedimientos de asilo adecuados, accesibles y capaces de reconocer a las personas con necesidades de protección internacional (Corte IDH, 2018, Opinión Consultiva OC-25/18, pp. 40 y 41) o la eliminación de los obstáculos que los Estados pudieran establecer para dificultar su llegada (CIDH, 1997).

Por otra parte, este derecho obliga a los Estados a que, si una persona que efectivamente cuenta con necesidades de protección internacional pone en conocimiento de las autoridades del Estado su situación, el riesgo sea efectivamente reconocido y la persona pueda “recibir” las protecciones que le corresponden (Corte IDH, 2018, Opinión Consultiva OC-25/18, p. 41). En este sentido, las garantías de debido proceso en el marco de los procedimientos de asilo dotan de credibilidad a las decisiones de los Estados, más no sustituyen la obligación estatal de identificar, reconocer y proteger a las personas con necesidades de protección internacional en sus territorios.

Esto es más claro en casos de desplazamientos masivos de personas refugiadas. Ante flujos masivos⁹, los Estados podrían adoptar mecanismos de reconocimiento acelerados o de reconocimiento *prima facie*. En esos casos, al reconocimiento de las personas como refugiadas no necesariamente les antecedería un “procedimiento individualizado dotado de las debidas garantías de debido proceso” y sin embargo, no por eso se violaría el derecho de las personas a buscar y recibir asilo. Por el contrario, en tal situación se consideraría que el Estado ha adoptado las medidas positivas necesarias para garantizar el derecho (Corte IDH, 2014, pp. 39 y 98; ACNUR, 2015).

⁹ El ACNUR ha definido el concepto de flujo masivo como “Una situación excepcional en la que la rápida llegada de un gran número de solicitantes de asilo puede abrumar la capacidad del Estado, en particular, para la administración individual de sus solicitudes” (ACNUR, 2002, p. 4)

Entonces, el elemento central del derecho a buscar y recibir asilo radica en que los Estados deben contar con condiciones para identificar, reconocer y proteger a las personas con necesidades de protección internacional en su territorio. Como parte de esto, deben contar con herramientas para realizar una adecuada consideración y estudio en los casos en que las personas extranjeras se acerquen a manifestar que enfrentan un riesgo grave en su país de origen. Por su parte, la caracterización de procedimientos justos y eficientes para solicitar asilo tiene una naturaleza accesoria, aunque no menos importante, al derecho a buscar y recibir asilo. Su existencia no constituye un fin en sí mismo. Por ello, al regular los procedimientos, los Estados no pueden perder de vista que los derechos potencialmente afectados, como el derecho a la vida y a no ser víctima de tortura, hacen indispensable e ineludible oír, considerar y estudiar la situación de riesgo de las personas, conforme a la más estricta observancia de las salvaguardas aplicables (CIDH, 2011b, p. 35; CIDH, 2000, p. 21).

Bajo esta premisa, el establecimiento de plazos prescriptivos trastoca el núcleo del derecho a buscar y recibir asilo, pues anula la posibilidad de que los Estados conozcan la situación de las personas y estudien el potencial daño de ejecutar políticas migratorias de expulsión en su perjuicio. El alegado retardo de una persona para comunicar los riesgos que enfrenta en su país de origen no los desaparece. Con total desprecio por la vida de las personas, los Estados que aplican los plazos prescriptivos a las personas, las dejan a su suerte obligándolas a buscar protección en otro país (con los riesgos que eso implica), o vivir en el desamparo y la clandestinidad, a la espera de ser identificadas y devueltas al país del que huyeron. Expulsiones que, en los casos de personas refugiadas *de facto*, serían equivalentes a condenas a tortura o penas de muerte.

Visto así, establecer plazos prescriptivos es un abuso de los Estados de su facultad regulatoria, ya que pretenden desplazar la responsabilidad de la desprotección y las consecuencias de una posible devolución a las personas que ya de por sí se enfrentan a los múltiples impactos de haber huido de sus países de origen en condiciones de grave vulnerabilidad. Así, la aplicación de plazos prescriptivos contradice uno de los elementos centrales del derecho a buscar y recibir asilo, que es la consideración y estudio de las manifestaciones de riesgo.

En consecuencia, con el establecimiento y aplicación de plazos prescriptivos los Estados atentan directamente contra el núcleo del derecho a buscar y recibir asilo, pues incumplen su deber de identificar si las personas que se acercan a las autoridades y que manifiestan requerir protección internacional son, o no, personas refugiadas.

3. ¿La libertad configurativa de los Estados en los procedimientos de asilo permite dejar a su suerte a las personas en riesgo?

Frente al entendimiento de que los plazos prescriptivos transgreden frontalmente el derecho humano a buscar y recibir asilo, existen posturas que defienden su existencia al señalar que constituyen una restricción razonable y proporcional. Un ejemplo de estas posturas es la posición tomada por la SCJN que, desde el Amparo en Revisión 353/2019, defendió la validez de los plazos prescriptivos.

Para sostener su posición, la SCJN elaboró un test de restricción de derechos en el que pretendió comprobar que la restricción al derecho a buscar y recibir asilo, mediante el establecimiento de plazos prescriptivos, obedece a finalidades legítimas, es idónea, necesaria y proporcional (SCJN, 2019, p. 40).

Un primer problema de la afirmación anterior es que, desde el inicio de su análisis, la SCJN excluyó de su consideración otros derechos trastocados por los plazos prescriptivos

y que debieron tomarse en cuenta al formar parte de los “intereses en juego” (SCJN, 2011, Primera Sala. Amparo Directo en Revisión 2655/2010, pp. 25; Vázquez, L.D., 2018, p. 110). La aplicación de los plazos implica también el sometimiento a riesgo de deportación en violación al principio de no devolución¹⁰ y la consecuente amenaza a la vida, libertad y riesgo de tortura (CIDH, 2000, p. 21) en perjuicio de los solicitantes de asilo. Por lo que debieron formar parte de la sentencia.

Al seguir el primer paso del test, la SCJN argumentó que la regulación de plazos prescriptivos para solicitar asilo es acorde con dos fines legítimos: a) la protección de la política migratoria, entendida como un deber y facultad del Estado; y b) el deber de identificar con celeridad a las personas refugiadas, evitando que se “coloquen” en una situación de irregularidad por un tiempo prolongado para proteger sus derechos (SCJN, 2019, Segunda Sala. Amparo en Revisión 353/2019, pp. 46 y 47).

En abstracto, estos dos fines anunciados sí son legítimos, siempre y cuando la política migratoria que se pretenda resguardar sea acorde con las obligaciones internacionales de los Estados, por lo que la restricción de derechos sí cumpliría con esta parte del test.

En segundo lugar, la SCJN señaló que la restricción del derecho a buscar y recibir asilo resulta idónea y necesaria, pues

es la única forma en que dentro de un determinado periodo de tiempo, las autoridades migratorias correspondientes estarán en aptitud de identificar a las personas que se consideran refugiados y, como consecuencia de ello, en posibilidad de brindarles la protección que establecen las leyes (SCJN, 2019, Segunda Sala. Amparo en Revisión 353/2019, p. 48).

Por lo que la SCJN concluye que

tan es así que según información proporcionada por la Agencia de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados, países como Belice, Bolivia, Colombia, Ecuador, El Salvador, Perú, República Dominicana, así como España, entre otros, han establecido en sus legislaciones internas plazos diferenciados para tal fin; luego, es claro que la medida legislativa impuesta en la legislación Mexicana resulta idónea y necesaria para lograr en algún grado la consecución de su fin, como se explicó en líneas precedentes (SCJN, 2019, Segunda Sala. Amparo en Revisión 353/2019, pp. 49-51).

La argumentación anterior me parece problemática por varias razones. En primer lugar, porque en vez de explicar la idoneidad de las medidas, la SCJN solo se aboca a reiterar que es la única medida útil para los efectos solicitados, sin que medie mayor argumentación. En segundo lugar, porque para sustentar la idoneidad y necesidad de la restricción, a la SCJN le resulta más importante evidenciar que esta práctica no está prohibida por el derecho internacional y que, en cambio, es replicada en otras jurisdicciones. Todo lo anterior representa un grave problema metodológico y argumentativo.

El establecimiento de plazos no puede ser idóneo para garantizar el cumplimiento efectivo de las políticas migratorias, puesto que conforme a los compromisos internacionales asumidos los Estados (CIDH, 1997) ninguna política migratoria tiene la facultad de impedir

¹⁰ El principio de no devolución (*non-refoulement*) está establecido en la Convención Americana en el artículo 22(8), según el cual “en ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”.

el ingreso y estancia de personas con necesidades de protección internacional, incluso si estos ingresaron o permanecen en irregularidad migratoria (CIDH, 2020, pp. 68 y 71).

Si bien, los Estados tienen cierta libertad configurativa para determinar su política migratoria, esta encuentra límites en la prohibición de discriminación y los derechos humanos de las personas (Corte IDH, 2010, Caso Vélez Loor Vs. Panamá, p. 34). Dentro de los principales límites a libertad de configuración de las políticas migratorias destacan la prohibición de devolución (*non-refoulement*) (Corte IDH, 2018, Opinión Consultiva OC-25/18, pp. 57 y 58); la protección a refugiados (CIDH, 2011b, p. 23); y la prohibición de sanción por ingreso o permanencia irregular de solicitantes¹¹. Normas fundamentales para la protección de refugiados que, por regla general, prevalecen sobre otros intereses importantes, comúnmente expresados en términos de poderes soberanos (Goodwin-Gil, 2016). Razón por la que las decisiones sobre la entrada y protección a refugiados deben escapar de las funciones de control migratorio. Sin embargo, la SCJN parece haber confundido los deberes de protección a personas refugiadas con su potestad para regular y controlar los ingresos y permanencia de las personas extranjeras que no cuentan con necesidades de protección internacional.

Dicho de otra forma, si lo pretendido por la SCJN era resguardar la política migratoria mexicana, usando la prescripción para solicitar asilo como una sanción indirecta a los solicitantes por su permanencia irregular, esto equivaldría a una sanción por ingreso o permanencia irregular contraria a derecho internacional (Hathaway, 2005, p. 408). Si lo que la SCJN pretendió era sostener que, pasado un tiempo, la condición de irregularidad prima por encima de las necesidades de protección internacional, esto sería contrario al principio de no devolución. Así, a menos de que la SCJN buscara proteger una política caracterizada por la violación del derecho internacional, la única política migratoria posible para cotejar la idoneidad del establecimiento de plazos debía corresponder con una que garantice el ingreso y permanencia de las personas con necesidades de protección internacional.

Bajo este entendido, la existencia de plazos prescriptivos o las decisiones sobre el tratamiento a refugiados no encontrarían conexión alguna con las funciones de control migratorio que la SCJN pretendía proteger.

Por otra parte, en la sentencia no es claro cómo una norma cuyos efectos anulan los derechos de los solicitantes, tanto a ser reconocidos, como a su protección efectiva, encuentra relación con la finalidad de identificarlos y protegerlos de la mejor forma posible. Entre los primeros objetivos de las personas solicitantes al llegar a países de acogida como México, en el que no existe un sistema de atención inmediata a solicitantes, se encuentran el establecerse de forma segura: encontrar vivienda, trabajo, medios de alimentación, entre otros. En dichos casos, tener que pagar para desplazarse a las instalaciones donde reciben solicitudes o sujetarse de inmediato a las múltiples restricciones que les impone el sistema de asilo implicaría que tengan que sacrificar sus posibilidades de subsistencia y vida digna.

El establecimiento de un plazo para presentar una solicitud de asilo constituye una medida errónea para alcanzar el alegado fin de identificación y “protección temprana” de las personas solicitantes. El determinar un periodo de vigencia a la protección de la vida e integridad de las personas con necesidades de protección internacional atenta contra la propia naturaleza del derecho a buscar y recibir asilo.

¹¹ En el derecho internacional de los refugiados se encuentra consagrado el principio que prohíbe la sanción a los refugiados y solicitantes por su ingreso o permanencia irregulares. Este principio impide que se impongan sanciones de cualquier naturaleza, tanto penales como administrativas, a las personas que ingresan o permanecen irregularmente (ACNUR, 2017, Anexo A, p. 1; CIDH, 2020, p. 71).

Si bien, respecto de este punto, la SCJN señaló que

el establecimiento de un plazo para presentar una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado encuentra una justificación constitucionalmente válida, en la medida en que la identificación inmediata de su estatus migratorio (sea cual fuere), pero principalmente en el caso de refugiados, posibilita su protección y, consecuentemente, en caso de proceder dicho reconocimiento, podrá otorgarle a la persona un estatus migratorio determinado (SCJN, 2019, Segunda Sala. Amparo en Revisión 353/2019, p. 47).

Lo cierto es que esto no encuentra relación alguna con la medida controvertida. Dejar en desprotección a personas refugiadas *de facto*, con base en el incumplimiento de un plazo, no es idóneo para identificarlas y protegerlas. Dicha afirmación parece más bien sustentarse en la voluntad del Estado de identificar a las personas y su estatus migratorio para poder clasificarlas y expulsarlas del país lo antes posible, sin importar sus necesidades de protección o riesgos en el país de origen. Es decir, no se acredita la idoneidad y el fin señalado.

También, para justificar la idoneidad de la medida, la SCJN señaló que los plazos prescriptivos existen en otros países. Sin embargo, este no es un argumento válido para la determinación de su idoneidad, pues el que una violación de derechos humanos se manifieste en más de un país no la hace menos violatoria. El análisis sobre idoneidad debió hacerse mediante un estudio cualitativo de la norma y no mediante la mención de reiterada arbitrariedad en el continente. La historia de la región evidencia que aceptar y repetir una práctica (prohibición de matrimonio igualitario, exclusión de identidades trans, tortura como método de investigación criminal, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas masivas) no garantiza que esta sea convencional.

De tal suerte, aun si los Estados cuentan con la potestad y el deber de procurar el cumplimiento de su política migratoria o de identificar y proteger con celeridad a las personas refugiadas en su territorio, el establecimiento de plazos prescriptivos para acceder al sistema de asilo no corresponde con la consecución de tales finalidades legítimas.

En su argumentación, la SCJN pareció haber defendido, de manera indistinta la idoneidad y necesidad de la medida. Por lo que no elaboró un examen propio sobre la necesidad imperiosa para la existencia de plazos prescriptivos para solicitar asilo. Sin embargo, el establecimiento de un plazo prescriptivo tampoco es la medida menos lesiva para lograr los fines alegados.

Para la protección efectiva y rápida de las personas con necesidades de protección internacional resultaría mejor y menos lesivo generar incentivos (como estipendios o regularizaciones) para facilitar su presentación rápida; obligar a las autoridades a difundir información e implementar políticas de identificación por las autoridades, entre otras. Estas serían mejores alternativas a la opción de restringir los derechos de las personas a las que pretenden proteger. En especial, cuando tales restricciones generan más problemas, desprotección y vulnerabilidad a los solicitantes e implican la posibilidad de devolución.

Por último, para defender la existencia y aplicación de plazos prescriptivos en el sistema de asilo mexicano, la SCJN señaló que su establecimiento no es desproporcional en sentido estricto *vis a vis* el derecho a buscar y recibir asilo (sin considerar otros derechos afectados).

La SCJN sostuvo que el derecho a buscar y recibir asilo no se ve excesivamente limitado por el plazo prescriptivo si se toma en cuenta que existe una excepción legal que permite admitir a trámite, de manera excepcional, las solicitudes presentadas fuera del plazo. Así, entendió que el plazo es suficientemente flexible e impide “el rechazo mecánico de las solicitudes” prohibido por el ACNUR. La excepción a la que la SCJN hace referencia es

aplicable cuando las personas solicitantes acreditan que la extemporaneidad se debió a una “imposibilidad material”¹²; excepción coincidente con otras similares en la región¹³. A entender de la SCJN, esto flexibiliza el plazo lo suficiente como para no excluir a personas que se vieran impedidas, por causas ajenas a su voluntad, para solicitar su reconocimiento como refugiadas en el tiempo establecido.

La SCJN¹⁴ recordó que, conforme al ACNUR, el derecho internacional no prohíbe en estricto sentido el establecimiento de cualquier tipo de plazo en el acceso a los sistemas de asilo, pues no existe una prohibición explícita en la Convención de 1951. También recordó que lo que sí está prohibido son las normas que permiten el “rechazo mecánico” de solicitudes (ACNUR, 2001a, p. 6). Sin embargo, para ajustarse a lo anterior, la SCJN interpretó de forma sesgada lo que significaría un rechazo mecánico de las solicitudes, desestimando que la norma mexicana lo permitiera.

El ACNUR ha sostenido que “la falta de presentación de la solicitud dentro de un período específico [...] no debería conducir *per se* a que la solicitud no reciba la debida consideración” (ACNUR, 2001a, p. 6). Esta prohibición del rechazo mecánico de las solicitudes fue entendida por la SCJN como un impedimento para que las solicitudes no reciban un estudio general o que no se realice ni un mínimo estudio de procedencia. Entonces, al existir una excepción que obliga a las autoridades estatales a realizar un estudio individualizado de las circunstancias de presentación de la solicitud, la negativa de admisión que se derive de este estudio no sería considerada mecánica o automática.

Es cierto que, de forma general, tales rechazos no serían automáticos, pues la autoridad está legalmente obligada a estudiar y realizar, en teoría, una labor intelectual al resolver cada decisión de admisibilidad. Sin embargo, a eso no se refiere el ACNUR¹⁵ (o el derecho internacional) al requerir que los casos reciban una “debida consideración” o al prohibir el rechazo automático de las solicitudes. Es una exigencia consistente del derecho a buscar y recibir asilo y del principio de no devolución que los Estados estudien la situación de riesgo de las personas. La consideración que exige el derecho internacional es aquella que atiende el fondo de las solicitudes; no sobre las trabas u obstáculos formales que cada Estado pudiera establecer para bloquear el goce efectivo del derecho (ACNUR, 1999, p. 4). Tal como evidencia la sentencia *Jabari vs. Turquía*, misma que es citada por múltiples resoluciones del ACNUR y la CIDH, el carácter mecánico de las inadmisiones de las solicitudes se relaciona con la ausencia de examen sobre los hechos que sustentan los temores fundados frente a una

¹² Lo que significa “imposibilidad material” no ha sido debidamente definido en el ámbito interno. Mientras que la autoridad encargada de llevar a cabo los procedimientos de reconocimiento de la condición de refugiado lo interpreta de forma restrictiva asociándolo a causas de fuerza mayor o caso fortuito, los tribunales nacionales tienen una mirada más amplia que incluye el razonable desconocimiento de las normas de asilo.

¹³ Por ejemplo, el Reglamento de la Ley Orgánica de Movilidad Humana de Ecuador señala en su artículo 80 que las autoridades pueden admitir a trámite de forma excepcional, por razones de caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobadas, una solicitud de refugio presentada de forma extemporánea.

¹⁴ Lo cierto es que esta consideración la desarrolla la SCJN para acreditar la idoneidad y necesidad de la restricción. Sin embargo, el argumento no se relaciona mucho con lo exigido por dicha etapa del test y, por el contrario, parece más adecuado su desarrollo para el estudio del grado de afectación de la restricción del derecho en la etapa de proporcionalidad en sentido estricto.

¹⁵ El ACNUR sostiene que no se pueden establecer plazos prescriptivos que inhiban la consideración sobre el fondo de las solicitudes. Agrega que, lo que sí está permitido es que el incumplimiento de los plazos pueda incidir en la credibilidad de los solicitantes (ACNUR, 2001a, párr. 6). Esta última razón tampoco sostiene la relevancia del establecimiento de plazos fijos asociados con el inicio de los procedimientos de asilo, pues la consideración de la credibilidad se debe hacer tomando en cuenta la totalidad de las circunstancias del caso, dentro de lo que se puede incluir el tiempo que tardó la persona solicitante en presentar su solicitud, más para realizar este análisis no es necesario que las leyes contemplen un plazo fijo para ello. En especial, si se considera que el establecimiento legal de plazos pudiera tener efectos inhibitorios para los solicitantes o prestarse a una aplicación arbitraria por las autoridades.

posible devolución (TEDH, 2000, párr. 40). Una resolución que estudia el incumplimiento de las exigencias de admisibilidad, pero que no estudia el riesgo que alega vivir una persona en su país de origen, es una solicitud sin una debida consideración (CIDH, 2000, p. 32).

Esto es confirmado por el ACNUR al señalar de forma categórica que las etapas de admisibilidad de los procedimientos de asilo solo pueden evitar que se conozca el fondo de las solicitudes en dos situaciones: si la persona ya cuenta con protección efectiva en otro país, o si la responsabilidad de evaluar el fondo de la solicitud ya fue asumida por otro Estado capaz de garantizar una protección efectiva (ACNUR, 2001a, p. 3). No se debe olvidar que la aplicación de plazos prescriptivos tiene por efecto el rechazo de solicitudes sin un estudio del riesgo que alegan las personas solicitantes y la convalidación de probables devoluciones. Por esto, aunque los plazos en general no estén prohibidos, se entiende que su aplicación de carácter prescriptivo sí lo está (ACNUR, 1999, pp. 5 y 6).

Otra de las razones por las que la SCJN consideró que establecer un plazo no resultaba desproporcional es porque, a su entender, el procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado ya contaba con lo que sería una puerta de acceso suficientemente amplia de 30 días hábiles y porque contempla una excepción que le otorga “flexibilidad” para casos de incumplimiento ajenos a la voluntad de las solicitantes.

El problema de este argumento es que la SCJN ve el derecho a buscar y recibir asilo como una garantía estrictamente procedimental. A su entender, el Estado no viola dicho derecho con solo establecer lineamientos que modulan o regulen su acceso y tramitación, siempre y cuando la regulación, en abstracto, resulte razonable, accesible y otorgue certeza jurídica a quienes se aplica. En consecuencia, el establecimiento de un plazo no resultaría desproporcional, pues no “limita severamente el contenido *prima facie* del derecho” (SCJN, 2019, p. 52).

Lo anterior también es erróneo. La SCJN minimiza el contenido del derecho a buscar y recibir asilo, al reducirlo a su componente procedimental. En consecuencia, minusvalora también el grado de afectación realizado. La SCJN centra la discusión de proporcionalidad en si el plazo es razonablemente largo y la aleja de sus efectos, que son privar a las personas de las posibilidades de contar con protección internacional, aunque pudieran necesitarlo para proteger sus vidas o integridad. Con esto, se da luz verde a las autoridades migratorias para someterlas a riesgo permanente de ser devueltas “legalmente” al país donde se verían expuestas a las condiciones por las que huyeron.

Resulta un error que la SCJN determine que la norma no es desproporcional por la existencia de una excepción que inhibe, en algunas circunstancias, su aplicación. Con esto, la SCJN evadió su deber de estudiar el grado de afectación a los derechos por una norma cuando ésta es efectivamente aplicada. Sostener que una norma no es desproporcional cuando no se aplica carece de sentido para efectos de la elaboración del test. Lo problemático de los plazos prescriptivos para acceder a los procedimientos de asilo no es la mera existencia de un plazo, sino que su aplicación tiene por efecto impedir que la solicitud de asilo de las personas sea considerada en sus méritos. Es decir, los efectos a ser analizados para el estudio de la proporcionalidad son la exclusión absoluta del sistema de asilo por el mero incumplimiento de un plazo.

Para un adecuado análisis de proporcionalidad, la SCJN debía balancear las ventajas obtenidas al establecerse plazos para regular el acceso al sistema de asilo, con sus efectos de desprotección en perjuicio de las personas que huyeron de su país de origen y que necesitan el reconocimiento como refugiados para sobrevivir o evitar ser sujetos a condiciones torturantes. Sin un estudio de los méritos de las solicitudes, por ejemplo, mediante su inadmisión por el incumplimiento de formalidades, los Estados ponen en riesgo de tortura y de muerte a los solicitantes (CIDH, 2000, p. 21). Esto hace evidente la desproporcionalidad de los plazos prescriptivos.

Dar la opción de exponer a las personas solicitantes los riesgos que alegan padecer en sus países no implica que éstas deban ser reconocidas como refugiadas. Garantizar el acceso a los procedimientos de asilo justos y eficientes también sirve para identificar a aquellas personas que no requieren protección internacional (ACNUR, 2008, p.4; Corte IDH, 2012, p. 50). Eliminar las barreras existentes para el acceso no tendría por qué entenderse como una apertura a la presentación de solicitudes manifiestamente infundadas. Como reconoció la Corte IDH, los Estados sí tienen la posibilidad de establecer mecanismos o procedimientos sumarios para atender solicitudes manifiestamente infundadas, pero incluso en estos casos se deben otorgar garantías mínimas para evitar decisiones arbitrarias (Corte IDH, 2012, p.59; ACNUR, 1983; CIDH, 2000, p. 21).

A partir del diálogo anterior con los argumentos presentados para la defensa de los plazos prescriptivos para solicitar asilo, es fácil concluir que este tipo de plazos atenta contra el núcleo del derecho a buscar y recibir asilo y transgrede el principio de no devolución. Aunque los argumentos expuestos por la SCJN plantean preocupaciones relevantes en las jurisdicciones nacionales, la gravedad de las implicaciones de su aplicación para la vida de las personas debería ser suficiente para eliminar estos plazos de manera definitiva.

4. Una trágica conclusión

Lamentablemente, en México, la SCJN ha zanjado provisionalmente la discusión sobre los plazos prescriptivos al convalidarlos en su sentencia. Sin embargo, como espero haya mostrado este artículo, la proliferación de este tipo de plazos en los sistemas de asilo tiene implicaciones graves que no deben ser ignoradas. Bajo la premisa de que el derecho a buscar y recibir asilo tiene una dimensión sustantiva destinada a la identificación, reconocimiento y protección de las personas con necesidades de protección internacional, es más fácil comprender el carácter violatorio de los plazos prescriptivos para el acceso a los sistemas de asilo: su aplicación ignora la situación de hecho de personas que pudieran ser refugiadas *de facto* y las expone, de manera continua, a una posibilidad de expulsión hacia condiciones torturantes o que implican un riesgo serio a su vida.

En el caso mexicano, esta realidad tolerada por la SCJN nos es recordada día con día. Conforme a cifras oficiales¹⁶, desde 2018 y para el mes de octubre de 2022, más de 106.060 personas presentaron su solicitud de asilo en México de manera extemporánea. De estas solicitudes, solo 19.192 (es decir, el 18%) fueron admitidas después de aclarada la existencia de “imposibilidad material” comprobable que justificara el incumplimiento del plazo. De 2018 a 2022, se vieron impedidas 86.868 personas solicitantes para acceder al procedimiento establecido para obtener la condición de refugiado en México por presentar su solicitud después de 30 días de haber ingresado al país, sin que sus condiciones de riesgo fueran mínimamente estudiadas.

Esto es preocupante. Son 86.868¹⁷ personas que manifestaron huir de su país por un riesgo grave que el Estado mexicano decidió ignorar. Personas que ahora viven la amenaza persistente de devolución hacia a la materialización de sus temores. En el mejor de los casos, estas personas viven exiliadas en México, sin protección, con miedo permanente y en la exclusión, como habitantes de última categoría. En el peor de los casos, es posible que las deportaciones y las amenazas a su vida o riesgos de tortura se concretaran.

¹⁶ Cifras obtenidas a partir de la respuesta proporcionada por la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados a la solicitud de acceso a la información realizada por Mariana Ramón Balán, colega de la Clínica Jurídica para Personas Refugiadas de la Universidad Iberoamericana.

¹⁷ Cifra obtenida considerando el total de solicitantes extemporáneos y restar aquellos admitidos después de acreditar una imposibilidad material para cumplir el plazo.

Puesto en cifras, y entendiendo sus implicaciones, es evidente que los plazos prescriptivos no son inocuos, ni un problema menor para el ejercicio efectivo del derecho a buscar y recibir asilo. En muchos casos, su aplicación puede resultar en la práctica de torturas u homicidios. Su permisión, habiendo conocido las manifestaciones de riesgo de las personas, no puede verse de otra forma más que como aquiescencia. Ninguna persona debería ser sujeta a la pérdida de su vida por no presentar “a tiempo” su petición de protección y ningún órgano que diga proteger derechos debería permitir que esto suceda.

Referencias bibliográficas

Libros

- Hathaway, J. C. (2005). *The Rights of Refugees Under International Law*. United Kingdom: Cambridge University Press.
- Vázquez, L. D. (2018). *Test de Razonabilidad y Derechos Humanos: Instrucciones para Armar*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Artículos o capítulos en volúmenes colectivos

- Botero, A. y Vedsted-Hansen, J. (2021). Asylum Procedure. En Costello, C., Foster, M., y McAdam, J. (Eds.). *The Oxford Handbook of International Refugee Law* (pp. 588-882). United Kingdom: Oxford University Press.
- Costello, C. y Ioffe, Y. (2021). Non-penalization and Non-criminalization. En Costello, C., Foster, M., y McAdam, J. (Eds.). *The Oxford Handbook of International Refugee Law* (pp. 917-932). United Kingdom: Oxford University Press.
- Gil-Bazo, M. T. y Guild E. (2021). The Right to Asylum. En Costello, C., Foster, M., y McAdam, J. (Eds.). *The Oxford Handbook of International Refugee Law* (pp. 867-882). United Kingdom: Oxford University Press.
- Goodwin-Gill, G. S. (2003). Article 31 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees: non- penalization, detention and protection. En Feller, E. Turk, V., y Nicholson, F. (Eds.). *Refugee Protection in International Law* (pp. 185-252). United Kingdom: Cambridge University Press.
- Goodwin-Gill, G. S. (2014). The International Law of Refugee Protection. En Fiddian-Qasmiyeh, E, Loescher, G., Long K. y Sigona, N. (Eds.). *The Oxford Handbook of Refugee & Forced Migration Studies* (pp. 36-47). United Kingdom: Oxford University Press.
- Hansen, R. (2014). State Controls: Borders, Refugees, and Citizenship. En Fiddian-Qasmiyeh, E, Loescher, G., Long K., y Sigona, N. (Eds.). *The Oxford Handbook of Refugee & Forced Migration Studies* (pp. 253-264). United Kingdom: Oxford University Press.
- Holiday, Y. (2019). The prosecution of asylum seekers. En Juss, S.S. (Ed.). *Research Handbook on International Refugee Law* (pp. 207-2023). United Kingdom: Edward Elgar.
- Mathew, P. (2019). Constructive Refoulement. En Juss, S.S. (Ed.). *Research Handbook on International Refugee Law* (pp. 207-2023). United Kingdom: Edward Elgar.
- Mathew, P. (2021). Non-refoulement. En Costello, C., Foster, M., y McAdam, J. (Eds.). *The Oxford Handbook of International Refugee Law* (pp. 899-916). United Kingdom: Oxford University Press.
- McAdam J. (2014). Human Rights and Forced Migration. En Fiddian-Qasmiyeh, E., Loescher, G., Long K., y Sigona, N. (Eds.). *The Oxford Handbook of Refugee & Forced Migration Studies* (pp. 203-2014). United Kingdom: Oxford University Press.

- Simeon, J. C. (2019). What is the future of non-refoulement in international refugee law?. En Juss, S.S. (Ed.). *Research Handbook on International Refugee Law* (pp. 183-206). United Kingdom: Edward Elgar.
- Simeon, J. C. (2019). What is the future of non-refoulement in international refugee law? En Juss, S.S. (Ed.). *Research Handbook on International Refugee Law* (pp. 183-206). United Kingdom: Edward Elgar.

Artículos de publicaciones periódicas

- Edwards, A. (2005). Human Rights, Refugees, and the Right “To Enjoy” Asylum. *International Journal of Refugee Law*, 17 (2), 293–330.
- Gil-Bazo, M.T. (2015). Asylum as a General Principle of International Law. *International Journal of Refugee Law*, 27 (1), 3–28.

Sentencias

- Corte Constitucional de Ecuador (2011). *Sentencia N.º 897-11-JP/20 (Garantías mínimas en el proceso de reconocimiento de la condición de refugiado)*. Sentencia del 13 de diciembre de 2011.
- Corte IDH (2010). *Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C N.º 218.
- Corte IDH (2012). *Caso familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C N.º 272.
- SCJN (2011). *Primera Sala. Amparo Directo en Revisión. 2655/2010*. Sentencia del 30 de noviembre de 2011.
- SCJN (2019). *Segunda Sala. Amparo en Revisión 353/2019*. Sentencia del 16 de octubre de 2019.
- TEDH (2000). *Caso Jabari v. Turquía. No. 40035/98*. Sentencia del 10 de julio de 2000.
- TEDH (2005). *Caso Gebremedhin Vs. Francia. N.º 25389/05*. Sentencia del 26 de abril de 2007.

Convenciones, tratados y conferencias

- ONU (1951). *Convención Sobre El Estatuto De Los Refugiados. Entrada en vigor 22 de abril de 1954*.
- Goodwin-Gill, G.S. (29 de junio de 2016). ‘International Refugee Law: Yesterday, Today, but Tomorrow?’ [Refugee Law Initiative, First Annual Conference]. ‘The Future of Refugee Law?’ Human Rights Consortium, School of Advanced Study, University of London, Senate House, United Kingdom.

Observaciones, opiniones, recomendaciones e informes

- ACNUR (1979). *Conclusión N.º 15 (XXX) de 1979 sobre refugiados sin un país de asilo*, A/AC.96/572.
- ACNUR (1983). *Conclusión N.º 30 (XXXIV) - 1983, El problema de las solicitudes de asilo o de la condición de refugiado manifiestamente infundadas o abusivas*.
- ACNUR (1993). *Conclusiones Adoptadas por el Comité Ejecutivo para la Protección Internacional de Refugiados*. N.º 71 (XLIV) (1993).
- ACNUR (1999). *Nota sobre Protección Internacional*. A/AC.96/914. 7 de julio de 1999.
- ACNUR (2001a). *Consultas Globales sobre Protección Internacional, Procesos de Asilo (Procedimientos de Asilo Justos y Eficientes)*. EC/GC/01/12. 31 de mayo de 2001.
- ACNUR (2001b). *Unión Interparlamentaria, Protección de los refugiados: Guía sobre el derecho internacional de los refugiados*. 2001.

- ACNUR (2002). *Prima facie status and refugee protection*. 24 de octubre de 2002. ISSN 1020-7473.
- ACNUR (2008). Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, *Las migraciones mixtas y su relación con los éxodos de refugiados, incluyendo la repatriación de las personas que no requieren de protección internacional, así como la facilitación del retorno en su dimensión mundial*. EC/48/SC/CRP.29- 25 de mayo de 2008.
- ACNUR (2014). *Declaración de Brasil, “Un marco de Cooperación y Solidaridad Regional para Fortalecer la Protección Internacional de las Personas Refugiadas, Desplazadas y Apátridas en América Latina y el Caribe”*. 3 de diciembre de 2014.
- ACNUR (2015). *Directrices sobre Protección Internacional No. 11: Reconocimiento prima facie de la condición de refugiado*. HCR/GIP/15/11. 24 de junio 2015.
- ACNUR (2017). *UNHCR Submissions to the Inter-American Court of Human Rights in the framework of the request for an Advisory Opinion on the scope and purpose of the right to asylum. Annex A: Other fundamental rights of refugees and asylum-seekers to ensure the effective enjoyment of asylum*.
- ACNUR (2019a). *Consideraciones jurídicas sobre la responsabilidad de los Estados en lo relativo a las personas que buscan protección internacional en las zonas de tránsito o “zonas internacionales” de los aeropuertos*. 17 de enero de 2019.
- ACNUR (2019b). *Manual y Directrices Sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. Reedición Ginebra. Febrero de 2019, párr. 28.
- CIDH (1997). *Informe de Fondo No. 51/96, Caso 10.675 –Interdicción de Haitianos (Estados Unidos)*. 13 de marzo de 1997.
- CIDH (2000). *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado*. OEA/Ser.L/V/II.106. Doc. 40. Rev. 1. 28 de febrero de 2000.
- CIDH (2011a). *Informe de Fondo No. 78/11, Caso 12.586 - John Doe (Canadá)*. 21 de julio de 2011.
- CIDH (2011b). *Informe N.º 136/11. Caso 12.474. Fondo. Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. 31 de octubre de 2011.
- CIDH (2018). *Resolución 2/18 Migración Forzada de Personas Venezolanas*. 2 de marzo de 2018.
- CIDH (2019). *Resolución 04/19: Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las Personas Migrantes, Refugiadas, Apátridas y las Víctimas de la Trata de Personas. Resolución aprobada por la Comisión*. 7 de diciembre de 2019.
- CIDH (2020). *Informe sobre Debido proceso en los procedimientos para la determinación de la condición de persona refugiada, y apátrida y el otorgamiento de protección complementaria*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 255. 5 de agosto de 2020.
- CIDH (2021). *Resolución No. 2/2021: Protección de las Personas Haitianas en Movilidad Humana: Solidaridad Interamericana*. 24 de octubre de 2021.
- Corte IDH (2014). *Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014*. Serie A N.º 21.
- Corte IDH (2018). *Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018*. Serie A N.º 25.
- ONU (2016). *Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes*, adoptada mediante la resolución A/RES/71/1, aprobada por la Asamblea General. 19 de septiembre de 2016.
- ONU (2018). *Pacto Mundial sobre los Refugiados*, adoptado mediante la resolución A/RES/73/151, aprobada por la Asamblea General. 17 de diciembre de 2018.

REPENSANDO LA LEGITIMIDAD DELICTUAL DEL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS

Rethinking the Criminal Legitimacy of Smuggling of Migrants in the Constitutional State of Rights

PABLO ANDRÉS LEÓN GONZÁLEZ¹

Investigador independiente, Cuenca, Ecuador

Resumen

El presente artículo analiza al delito de tráfico ilícito de migrantes en el Código Orgánico Integral Penal (COIP), e identifica la existencia de un problema de legitimidad, que es la falta de determinación del bien jurídico protegido. Esta indeterminación ha llevado a que la doctrina y los jueces en sus sentencias emitan sus propias consideraciones sobre el bien jurídico, llegando a reconocer a la soberanía y regulación migratoria del Estado como el centro de enfoque de la protección penal. Este artículo cuestiona esta fundamentación y propone reestructurar la protección penal hacia los derechos de las personas mediante el uso del peligro abstracto como respuesta legitimadora. Esta labor se realiza mediante el empleo de una metodología inductiva y hermenéutica.

Palabras clave

Tráfico ilícito de migrantes, Bien jurídico, Estado constitucional de derechos, Peligro abstracto.

Abstract

This article analyzes the crime of smuggling of migrants in the Código Orgánico Integral Penal (COIP), and identifies the existence of a legitimacy problem, which is the lack of determination of the “legal good”. This indeterminacy has led doctrine and jurisprudence to issue their own considerations on the “legal good”, coming to recognize the sovereignty and migratory regulation of the State as the center of focus of criminal protection. This article questions this rationale and proposes to restructure the penal protection towards the rights of individuals using the figure of abstract endangerment as a legitimizing response. This work is carried out with an inductive and hermeneutic methodology.

Keywords

Smuggling of Migrants, Legal Good, Constitutional State of Rights, Abstract Endangerment.

1. Introducción

El tráfico ilícito de migrantes es un problema que han venido enfrentando los Estados desde hace mucho tiempo, y cuya magnitud se ha ido agravando en los últimos años. Esto ha reportado un gran desafío para la sociedad ecuatoriana, incluyendo a la comunidad internacional. Es así como este fenómeno se ha convertido en una problemática social, que también le interesa al ámbito jurídico.

¹ Abogado por la Universidad del Azuay, Ecuador. Maestrante en Derecho Penal en la Universidad Andina Simón Bolívar. Correo electrónico: pabloleonlegal77@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2770-596X>.



Por su parte, el ámbito internacional, ha adoptado varios instrumentos para combatir este fenómeno, entre los que destaca el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que sirve de complemento a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Estos instrumentos tienen como objetivo fomentar la colaboración entre los Estados, mejorar los sistemas de salvaguardia de los derechos de los migrantes y castigar a aquellos que se dedican al tráfico ilícito de individuos.

El proceso del tráfico ilícito de migrantes es un proceso complejo, que opera fuera de la legalidad. Esto sucede porque los migrantes, muchas veces, se ven forzados por diversas circunstancias económicas, políticas, sociales, etcétera, a recurrir a individuos que forman parte de redes criminales que facilitan la travesía a los destinos esperados. En este proceso, los migrantes se exponen a que varios de sus derechos se vean vulnerados.

Aunque hay muchas formas de combatir este fenómeno, el Estado ecuatoriano ha optado también por la respuesta penal, incorporando un delito de tráfico ilícito de migrantes. Este delito ha pasado por varias modificaciones desde su primera aparición en el año 2000, terminando finalmente en el Código Orgánico Integral Penal (COIP), con varios problemas de legitimidad. Uno de estos problemas es la indeterminación del bien jurídico protegido en este delito, ya que, de su análisis, la doctrina y los jueces en sus sentencias han llegado a conclusiones sumamente diversas enfocando la protección penal a la soberanía del Estado y su regulación migratoria.

Es así como, el presente trabajo se enfoca en cuestionar esta fundamentación del bien jurídico, teniendo en cuenta la actual inclinación del Estado ecuatoriano. Lo que permitirá reestructurar la composición de la protección penal hacia los derechos de las personas mediante la figura del peligro abstracto, para conseguir una legitimación penal-constitucional.

Así, este trabajo se encuentra estructurado de la siguiente manera. Primero, se revisan los antecedentes importantes de este delito, desde su inicial incorporación hasta su inclusión en el COIP. Una segunda parte en la que se expone la concepción que tiene la doctrina y los jueces acerca del bien jurídico protegido, para posteriormente pasar a un análisis de los elementos constitutivos del tipo penal, que resalta algunas cuestiones importantes y problemas en su estructura típica. Finalmente, se toma una posición al respecto y se fundamenta el peligro abstracto como respuesta legitimadora de la intervención penal en el Estado constitucional de derechos ecuatoriano.

2. Antecedentes importantes en la evolución del delito de tráfico de migrantes

En el año 2000, la legislación ecuatoriana incorporó por primera vez en el Código Penal al tráfico ilegal de migrantes, dentro del capítulo XII, que pertenece al título IV delitos contra la fe pública. Esta incorporación se hizo efectiva a través de su publicación en el Registro Oficial 110, el cual tuvo lugar el 30 de junio del año 2000.

Desde esa fecha, el delito ha estado presente en nuestra legislación, incluyéndose dentro del Proyecto de Ley del Código Orgánico Integral Penal en el año 2011. En este proyecto se encontraba en el libro primero, título III, capítulo primero de las infracciones contra los derechos de libertad, dentro de la sección octava infracciones contra la movilidad humana. Esta sección se componía de dos artículos, el 137 y 138. El primero, tenía por nombre tráfico ilegal de migrantes (coyoterismo), y el segundo, como tráfico de personas. En este proyecto se incorporó a los delitos contra los derechos de libertad en el principio de las infracciones penales.

En el primer debate, que analizó el Proyecto de Ley, se emitió un informe en el que se depura varios tipos penales repetidos y se desplazó a los delitos contra los derechos de libertad al capítulo segundo, y se agregó como capítulo primero a los delitos por graves violaciones a los derechos humanos y delitos contra el derecho internacional humanitario, que contiene a la trata de personas. Ahora ya no se encontraban dos delitos contra la movilidad humana, sino

uno solo en el artículo 196, título III, capítulo segundo, sección novena. El artículo presente en este informe prescribe lo siguiente:

Artículo 196.- Tráfico de migrantes e inmigrantes.- La persona que, por medios ilegales, transporte, promueva, capte, traslade, acoja, facilite, induzca, financie, colabore, participe o ayude a la migración e inmigración de personas, nacionales o extranjeras, desde el territorio del Estado Ecuatoriano hacia otros países o viceversa respectivamente, con el fin de obtener directa o indirectamente beneficio económico u otro de orden material, siempre que ello no constituya infracción más grave, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

Con la misma pena se sancionará a los dueños de los vehículos de transporte aéreo, marítimo o terrestre y a las personas que sean parte de la tripulación o encargadas de la operación y conducción, cuando se estableciera su conocimiento y participación en la infracción.

Si el tráfico de personas recae sobre niñas, niños o adolescentes o personas en situación de vulnerabilidad, se sancionará con pena privativa de libertad de ocho a once años.

Cuando como producto de la infracción se hubiere provocado la muerte de la víctima, se sancionará con pena privativa de libertad de veintidós a veinticinco años.

Serán comisados los medios de transporte, instrumentos, productos o réditos utilizados u obtenidos del cometimiento de la infracción; de ser el caso, se procederá a su destrucción (Asamblea Nacional del Ecuador, 2012, p. 86).

En el informe para el segundo debate del Proyecto de Ley, se realizan cambios importantes al delito, principalmente en la redacción y en las penas. El delito se encuentra en la sección décima y prescribe lo siguiente:

Artículo 213.- Tráfico de migrantes. La persona que, por cualquier medio ilegal, promueva, capte, acoja, facilite, induzca, financie, colabore, participe o ayude a la migración e inmigración de personas, nacionales o extranjeras, desde el territorio del Estado ecuatoriano hacia otros países o viceversa; o, facilite la permanencia ilegal en el país con el fin de obtener directa o indirectamente beneficio económico u otro de orden material, siempre que ello no constituya infracción más grave, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

Con la misma pena se sancionará a los dueños de los vehículos de transporte aéreo, marítimos o terrestre y a las personas que sean parte de la tripulación o encargadas de la operación y conducción, cuando se estableciera su conocimiento y participación en la infracción.

Si el tráfico de personas recae sobre niñas, niños o adolescentes o personas en situación de vulnerabilidad, se sancionará con pena privativa de libertad de diez a trece años.

Cuando como producto de la infracción se provoque la muerte de la víctima, se sancionará con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años

Si se determina responsabilidad penal de la persona jurídica se la sancionará con la extinción de esta (Asamblea Nacional del Ecuador, 2013a, p. 80).

Entre las diferencias que se pueden encontrar entre los dos debates es, primeramente, la denominación del delito, pues el artículo contenido en el primer informe se refiere al “Tráfico de migrantes e inmigrantes”; mientras que el segundo se refiere al “Tráfico de migrantes”. También una diferencia importante se encuentra en los medios ilegales y las acciones delictivas, pues en el primero se enumera una lista más extensa de medios ilegales y acciones delictivas relacionadas con el tráfico de migrantes, como transporte, promoción, captación, traslado, acogida, facilitación, inducción, financiamiento, colaboración, participación y ayuda. El segundo enumera una lista más reducida de medios ilegales y acciones delictivas, como promoción, captación, acogida, facilitación, inducción, financiamiento, colaboración, participación y ayuda.

Con respecto a las penas privativas de libertad, se puede notar claramente que el primero establece una pena de siete a diez años de privación de libertad para el tráfico de migrantes e inmigrantes en general. En caso de que las víctimas sean niñas, niños, adolescentes o personas en situación de vulnerabilidad, la pena se incrementa de ocho a once años. Si la víctima muere como resultado del tráfico, la pena es de veintidós a veinticinco años. En el segundo se establece una pena de siete a diez años de privación de libertad para el tráfico de migrantes en general. Si las víctimas son niñas, niños, adolescentes o personas en situación de vulnerabilidad, la pena se incrementa a diez a trece años. En caso de muerte de la víctima, la pena es de veintidós a veintiséis años. Además, el segundo incluye la responsabilidad penal de una persona jurídica, cuya pena será la extinción.

El texto incorporado en el segundo debate también agrega la conducta de facilitación de permanencia ilegal, sancionando a aquellos que faciliten la permanencia ilegal de personas en el país con el fin de obtener beneficio económico u otro de orden material. Con respecto a la confiscación de bienes, el texto del primer debate menciona que los medios de transporte, instrumentos, productos o réditos utilizados u obtenidos del delito serán comisados y, de ser el caso, se procederá a su destrucción. No se menciona explícitamente la confiscación de bienes en el texto del segundo debate.

Una vez que los debates finalizaron se emitió el Texto Aprobado en el Pleno de la Asamblea, el delito se ubicó en la sección undécima, prescribiendo lo siguiente:

Artículo 213.- Tráfico ilícito de migrantes.- La persona que, con el fin de obtener directa o indirectamente beneficio económico u otro de orden material por cualquier medio, promueva, capte, acoja, facilite, induzca, financie, colabore, participe o ayude a la migración ilícita de personas nacionales o extranjeras, desde el territorio del Estado ecuatoriano hacia otros países o viceversa o, facilite su permanencia irregular en el país, siempre que ello no constituya infracción más grave, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

Con la misma pena se sancionará a los dueños de los vehículos de transporte aéreo, marítimo o terrestre y a las personas que sean parte de la tripulación o encargadas de la operación y conducción, si se establece su conocimiento y participación en la infracción.

Si el tráfico de migrantes recae sobre niñas, niños o adolescentes o personas en situación de vulnerabilidad, se sancionará con pena privativa de libertad de diez a trece años.

Cuando como producto de la infracción se provoque la muerte de la víctima, se sancionará con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.

Si se determina responsabilidad penal de la persona jurídica será sancionada con la extinción de esta (Asamblea Nacional del Ecuador, 2013b, p. 92).

Las diferencias entre el texto incorporado en el segundo debate y el texto aprobado son mínimas. La principal diferencia se encuentra en la denominación del delito, donde el texto aprobado utiliza el término tráfico “ilícito” de migrantes. Además, el Texto aprobado amplía la definición de la facilitación de permanencia irregular en el país. Sin embargo, en términos de penalización y penas privativas de libertad, así como en la responsabilidad penal de la persona jurídica, ambos son prácticamente idénticos. El texto aprobado por la asamblea que contiene al delito de tráfico ilícito de migrantes permanece hasta la actualidad en el COIP sin modificación alguna.

Una característica que diferencia la regulación actual del COIP con la del Código Penal anterior (1971), es el hecho de que este último solamente sancionaba la migración desde el territorio ecuatoriano hacia otros países, es decir, desde adentro hacia afuera. Esto se evidencia porque incorporaba textualmente la frase: “El que, por medios ilegales, promueva, facilite, induzca, financie, colabore, participe o ayude a la migración de personas, nacionales o extranjeras, desde el territorio del Estado Ecuatoriano hacia otros países [...]”.

Esto dejaba fuera las conductas de individuos que, desde otros países, ayudaban a la migración hacia territorio ecuatoriano, desde afuera hacia adentro. Este particular se solucionó en el COIP incluyendo la usual frase “viceversa”, dando a entender textualmente que ahora el delito se puede cometer desde otros países al Ecuador y desde el Ecuador a otros países.

3. La cuestión del bien jurídico

Para la determinación del bien jurídico, es pertinente considerar las palabras de Vega, quien sostiene que: “[...] para determinar el objeto jurídico debemos remitirnos al título al cual pertenece el tipo penal en cuestión” (2016, p. 59). Aunque no siempre se cumple esta regla, comporta un punto de partida importante para el presente análisis.

En el presente caso, el delito de tráfico ilícito de migrantes se encuentra dentro de dos títulos, el título del capítulo y el título de la sección. El primero, se denomina “delitos contra los derechos de libertad”, y el segundo, “delitos contra la migración”. Bajo este contexto, se podría decir que el bien jurídico que se pretende proteger mediante la tipificación del delito de tráfico ilícito de migrantes es el derecho de libertad, y a su vez, el derecho a la libertad de migrar. Sin embargo, no parece lógico que sea el derecho a la libertad y la libertad de migrar, si se sanciona justamente a la persona que ayuda a que de una u otra forma este derecho se realice, aunque de forma ilegal.

Ha habido algunos autores en el ámbito internacional que han analizado la cuestión del bien jurídico, y también han emitido su criterio al respecto:

[...]el bien jurídico tiene distintas miradas, pero la variable de mayor aplicación se concentra en la necesidad de tener una migración controlada, que resguarde los intereses de los Estados en este sentido y también la protección de los derechos individuales de las personas como son la vida, la integridad, la salud y la dignidad humana, por lo que nos encontramos en puridad ante un bien jurídico “pluriofensivo” (Goite y Medina, 2014, p. 149).

Algo que llama la atención es el hecho de que se denomine al delito como pluriofensivo, que proteja la vida, la integridad, la salud y la dignidad humana. Sin embargo, cabe la legítima pregunta: ¿De qué forma se ve lesionada o afectada la vida, la integridad, la salud y la dignidad

humana mediante el tráfico de migrantes? La respuesta es que de ninguna forma, en caso de que la persona haya llegado a su destino. Por ejemplo, si una persona quiso migrar a Estados Unidos desde Ecuador, y a los dos meses logró llegar a su destino, aunque de forma ilegal y siendo asistida por una banda criminal. ¿Se afectó o lesionó su vida, su integridad o salud? De ninguna manera. ¿Se afectó o lesionó su patrimonio? De ninguna manera. Sin embargo, esa conducta se sigue sancionando en el derecho ecuatoriano como delito de tráfico ilícito de migrantes, entre otras cosas, por la amplitud desmesurada de los verbos rectores. Por lo tanto, la solución no va por esa vía.

Por su parte, la doctrina y los jueces ecuatorianos en sus sentencias también han tratado de dar su posición al respecto del bien jurídico en este delito. Calahorrano (2020) menciona que el bien jurídico en este delito, en el contexto ecuatoriano, es la soberanía del Estado y su regulación migratoria. A su vez, algunos jueces en sus sentencias, como es el Caso 19-2012 de 14 de febrero de 2013, han reforzado esta idea al mencionar que estos delitos ponen en peligro la seguridad del Estado, destacando su naturaleza peculiar de cruzar las fronteras de manera irregular e ilegal. Esta línea también se ha seguido en el Caso 17282-2015-05685, el 01283-2016-04319, y el 17283-2019-00295.

Siguiendo con este razonamiento, en la sentencia 07 de julio de 2014, dentro del el Juicio No. 0482-2013, jueces de la Corte Nacional de Justicia han mencionado que el tráfico de personas se configura como una infracción contra la legislación migratoria de un país, implicando la acción de transportar individuos de manera ilegal, a menudo con la colaboración de terceras personas, para introducirlos en un Estado en el cual no son ciudadanos, evadiendo o eludiendo los controles migratorios establecidos.

Esta concepción sobre el bien jurídico que tienen los jueces y la doctrina se debe justamente a que se toma como referencia el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que en su artículo 3 ha definido al tráfico ilícito de migrantes de la siguiente manera:

- a) Por “tráfico ilícito de migrantes” se entenderá la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material;
- b) Por “entrada ilegal” se entenderá el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor.

Esta definición ha llevado a que la regulación migratoria del Estado se ubique en cúspide de la protección penal.

4. Análisis de los elementos constitutivos del tipo penal de tráfico ilícito de migrantes

El delito de tráfico ilícito de migrantes incorpora cuatro conductas punibles de forma general. La primera conducta se encuentra en el primer párrafo del artículo y sanciona a la persona que promueva, capte, acoja, facilite, induzca, financie, colabore, participe o ayude a la migración ilícita de personas nacionales o extranjeras. La segunda conducta sanciona a la persona que facilite la permanencia irregular de los migrantes ilícitos en el país. La tercera conducta sanciona a los dueños de los vehículos de transporte aéreo, marítimo o terrestre y a las personas que sean parte de la tripulación o encargadas de la operación y conducción (para la migración ilegal). Finalmente, la cuarta, en caso de que el delito lo cometa la persona jurídica, será sancionada con la extinción.

A estas cuatro conductas se suman algunos elementos que las caracterizan y las diferencian de las demás. Las conductas requieren un sujeto activo genérico, y mono subjetivo, en el sentido de que para que el delito se cometa debe intervenir, como sujeto activo, al menos una persona, sin menoscabar el hecho de que sean más. El sujeto pasivo no se encuentra específicamente mencionado en la norma, sin embargo, si nos basamos en la definición misma de su naturaleza, podemos notar que se refiere al “destinatario de la protección del bien jurídico” (Bustos y Hormazábal, 1999, p. 50). Si consideramos el contexto del delito como tal, y lo contrastamos con el bien jurídico anteriormente analizado, fácilmente podríamos llegar a la conclusión de que el sujeto pasivo de este delito es el Estado.

Con respecto al objeto del delito, la doctrina ha reconocido que puede tener una naturaleza material y jurídica. El objeto jurídico se equipará al bien jurídico, y el objeto material según Hernández (2017), se refiere a la manifestación concreta de la violación del interés jurídico que el legislador busca proteger con la incorporación de cada tipo penal. En algunos casos el objeto material es coincidente con el sujeto pasivo, en otros, no. Es así como el objeto material puede ser: real, personal o fenomenológico. En el presente delito, el objeto material personal es la persona nacional o extranjera que realiza la migración ilícita.

El delito de tráfico ilícito de migrantes es un tipo penal compuesto, que incorpora varios verbos rectores, al respecto de este particular se ha señalado que:

Hay varios verbos rectores que traerían problemas prácticos al momento de la imputación; por ejemplo, acoger, colaborar, participar, ayudar; de hecho, estos abren desmesuradamente el espectro de las conductas que podrían ser punibles. El tráfico ilícito de migrantes, por lo general, es asumido por una red de servicios, algunos de ellos lícitos y otros ilícitos; con verbos rectores tan abiertos como los señalados, cualquier participación, por más indirecta que sea, podría generar que una persona sea imputable por este delito (Calahorrano, 2020, p. 55).

El tipo penal también incorpora circunstancias específicas que agravan la pena en el delito. La primera, en caso de que el delito recaiga sobre niñas, niños o adolescentes o personas en situación de vulnerabilidad, la pena será de diez a trece años. La segunda, cuando como producto de la infracción se provoque la muerte de la víctima, la pena será de veintidós a veintiséis años.

4.1. El problema: la estructura típica

Para entender la estructura típica del delito, se debe entender primeramente el bien jurídico y su naturaleza. Así, al bien jurídico se le asignan funciones distintas, una función político criminal, una función dogmática, y una función teleológica. Aquí nos interesa la función teleológica, que según Lascaraín (2007) aporta una función interpretativa en el sentido de que nos ayuda a responder a la pregunta de qué debe hacer el sujeto activo frente al bien jurídico para que el derecho penal intervenga de forma legítima. Aquí toman parte los delitos de lesión y de peligro.

Cabe proponer un ejemplo: dentro del capítulo segundo de los delitos contra los derechos de libertad, sección tercera en los delitos contra la libertad personal se encuentra el secuestro (artículo 161). Para que el sujeto activo cometa el delito de secuestro debe privar de la libertad a otra persona contra su voluntad. En este caso el sujeto activo lesiona la bien jurídica libertad personal, al privar de la libertad en contra de la voluntad de la otra persona (delito de lesión).

El ejercicio teórico realizado parece sencillo cuando se trata de delitos de lesión frente a bienes jurídicos individuales como el derecho a la libertad personal. El problema radica en la existencia de delitos con bienes jurídicos indeterminados orientados esencialmente a tutelar meras funciones o finalidades, así lo ha resaltado Moccia (1997).

En el presente caso nos encontramos ante un bien jurídico indeterminado, pues el título del capítulo nos permite inferir que estamos frente a un bien jurídico individual (derechos de libertad), el título de la sección nos informa que estamos frente a otro bien jurídico individual (derecho a la migración). Empero, de la misma lectura del tipo penal no se puede encontrar un fundamento claro que permita justificar la existencia de esos bienes jurídicos. Por otra parte, algunos jueces y la doctrina han mencionado que se trata de la soberanía del Estado y su regulación migratoria, que se constituye en un bien jurídico colectivo supraindividual, que tutela funciones y finalidades estatales, que se materializan en el hecho de controlar que las personas no migren ilegalmente. Cerezo (2002) ha mencionado que los bienes jurídicos son supraindividuales si no tienen la finalidad de proteger bienes jurídicos individuales. Esto es justo lo que sucede en el presente caso.

En este contexto, no se avizora la posición que debe tener el sujeto activo frente al bien jurídico para que el derecho penal intervenga legítimamente en el delito de tráfico ilícito de migrantes. No nos permite saber si el sujeto activo debe lesionar el bien jurídico, o debe ponerlo en peligro. Esto también afecta al principio de lesividad que guarda una especial relación con la antijuridicidad material. Este principio se encuentra recogido textualmente en el COIP: “Art. 29.- Antijuridicidad. - Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código”.

Así las cosas, cabe preguntarse ¿Cómo se lesiona o se amenaza la soberanía del Estado y su regulación migratoria con el acto del sujeto activo? De entrada, se puede resaltar que es sumamente complejo que la soberanía del Estado y su regulación migratoria se vea lesionado o puesto en peligro comprobable con un solo acto de asistencia a la migración ilegal por parte del sujeto activo del delito, ¿Tal vez con efecto de acumulación? Es decir, la suma de todos los actos cometidos por todos los sujetos activos que asisten a la migración ilegal en el Ecuador.

Sin embargo, nada de esto guarda sentido si volvemos a analizar el derecho a la migración (artículo 40 de la Constitución). La Constitución reconoce el derecho a migrar y no distingue si es legal o ilegal, es más, reconoce textualmente que se evitará identificar o considerar a cualquier ser humano como “ilegal” debido a su condición migratoria. Entonces, si lo que está haciendo el sujeto activo del delito es ayudar de una u otra forma, a ejercer el derecho a migrar a la persona nacional o extranjera ¿Está justificada la conducta punible? La respuesta es obviamente no. En este sentido, también se ha mencionado que:

[...]el delito de tráfico ilícito de migrantes resulta inconstitucional. En primer lugar, por cuanto quebranta el núcleo duro de este derecho, es decir, dentro de la esfera de lo indecible, vacía la voluntad de la persona, cuando decide salir, entrar y residir en otro país de forma irregular. En segundo lugar, por cuanto no existe un bien jurídico de carne y hueso que se lesione, lo cual ha provocado que las decisiones político-criminales vacíen el contenido del derecho a migrar (Faican, 2016, p. 91).

5. Toma de posición: el peligro abstracto como respuesta legitimadora de la intervención penal en el Estado constitucional de derechos

A simple vista nos encontramos con un delito que no tiene justificación penal ni constitucional para transitar dentro del COIP. Así las cosas, se podría pensar que una salida idónea sería la depuración de este delito y optar más bien por una sanción administrativa al sujeto activo que ayude al tráfico ilícito de migrantes como una política securitaria del Estado. En caso de que efectiva mente dentro de este proceso de migración ilegal se produzca una situación de trata de personas, se sancionará penalmente al sujeto activo por este delito contenido en los

artículos 91-94 del COIP; o en caso de que se produzcan lesiones, muertes o secuestros, o cualquier otro tipo de delito relacionado, que se sancione por ese delito.

Sin embargo, esta respuesta no es del todo factible, si consideramos el contexto en que se encuentra la persona —en un ámbito de ilegalidad—, en el que es más fácil que sus derechos se vean vulnerados. Entonces, cabe legítimamente la pregunta ¿Realmente el derecho penal debería esperar a que se vulneren derechos para recién actuar en ámbitos como estos?

Para tomar una posición al respecto, se debe tener en cuenta primeramente la orientación actual del Estado ecuatoriano. De acuerdo con nuestra Constitución, nos encontramos en un Estado constitucional de derechos (artículo 1), lo que según González (2013), implica que el Estado y su sistema jurídico están subordinados a los derechos de las personas, y no viceversa. De ahí que el pretender fundamentar el delito de tráfico ilícito de migrantes en la sola soberanía del Estado y su regulación migratoria no encuentra plena legitimación.

En este sentido, el tráfico ilegal de migrantes, de forma general, no lesiona ningún derecho individual (delitos de lesión), ni lo pone en peligro concreto (delitos de peligro concreto). Pero migrar ilegalmente si supone la realización de acciones generalmente peligrosas por parte del sujeto activo que, a futuro, pueden lesionar o poner en peligro bienes jurídicos de la persona que migra, tales como la salud, la integridad, la vida y la libertad. La migración ilegal se constituye como tal porque se la realiza mediante mecanismos ilegales, que no están sujetos a control estatal, en cuyo ámbito existe más probabilidad de que se vulneren derechos de las personas. Son mecanismos ilegales justamente porque no cumplen con lo requerido en el artículo 123 de la Ley Orgánica de Movilidad Humana (LOMH), que es que todas las personas que ingresen o salgan del territorio nacional, deban hacerlo por puntos de control migratorio oficiales.

Debido a que el ingreso o salida no están sometidos a supervisión estatal en los puntos de control migratorio oficiales, se permite que el sujeto activo actúe al margen del derecho, o forme parte de una organización criminal internacional para cruzar las fronteras. Esto puede derivar en delitos que atenten contra la salud, la libertad, la integridad, y la vida de la persona que migra. Incluso, el tráfico ilegal puede derivar en trata de personas, que es un delito sumamente grave contra la dignidad de la persona.

Es por eso, que se sostiene que el delito de tráfico ilícito de migrantes encuentra su fundamento esencial en el peligro abstracto, en el que:

Se castigan ciertas conductas porque generalmente llevan consigo el peligro de un bien jurídico. El peligro no es aquí un elemento del tipo y el delito queda consumado, aunque en el caso concreto no se haya producido un peligro del bien jurídico protegido (Cerezo, 2002, p. 47).

Aquí se trata de preservar —a futuro— bienes jurídicos individuales de la persona que migra, tales como la salud, la libertad, la integridad, y la vida. Por esto, se afirma que ante el tráfico ilegal de migrantes el derecho a la migración de las personas no se ve menoscabado.

6. Conclusión

El delito de tráfico ilícito de migrantes ha evolucionado en la legislación ecuatoriana a lo largo de los años. Desde su incorporación en el Código Penal en el año 2000 hasta su inclusión en el CIOP, se ha modificado en la redacción y las penas asociadas al delito. La estructura gramatical del delito identifica cuatro conductas punibles, que incluyen varios verbos rectores y sujetos activos genéricos. El primer problema que se evidencia es que los verbos rectores incluyen acciones demasiado generales, que terminan ampliando desmesuradamente la imputación de este delito, para lo cual, se propone la revisión y supresión de algunos de aquellos.

El presente análisis también manifiesta la complejidad en la determinación del bien jurídico protegido en el delito de tráfico ilícito de migrantes. Aunque inicialmente se podría inferir que se trata de bienes jurídicos individuales, como los derechos de libertad y el derecho a la migración, la falta de un fundamento claro en el tipo penal dificulta su justificación. Ante este panorama, tanto la jurisprudencia como la doctrina han señalado que el bien jurídico protegido en este delito es la soberanía del Estado y su regulación migratoria, considerado como un bien jurídico colectivo supraindividual que busca salvaguardar las funciones y finalidades estatales relacionadas con el control de la migración ilegal. Esta interpretación del bien jurídico por parte de los jueces y la comunidad académica se deriva directamente de la referencia al Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Esta fundamentación ha tenido variaciones a lo largo del tiempo, llegando incluso a mencionarse que es un delito pluriofensivo, que además afecta la vida, el patrimonio, la integridad, la salud y la dignidad humana. Sin embargo, se ha puesto en evidencia que el delito se sigue sancionando en el derecho ecuatoriano, aunque ninguno de estos derechos de la persona se haya lesionado o puesto en peligro concreto.

En este sentido, se ha argumentado que el tráfico ilegal de migrantes no lesiona directamente derechos individuales ni los pone en peligro concreto, pero sí implica la realización de acciones generalmente peligrosas que pueden afectar a los derechos de las personas que migran, como la salud, la integridad, la vida y la libertad. Al realizarse mediante mecanismos ilegales y al margen del control estatal, existe una mayor probabilidad de que se vulneren los derechos de las personas, lo que puede derivar en delitos graves como la trata de personas.

En este contexto, el delito de tráfico ilícito de migrantes encuentra su fundamento en el peligro abstracto. Mediante este tipo de peligro algunas conductas son sancionadas debido a que, generalmente, suelen implicar el riesgo de afectar un bien jurídico, incluso si en circunstancias particulares no se ha materializado dicho riesgo en una lesión o peligro concreto. El objetivo es preservar a futuro los bienes jurídicos individuales de las personas que migran, como la salud, la libertad, la integridad y la vida. Ante todo, esto, una limitación del estudio ha sido la de reconocer que los delitos de peligro abstracto, como tal, necesitan ser legitimados para que sean compatibles con el artículo 29 del COIP, el principio de lesividad. Esto solo será posible si se reconoce que el peligro abstracto es necesario para la protección de derechos en ciertos ámbitos de la modernidad dentro del Estado constitucional de derechos ecuatoriano.

Referencias bibliográficas

- Asamblea Nacional del Ecuador. *Código Penal*. Suplemento del Registro Oficial No. 147, de 22 de enero 1971.
- Asamblea Nacional del Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial del Ecuador N. 449, de 20 de octubre de 2008.
- Asamblea Nacional del Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial del Ecuador N. 180 de 14 de febrero de 2014.
- Asamblea Nacional del Ecuador. *Ley Orgánica de Movilidad Humana*. Registro Oficial del Ecuador N. 938 de 06 de febrero de 2017.

- Bustos Ramírez, J. y Hormazábal Malarée, H. (1999). *Lecciones de Derecho penal, volumen II*. Madrid: editorial Trotta.
- Calahorrano, E. (2020). El delito de tráfico ilícito de migrantes desde el principio de proporcionalidad: un análisis comparado de los casos chileno, español y ecuatoriano. *Revista Republicana*, 29 (29), 47–68. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.21017/Rev.Repub.2020.v29.a86>
- Cerezo Mir, J. (2002). Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo. *Revista de Derecho Penal Y Criminología*, (10), 47–72. Disponible en: <https://bit.ly/3GZwgO6>
- Faicán, D. F. (2016). El derecho a migrar frontera del tráfico ilegal de migrantes (Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador).
- Goite, M., y Medina, A. (2014). El bien jurídico protegido en los delitos de tráfico y trata de personas y otras figuras afines. Una visión desde Cuba en el Siglo XXI. *Revista Mundi Migratorios*.
- González, F. (2013). El alcance del Estado constitucional de derechos y justicia del artículo 1 de la Constitución del 2008. *Revista Iuris*, (14). Disponible en: <https://publicaciones.ucuena.edu.ec/ojs/index.php/iuris/article/view/74>
- Hernández, H. (2017). Aspectos polémicos sobre el objeto material del delito de lavado de activos (delitos fuente). *Justicia*, 22 (32), 118–138. Disponible en: <https://doi.org/10.17081/just.23.32.2908>
- Lascuraín, J. (2007). Bien jurídico y objeto protegible. *Anuario de derecho penal y ciencias penales* (60), 119–163. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2863873>
- Moccia, S. (1997). De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujo iliberales. En J. Silva Sánchez (ed.). *Política criminal y nuevo Derecho penal* (pp. 113–142). Barcelona: JMB.
- Naciones Unidas. (2004). *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*. Nueva York. Disponible en: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOC-Book-s.pdf>
- Presidencia de la República del Ecuador. (2011). *Proyecto de ley del Código Orgánico Integral Penal*. 14 de octubre, Quito. Disponible en: <https://bit.ly/3yyT9Vj>.
- Vega Arrieta, H. (2016). El análisis gramatical del tipo penal. *Justicia*, (29), 53–71. Disponible en: <https://doi.org/10.17081/just.21.29.1233>

Observaciones, opiniones, recomendaciones e informes

- Asamblea Nacional del Ecuador. (2012). *Informe para primer debate del “Proyecto de Código Orgánico Integral Penal”*. 13 de junio, Quito. Disponible en: <https://bit.ly/3yvH6be>.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2013a). *Informe para segundo debate del “Proyecto de Código Orgánico Integral Penal”*. 04 de octubre, Quito. Disponible en: <https://bit.ly/3COrjqA>.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2013b). *Texto aprobado por el Pleno de la Asamblea*. Quito. Disponible en: <https://bit.ly/3etO1Lj>.

Sentencias

- Corte Nacional de Justicia de Ecuador (2013). Proceso nro. 19-2012 de 14 de febrero de 2013.

- Corte Nacional de Justicia de Ecuador (2014). Proceso nro. 0482-2013 de 07 de julio de 2014.
- Tribunal de Garantías Penales con sede en la parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano De Quito (2015). Sentencia de primera instancia. Proceso nro. 17282-2015-05685.
- Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Cuenca (2016). Sentencia de primera instancia. Proceso nro. 01283-2016-04319.
- Unidad Judicial Penal con sede en la parroquia Quitumbe del Distrito Metropolitano de Quito (2019). Sentencia de primera instancia. Proceso nro. 17283-2019-00295.

RÉGIMEN TRIBUTARIO ESPECIAL PARA PERSONAS EN SITUACIÓN DE MOVILIDAD HUMANA

Special Tax Regime for People in a Situation of Human Mobility

PAMELA STEFANNY SILVA CALVOPIÑA¹
Investigadora independiente, Quito, Ecuador

Resumen

El presente artículo analiza el contexto migratorio de las personas en situación de movilidad humana en el Ecuador que, debido a su estatus migratorio irregular no cuentan con una fuente de ingreso formal en el país. Se identifica el estado actual del movimiento migratorio en el Ecuador relacionado a la nacionalidad venezolana y plantea un régimen tributario especial destinado a las personas en situación de movilidad humana. Considerando que estas personas no cuentan con los requisitos formales establecidos en la ley para la inscripción en el registro único de contribuyentes, se plantea una modificación a dichos requisitos.

Palabras clave

Movilidad humana, Condición irregular, Igualdad, Régimen tributario, RUC.

Abstract

This article analyses the migratory context of people in a situation of human mobility in Ecuador who do not have a formal source of income in the country due to their irregular migratory status. It identifies the current state of the mobile movement in Ecuador related to Venezuelan nationality and proposes a special tax regime for people in a situation of human mobility. Considering that these people need to meet the formal requirements established by law for registration in the single taxpayers' register, a modification to these requirements is proposed.

Keywords

Human Mobility, Irregular Status, Equality, Tax Regime, Tax Identification Number.

1. Introducción

El Estado ecuatoriano, a través de la Asamblea Constituyente, introdujo como parte del preámbulo constitucional la construcción de “[u]n país democrático, comprometido con la integración latinoamericana —sueño de Bolívar y Alfaro—, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra; [...]” (Constitución de la República del Ecuador [CRE], 2008, Ecuador). De este modo, la CRE ordena que, el ejercicio de los derechos se rige por varios principios,

¹ Abogada en el Servicio de Rentas Internas. Obtuvo su título profesional de abogada en la Universidad de las Américas en Quito, Ecuador, cursó su máster profesional con mención en Administración Tributaria en el Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN). Correo electrónico: abg.pamela.silva@outlook.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-0334-1000>.



entre ellos el de igualdad y no discriminación² y, corresponde al Estado garantizar que todas “las personas ejerzan todos sus derechos de manera equitativa y sin ser discriminados” (Polo, 2018, p. 231). En el caso de personas en situación de movilidad, el Estado debe garantizar y proteger el ejercicio de dichos derechos, mediante acciones afirmativas, pues “frente a situaciones específicas en las que no todas las personas partícipes estén en igualdad real, el Estado debe tomar ciertas «medidas de carácter temporal que, ante la existencia de desigualdades históricas, buscan acelerar el ejercicio de igualdad efectiva” (Salgado, 2006, como se citó en Polo Pazmiño, 2018). En este sentido, el presente artículo abordará el contexto de la población en movilidad humana cuyo estatus migratorio es irregular, sus necesidades; y, se planteará como acción afirmativa, un régimen temporal tributario para que el Estado ecuatoriano pueda satisfacer el ejercicio de los principios constitucionales de la población en situación de movilidad humana.

2. Contexto de las personas en movilidad humana en Ecuador

La movilidad humana “se escinde en distintos nombres que dan cuenta en mayor o menor medida de una misma situación: la de desplazarse, moverse e intercambiar sitios de origen por sitios de destino” (González y Ruiz, 2023, p. 9). Existen disímiles razones por las que una persona resuelve migrar. Por lo general, reside en mejorar sus condiciones de vida, buscar nuevas oportunidades profesionales, percibir o incrementar un ingreso o acceder a servicios básicos, como la salud y la educación. Para González y Ruiz (2023), quienes analizan la movilidad humana a través de la teoría social moderna de Max y Weber, señalan que este movimiento “es el resultado de circunstancias mucho más apremiantes las cuales empujan rotundamente la voluntad y la fuerza individual” (p. 19)., de tal manera que, la “experiencia como la voluntad son completamente intrascendentes” (González y Ruiz, 2023). Otros autores señalan que la sociedad que migra “lo toma como salida ante el problema social dentro de su país” (García y Albert, 2022, p. 205).

Es innegable que, todo ser humano explora mejorar sus condiciones de vida y conlleva, en determinados escenarios, tomar decisiones de desplazamiento hacia otra cultura. De modo que, las entradas y salidas de un país a otro son cada vez más frecuentes, por lo que la inmigración, ya sea esta temporal o permanente, compone un hecho inminente que requiere un tratamiento especial y diferenciado para que aquellas personas en situación de movilidad gocen plenamente sus derechos y puedan mejorar de manera efectiva sus condiciones de vida. Por tanto, corresponde a cada país, determinar y ejecutar las medidas legales necesarias para no mermar los derechos de aquellas personas que buscan un mejor futuro.

En Ecuador, a través de reformas normativas en distintos cuerpos legales³, introdujo el derecho a migrar y con ello un nuevo esquema de políticas migratorias. Este derecho, conforme a la premisa constitucional, procura ofrecer una sombrilla de protección en igualdad de condiciones y no discriminación a toda persona independientemente

² CRE, artículo 11, numeral 2.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

³ Principalmente, la introducción de la nueva Constitución Política del Ecuador que, de acuerdo con las disposiciones contenidas en los artículos 11.2 y 40 brinda la misma protección de derechos a la sociedad sin distinción de la condición migratoria. De igual forma, la Ley Orgánica de Movilidad Humana publicada en el año 2017, que desarrolla los preceptos constitucionales sobre los derechos de las personas en movilidad humana.

de su condición migratoria. En este sentido, a raíz de la promulgación de la Constitución en el año 2008, Ecuador ha incorporado políticas de movilidad humana⁴. De este modo, la Agenda Nacional para la Igualdad de Movilidad Humana (ANIMHU) para el período 2021-2025, requiere que las personas “no renuncien o se desprendan de sus derechos al cruzar una frontera y que ninguna acción del Estado sea discriminatoria” (Consejo Nacional para la Igualdad de Movilidad Humana, 2023, p. 37).

Ahora bien, Ecuador es reconocido como “un país de emigración, inmigración, tránsito y refugio” (Herrera, 2022, p. 5). En este esquema, de acuerdo con Consejo Nacional para la Igualdad de Movilidad Humana, a través del Consejo Nacional de Planificación (CNP) se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo (PND)⁵ denominado “Plan de Creación de Oportunidades” para el período 2021-2025. El primer objetivo de este plan en el eje económico conlleva “[i]ncrementar y fomentar de manera inclusiva, las oportunidades de empleo y las condiciones laborales” (CNIMH, 2023, p. 42), por otro lado, el objetivo en el eje institucional promueve “la integración regional, la inserción estratégica del país en el mundo y garantizar los derechos de las personas en situación de movilidad humana” (CNIMH, 2023).

En este contexto, según la información proporcionada en la Agenda Nacional para la Igualdad de Movilidad Humana 2021-2025 (CNIMH, 2023) la nacionalidad que prevaleció en las entradas de personas extranjeras en el año 2018 fue la venezolana con el 39,4%; sin embargo, a partir del año 2020, se posicionó en el séptimo lugar con el 2,6% de entradas, manteniendo la misma posición para el año 2021 con 1,8% de entradas. De acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC, 2023) en el año 2022, las entradas internacionales a Ecuador aumentaron a 2.457.544 personas, en el rango de 50 a 64 años. Respecto a la nacionalidad venezolana, esta descendió a 1,6% de entradas. (p. 20-22).

De acuerdo con la información proporcionada en el análisis de necesidad para refugiados y migrantes (Refugee and Migrant Needs Analysis (RMNA) de la Plataforma de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela (R4V) la población venezolana registrada por la R4V en febrero de 2020 fue de 508,935, posicionando a Ecuador como el tercer país a nivel de Latinoamérica en recibir personas venezolanas (RV4, 2023). En enero 2022, mantuvo su posición con 502,214; sin embargo, en agosto de 2023, Ecuador retrocedió un nivel, posicionándose en el cuarto lugar con 474,945, mientras que actualmente, Brasil ocupa el tercer lugar con 477,493, es decir 2548 personas más que Ecuador. Estas cifras, según R4V (2023) conlleva el saldo total acumulado de ingresos y salidas de refugiados y migrantes venezolanos, así como un porcentaje estimado de personas que habrían ingresado por pasos informales. De igual forma, existe una estimación de las personas en tránsito y en destino que, a diciembre de 2023, sumará 886,800 personas.

De esta manera, si bien en el año 2018, se registró una gran entrada internacional de personas venezolanas, los datos proporcionados para el año 2022 demuestran que ha existido un descenso en el número de dichos ingresos y existen múltiples razones por las cuales Ecuador, a pesar de promover una política migratoria amable con las personas en situación de movilidad humana, se posiciona en cuarto lugar como país de ingreso en Latinoamérica.

Por ejemplo, el efecto de la pandemia por Covid-19 marcó el proceso migratorio en el país. Debido a la pandemia mundial, los procesos migratorios fueron abruptamente

⁴ La primera política de movilidad humana consta en la Agenda Nacional para la Igualdad de la Movilidad Humana elaborado por el Consejo Nacional para la Igualdad de Movilidad Humana en el año 2017. Buscó orientar el desarrollo de políticas públicas para contribuir en los procesos de movilidad humana tanto para ecuatorianos como para extranjeros en función del flujo migratorio.

⁵ El 20 de septiembre de 2021, el CNP aprobó el PND mediante la resolución N.º 002-2021- CNP y fue publicado en el Registro Oficial Cuarto suplemento N.º 544 de 23 de septiembre de 2021.

interrumpidos por las restricciones y los cierres de frontera, generando un retorno inesperado. En este contexto Herrera (2022) manifiesta que es un fenómeno generado por “la desesperanza frente a la imposibilidad de encontrar los medios para subsistir, la ausencia de políticas de protección de los Estados hacia los migrantes y los crecientes procesos de discriminación a los que se ven sometido” (p. 114). En Ecuador, hasta el 28 de febrero de 2023, se registró un total de 174.264 personas en situación de movilidad de las cuales, 103.453 recibieron su certificado de permanencia migratoria. Ahora bien, según el reporte del Grupo de Trabajo para Refugiados y Migrantes, son 502,214 migrantes y personas refugiadas en Ecuador.

3. Necesidades de las personas en situación de movilidad humana

Según la Evaluación Conjunta de Necesidades 2023, una familia o individuo anhela emerger de su país de origen, en este caso Venezuela, por distintos motivos que pueden corresponder a un factor económico o la necesidad de contar con determinadas medidas de protección (Grupo de Trabajo para Refugiados y Migrantes (GTRM), 2023, p. 17). Estos elementos se repiten cuando un grupo familiar o persona resuelve migrar nuevamente de un país a otro.

En Ecuador, según el análisis de la encuesta realizada por la ACNUR en el monitoreo de protección sobre las personas refugiadas y otras en movilidad humana en Quito, en el año 2022, la gran mayoría de personas consideran no retornar a su país de origen, porque se enfrentarían a “riesgos contra su integridad física y psicológica” (ACNUR, 2022). Respecto a la identificación de riesgos, este se fundó en atención a la nacionalidad de las personas, diferenciando principalmente entre venezolanos y colombianos, en el caso de las mujeres el riesgo se fundó en la índole sexual. (p. 18). De igual forma, este reporte manifiesta que otras razones obedecen a “amenazas y riesgos de la violencia generalizada y desmedida por parte de organizaciones delictivas que mantienen el control territorial a nivel nacional” (ACNUR, 2022, p. 12). Por lo que, la realidad de las personas en movilidad humana evidencia que el retorno a su país de origen no será inmediato, al contrario, supone una estadía prolongada, por lo que el Estado ecuatoriano debe identificar las necesidades básicas de las personas en situación de movilidad para procurar garantizar sus derechos. De tal forma, la base de datos proporcionada por el GTRM proyecta que las necesidades básicas de una familia migrante comprenden la alimentación, alojamiento, empleo y servicios médicos (GTRM, 2023, p. 20).

Por otro lado, a nivel nacional, las necesidades básicas identificadas en las familias extranjeras encuestadas son “alimentación, vivienda, vestido, entre otros (73%). Luego viene el acceso al trabajo y servicios con un 18%, y el acceso a documentación regular con un 8%” (ACNUR, 2022, p. 20). Es evidente que, para cubrir cualquier necesidad básica, es primordial contar con recursos económicos, para ello, el estatus migratorio es uno de los elementos que define el tipo de ingreso a percibir de un individuo, ya sea este en el sector formal o informal; a través de una relación laboral, prestación de servicios o trabajo independiente. En este sentido, La Ronda 16 de la Encuesta de Monitoreo de Flujo de Población Venezolana (EMFPV, 2023), señala que del total de encuestas efectuadas correspondiente a 2895 personas venezolanas en Ecuador cuya situación migratoria es irregular, el 51,74% mantiene una ocupación independiente.

En cuanto al mercado laboral para personas migrantes venezolanas “menos del 15% de la población migrante venezolana tiene un estado migratorio que le permita trabajar en el sector formal; por tanto, se estima que el 57% de los venezolanos en Ecuador labora en el sector informal” (Organización Internacional del Trabajo (OIT), 2021, p. 9). De igual forma, en un estudio de la OIT (2021) que reúne las recomendaciones e información desde el punto de vista de los empleadores al momento de contratar personal de nacionalidad venezolana en

Ecuador, señala que “el mayor obstáculo para los postulantes de nacionalidad venezolana es presentar información en lo que respecta a su estatus migratorio legal que los califique para trabajar (visa, pasaporte), preparación académica (títulos convalidados), referencias personales y experiencia laboral” (OIT, 2021, p. 42).

El Monitoreo de Protección sobre la situación de personas refugiadas y otras en movilidad humana en la ciudad de Guayaquil, ha señalado que existen obstáculos que impiden el acceso a un empleo formal, entre ellos “la dificultad para regularizar su estatus migratorio, reconocimiento de títulos universitarios y de la experiencia profesional adquiridos en sus países de origen” (Agencia de la ONU para los refugiados (ACNUR), 2023, p. 4).

De acuerdo con la información recopilada en dicho documento, en relación con la regularización de la situación migratoria de las personas extranjeras en Ecuador, la ACNUR informó que existen 29.337 registros migratorios dentro del proceso de regularización de acuerdo con la amnistía migratoria promulgada en el Decreto Ejecutivo 436⁶, así solo en dicha ciudad, “el 48% de estos registros corresponden a hombres y un 52% a mujeres según el Ministerio del Interior” (Ministerio del Interior como se citó en ACNUR, 2023, p. 4). Este informe también señala que, en función de los datos públicos del Ministerio de Relaciones Exteriores, se emitieron 11.305 visas en la ciudad de Guayaquil en el período comprendido entre octubre 2022 y enero 2023. Pese al esfuerzo por regularizar el estatus migratorio, la principal preocupación de las personas venezolanas en situación de movilidad es obtener los recursos económicos suficientes “que cubra[n] los costos del proceso de regularización que incluye acceder a certificados, un documento de viaje, y costo de las visas, por lo que muchos de estos trámites se quedan incompletos porque las personas no logran cubrir estos valores” (ACNUR, 2023, p. 4).

A nivel nacional, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana (MREMH) según la estadística de solicitud de visas de regularización VIRTE⁷, existen 122.404 solicitudes de este tipo, de los cuales el 64.007 (52%) pertenecen al sexo masculino y 58.397 (48%) pertenece al sexo femenino. De igual forma, el grupo etario comprendido entre los 18 a 35 años, son los que más solicitudes de visa han presentado con un total de 63.062. Del total de las solicitudes de visa presentadas, se han emitido 84.705 visas VIRTE. Eso quiere decir que, conforme a los datos proyectados en la página interinstitucional del MREMH, existen 37,699 solicitudes de visa cuyo proceso no culmina (MREMH, 2023).

4. Contexto normativo

El Estado ecuatoriano, mediante la CRE, no distingue entre nacionales y extranjeros al ordenar que tienen los mismos derechos y deberes⁸; de igual forma, reconoce tanto en el artículo 11 numeral 2 como en su sección tercera a la movilidad humana como el derecho a migrar por el cual “[n]o se identificará ni se considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria” (CRE, 2008, art. 40). En este sentido, en el año 2017, amparado en las disposiciones de la CRE, así como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, entre otros instrumentos internacionales de protección de derechos, se publicó la

⁶ Proceso de regularización a migrantes extranjeros que carecen de documentación. Esta amnistía migratoria es temporal, con un período de vigencia limitado y comprende 3 fases. La primera, dedicada a personas y familiares venezolanos cuyo acceso fue mediante un ingreso formal. La segunda, amplía la amnistía a demás nacionalidades y la tercera se centra en personas indocumentadas.

⁷ La visa tipo VIRTE fue creada para promover la regularización de las personas en situación de movilidad humana.

⁸ Art. 9.- Las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas, de acuerdo con la Constitución”.

Ley Orgánica de Movilidad Humana⁹ (en adelante, LOMH), cuyo objetivo radica en la regularización del ejercicio de derechos de las personas en movilidad humana, reconociendo que es necesario para el desarrollo de los pueblos, aplicar las acciones tendientes a mejorar las condiciones económicas realizadas por personas en movilidad humana (LMH, 2017).

En ese orden de ideas, la LOMH, en su artículo 2, incorpora como principios al concepto de ciudadanía universal y libre movilidad humana. El primero, radica en 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” (LOMH, 2017, art. 2). Respecto al segundo, se refiere al reconocimiento tanto jurídico como político respecto al “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” (LOMH, 2017).

Por otro lado, la legislación definió a una persona en movilidad humana como aquella que se moviliza de un Estado a otro con el ánimo de residir o establecerse de manera temporal o definitiva en él” (LOMH, 2017). Ahora bien, para acceder al empleo regular o realizar actividades independientes, el Estado ecuatoriano cuenta con distintos tipos de visado. En el caso de la visa de residencia temporal y temporal de excepción, que otorga una regularización por un tiempo determinado con opción de renovación¹⁰, la norma prevé requisitos de ley que no pueden ser omitidos¹¹. Como resultado de las personas en situación de movilidad humana, y la crisis migratoria, en el año 2022 se inició proceso de regularización a las personas cuyo ingreso fue irregular a través de una visa temporal de excepción. La finalidad de este proceso es la obtención de la visa VIRTE, la cual puede ser renovada cada dos años. Mientras el proceso de visa toma tiempo en su regularización, las personas en situación de movilidad humana no cuentan con las mismas oportunidades para buscar una fuente de ingreso o generar una, pues su condición migratoria irregular, por contrario, abona a generación de actividades ilícitas.

5. Propuesta tributaria a favor de las personas en movilidad humana irregular

En Latinoamérica, los sistemas tributarios incorporaron en su legislación “régimen especiales de tributación para los contribuyentes de menor significancia fiscal, lo que se ha constituido en una característica saliente de su esquema tributario latinoamericano (González, D., 2007, p.51). Estos regímenes se caracterizan por que se direccionan a contribuyentes de menor carga fiscal donde “son bajos los estándares de la contabilidad y es muy alto el nivel de la informalidad (González, D., 2007, p. 51). En Ecuador, los regímenes especiales también forman parte del sistema tributario. La Constitución, dispone que el régimen tributario se regirá mediante principios tributarios constitucionales¹², entre ellos el principio de generalidad,

⁹ El Estado consideró al momento de expedir la LMH que es “fundamental contar con legislación que desarrolle de forma integral los preceptos constitucionales sobre los derechos y obligaciones respecto al reconocimiento, atención y protección a las personas en movilidad humana”. Así también señaló que “se reconoce como aporte fundamental para el desarrollo de los pueblos las acciones tendientes a mejorar las condiciones políticas, económicas, sociales y culturales que realizan las personas en movilidad humana, en las sociedades de origen y destino”.

¹⁰ Véase los numerales 1 y 2 del artículo 66 de la LOMH.

¹¹ El artículo 64 de la LOMH determina los requisitos esenciales para obtener una residencia temporal o permanente en Ecuador. Respecto a los requisitos de la visa temporal de excepción, el tercer inciso del artículo 81 del Reglamento a la LOMH dispone que para el proceso de regulación extraordinaria será la autoridad de Movilidad Humana la que determine los requisitos aplicables.

¹² CRE, artículo 300. “El régimen tributario se regirá por los principios de generalidad, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, equidad, transparencia y suficiencia recaudatoria. Se priorizarán los impuestos directos e indirectos”.

simplicidad administrativa, equidad y suficiencia recaudatoria (CRE, 2008, art. 300). Ahora bien, los ecuatorianos y las personas en situación de movilidad poseen los mismos derechos y obligaciones, por tanto, no pueden ser sujetos a discriminación por su condición migratoria (CRE, 2008, art. 11.2). De modo que, el Estado debe garantizar a las personas en situación de movilidad humana, por lo menos, el acceso a los principales derechos sociales, como el acceso gratuito a la justicia, a los sistemas de salud y la educación. Para ello, es necesario que el Estado cuente con recursos económicos que puedan satisfacer dichos derechos y, por otro lado, el sujeto en movilidad humana debe tener las condiciones necesarias para ser capaz de percibir ingresos o generarlos.

Debido a la burocracia estatal para brindar una pronta respuesta a las solicitudes de regularización, las personas en movilidad humana se ven obligadas a buscar ingresos en condiciones inestables de trabajo “ya sea en relación de dependencia o no, experimentando condiciones laborales precarias, sin [firma] de contratos ni pago de horas extra, entre otras. Los ingresos son más bajos y las condiciones de informalidad son más pronunciadas” (Célleri, 2020, p. 20). Frente a esta condición, es necesario fomentar condiciones armónicas a la situación de dichas personas, para que puedan desarrollar una actividad económica regulada, cuestión que les permitirá a su vez satisfacer otros derechos.

En este sentido, se puede crear un régimen tributario especial enfocado en personas en movilidad humana, cuya situación migratoria no les permite generar o buscar una fuente de ingreso formal. Mediante un régimen tributario especial cuyos requisitos sean diferenciados para que estos sean cumplidos por personas en dichas condiciones, aplicando una tarifa especial y una finalidad vinculada a mejorar sus necesidades y precautelar sus derechos constitucionales, puede ser una solución plausible, frente a las circunstancias adversas que estas personas atraviesan diariamente.

A diferencia de la finalidad de los regímenes tributarios ecuatorianos, que buscan gravar la manifestación de la riqueza como la renta y cuya recaudación se dirige al gasto público, esta propuesta tributaria tiene una finalidad parafiscal, a efectos de satisfacer las necesidades básicas de las personas en situación de movilidad. En la doctrina, la esencia de los tributos parafiscales es diverso, Carrillo manifiesta que son “aquellas contribuciones o exacciones que constituyen tributos no fiscales; en consecuencia[,] no provienen del proceso común de creación de los demás gravámenes” (Carrillo, 2012, p. 19); otra definición de este tributo lo relaciona con tasas obligatorias “a favor de organismos públicos o agrupaciones de interés general, cuya dirección corresponde a sus usuarios o afiliados y que los recursos obtenidos no integran el presupuesto general sino que están afectados al financiamiento de los gastos de dichos organismos” (Lucría Mehl, De Gaza, 1994 como se citó en Carrión, J., 2012, p.20), de igual forma, respecto al destino de su recaudo el autor manifiesta que es necesario “[...] será inverti[r] en los fines fijados en la propia ley en beneficio de quienes desarrollan una actividad o comparten un interés común, y que son los llamados a sufragar el tributo” (Carrillo, J., 2012, p. 38).

Por una parte, bajo un régimen especial de tributación, el Estado puede percibir recursos con la finalidad de financiar las necesidades y gastos para cubrir la atención de servicios vinculados a los derechos sociales, esto en función de un análisis de la capacidad contributiva del sujeto obligado. Adicionalmente, una persona en situación de movilidad humana puede beneficiarse de este régimen ya que podría estar habilitado a realizar actividades económicas formales, mediante la emisión de notas de venta, evitando caer en condiciones precarias laborales y situaciones de riesgos vinculadas a estas. Adicionalmente, esto podría fomentar el emprendimiento y la generación de recursos económicos propios.

Este régimen se propone en base al actual Régimen Simplificado para Emprendedores y Negocios Populares (RIMPE)¹³ el cual reemplazó al Régimen Impositivo Simplificado (RISE), al Régimen para Microempresas (RIMI) y Régimen General. Es importante establecer los parámetros generales del RIMPE, a saber, su esquema puede apoyar la propuesta del Régimen Especial para Personas en Situación de Movilidad Humana (REPSMH).

Grosso modo, el RIMPE es un régimen especial tributario que clasifica al sujeto pasivo en dos categorías: negocios populares (únicamente destinado a personas naturales con ingresos brutos de hasta USD 20.000 y emprendimientos (dirigido a personas naturales y jurídicas con ingresos brutos de hasta USD 300.000), en ambos casos, es necesario contar con el Registro Único de Contribuyentes (RUC), presentar una declaración y realizar un pago. En los negocios populares, se exige un único pago anual de USD 60 dólares por concepto de impuesto a la renta, independientemente de su nivel de ingreso y capacidad contributiva, respecto al impuesto al valor agregado (IVA), no deben cancelar ningún valor. Por otro lado, el cálculo del impuesto a la renta de los emprendimientos se sujeta a una tabla que contiene una fracción básica en atención al nivel de ingreso, en cuanto al IVA, su declaración y pago es de forma semestral.

Ahora bien, para abordar la propuesta del REPSMH, previamente, se requiere adaptar los requisitos respecto a la identidad del sujeto obligado con la finalidad de obtener un RUC¹⁴. Una persona natural o jurídica, independientemente de su nacionalidad, que decida iniciar o mantenga actividades económicas en el país, ya sea de forma ocasional o permanente, debe inscribirse en el RUC. Actualmente, el requisito formal para los extranjeros no residentes es la presentación de los originales del pasaporte y el tipo de visa vigente o la credencial de refugiado (Resolución N.º NAC-DGERCGC17-00000587, 2007, artículo 2). Sin embargo, una persona en situación de movilidad irregular no cuenta con un documento oficial. Por ello, con la finalidad de evitar mayor burocracia a las personas en movilidad humana irregular, se podría requerir únicamente una copia simple de la solicitud de aplicación del tipo de visa correspondiente y esto a su vez puede ser verificado por la Administración Tributaria a través del intercambio de información interinstitucional con el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, con la finalidad de cumplir el principio constitucional tributario de simplicidad administrativa.

Una vez que el sujeto pasivo¹⁵ se encuentre registrado en el sistema de la Administración Tributaria, corresponde ubicarlo en el régimen tributario REPSMH. Este régimen se propone en atención al principio de igualdad que “persigue acabar con situaciones de desigualdad” (Terán, J. L., 2014, p. 119) A diferencia de los regímenes tributarios aplicado a personas regulares y ciudadanos ecuatorianos, y considerando que la CRE no discrimina a una persona por su condición migratoria, el tratamiento a los sujetos pasivos de este régimen se rige en igualdad de condiciones, porque únicamente es aplicable a aquellas personas cuya situación migratoria es irregular. De modo que, el recurso de este tributo parafiscal será calculada en atención a la capacidad contributiva entendida como “la posibilidad económica que tiene un sujeto de pagar tributos” (Cucci, J. B., 2009, p. 223). A diferencia del RIMPE, el valor a pagar se sujetará a la realidad económica del sujeto pasivo con un techo mínimo de 0 y máximo que no supere el 1% del ingreso promedio anual neto de una persona en situación de movilidad. Como ejemplo, de acuerdo con la información proporcionada en el Plan de respuesta para refugiados y migrantes

¹³ Este régimen tributario fue creado mediante la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la pandemia Covid-19, el 29 de noviembre de 2021, publicado en el Registro Oficial N.º 587, Tercer Suplemento, vigente a partir del 1 de enero de 2022.

¹⁴ Los requisitos formales para obtener el RUC constan en la resolución nro. NAC-DGERCGC17-00000587 emitida por el director general del Servicio de Rentas Internas.

¹⁵ Persona en situación de movilidad humana irregular.

de Venezuela, un “hogar venezolano de hasta cuatro miembros tiene un promedio combinado de ingresos de tan solo USD 158,20 [USD 474.60 mensuales por miembro] al mes” (R4V, 2022). En función del valor a pagar sugerido, esto se traduce en USD 4,74 como valor máximo de pago, lo que equivale a 580,194.96 dólares¹⁶ que, en función de la finalidad de los tributos parafiscales, pueden ser aportados para contribuir al gasto público enfocado en satisfacer las necesidades y derechos de las personas en situación de movilidad. Por ejemplo, una de las necesidades básicas vista previamente corresponde a la alimentación y la salud. Evidentemente, no todas las personas en situación de movilidad humana cuentan con la capacidad contributiva para pagar el régimen REPSMH, por ello, también se contempla la posibilidad de no pagar ningún valor porque este régimen, como se ha indicado anteriormente, no es recaudatorio.

Cabe señalar que, el régimen tributario ecuatoriano reconoce situaciones diferenciadas para cada tipo de contribuyente, ejemplos como estos los encontramos en el impuesto único al banano, los antiguos regímenes tributarios RIMPE y RIMI¹⁷ y actual RISE¹⁸ los cuales, en función de la necesidad y categoría de cada contribuyente se apartan del régimen general tributario aplicado a las personas naturales y jurídicas. De este modo, considerando el principio de igualdad, para este régimen, la licitud de ingresos es irrelevante. El principio de igualdad supone “asegurar el mismo tratamiento a quienes están en análogas situaciones, con exclusión de todo distingo arbitrario, injusto u hostil contra determinadas personas o categoría de personas” (Villegas, como se citó en Terán, 2014, p. 119). De este modo, autores que apoyan esta postura manifiestan que, debido al principio de igualdad, la “carga impositiva debe ser distribuida por igual, de esta manera, no se puede limitar la obligación tributaria a unos pocos contribuyentes o a un determinado sector de la población que realiza actividades lícitas” (Acosta, 2019, p. 33). Al respecto, lo que se busca es generar recursos, independientemente de su origen, que puedan ser destinados para la construcción o reactivación de albergues para migrantes; agilizar los trámites de visas; abonar a necesidades básicas como la alimentación y medicinas para brindar una pronta atención prioritaria.

6. Conclusiones

El Estado ecuatoriano promulgó en el año 2008 una Constitución garantista, que introdujo el derecho migratorio en la legislación ecuatoriana en un esquema de no discriminación e igualdad de condiciones. Por medio de este preámbulo, las personas en situación de movilidad humana se benefician de la protección estatal en igualdad de condiciones. Esto ocasionó que el país desarrolle una política de movilidad humana con la finalidad de identificar necesidades y establecer acciones que frenen condiciones precarias de las personas en situación de movilidad.

A pesar de contar con una política de movilidad humana y promover la regularización del estatus migratorio a diferentes individuos, entre ellos, venezolanos, todavía existen personas en situación irregular, lo que impide el acceso a mecanismos de ingreso formal y los distintos mecanismos tributarios para ejercer actividades económicas, fomentando el sector informal y aumentando las condiciones precarias de trabajo.

¹⁶ Este cálculo es el resultado de la multiplicación entre número promedio de solicitudes de visa de regularización VIRTE (122.404) proporcionado por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana y el valor tentativo a pagar por concepto de impuesto a la renta.

¹⁷ En el caso del impuesto único al banano, el sector bananero paga un impuesto único correspondiente al 2% del total de sus ventas brutas a diferencia del impuesto a la renta con una tarifa del 25%; en el caso del antiguo régimen tributario RISE se enfocó en pagos mensuales de impuesto a la renta según la categoría y actividad económica mientras que para el antiguo régimen RIMI, la tarifa de impuesto a la renta fue del 2%.

¹⁸ En el caso del RISE, este aplica únicamente para emprendedores y negocios populares, sin considerar otras actividades económicas como la agropecuaria, transporte y la prestación de servicios profesionales.

Respecto a la modificación de la resolución administrativa emitida por el Servicio de Rentas Internas, es importante considerar justamente que la administración pública no brinda la celeridad necesaria para mitigar los problemas que enfrenta una persona en movilidad al solicitar su regularización. En este sentido, se puede reemplazar el requisito formal por un certificado temporal que habilite la emisión del RUC. La implementación del régimen especial a favor de las personas en situación de movilidad humana supone un tributo paraafiscal, que no tiene por finalidad la recaudación, más bien busca apoyar y mitigar las necesidades de las personas en situación de movilidad humana, que fomentará el ejercicio de derechos sociales, al abonar un recurso mediante el pago único de impuesto a la renta en función de la capacidad contributiva del contribuyente.

Referencias bibliográficas

- Acosta, T. (2019). *Tributación del impuesto a la renta sobre las ganancias provenientes de actos ilícitos: una propuesta de no sujeción*. Tesis de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Chiclayo: Perú.
- Céleri, D. (2020). "Situación laboral y aporte económico de inmigrantes en el centro/sur de Quito-Ecuador". *Análisis y debate*, 16, pp. 1-24.
- Carrión, J. (2012). *Los tributos parafiscales en la Comunidad Andina*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar. *Serie Magister*, (111), 126.
- Cucci, J. B. (2009). Breves reflexiones sobre el desarrollo jurisprudencial del principio de capacidad contributiva. *Ius et Veritas*, (38), 222-227.
- González, S.F. y Ruiz, E.J. (2023). Movilidad humana en la teoría social clásica. *Aposta. Revista de Ciencias Sociales*. 98, 8-20.
- García Saltos, C., & Albert Márquez, J. J. (2022). La movilidad humana en tiempos de pandemia. *Revista Latinoamericana De Derechos Humanos*, 34 (1). <https://doi.org/10.15359/rldh.34-1.8>
- González, D. (2007). "Análisis crítico de los regímenes especiales de la tributación para pequeños contribuyentes en América Latina". *Revista del Instituto. Instituto de Estudios Tributarios, Aduaneros y de los Recursos de la Seguridad Social (AFIP)*, 1, pp. 46-63.
- Herrera, G. (2022). "Migración y política migratoria en el Ecuador en el periodo 2000-2021". *Elementos para entender los retos de la migración. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo América Latina y el Caribe*. Quito: PNUD.
- Polo Pazmiño, E. (2018). "Los principios de aplicación de los derechos en la constitución ecuatoriana: Una mirada desde la doctrina y la jurisprudencia". *Revista de Derecho. Ius Humani*, 7, 223-247.
- R4V (2023). "Plataforma de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela". *Venezuelan Refugees and Migrants in the Region*.
- Terán, J., L. (2014). *Principios Constitucionales y Jurídicos de la Tributación*. Quito: Editorial Jurídica Cevallos.

Convenios, tratados y conferencias

- CNIMH (2023). Consejo Nacional para la Igualdad de Movilidad Humana. *Agenda Nacional para la Igualdad de Movilidad Humana. ANIMHU 2021-2025*. Registro Oficial No. 364, tercer suplemento. <http://www.derechosmovilidadhumana.gob.ec/wp-content/uploads/2023/07/Agenda-Nacional-para-la-Igualdad-de-Movilidad-Humana-2021-2025-codigo-ISBN-07JUL2023.pdf>

- GTRM (2023). Grupo de Trabajo para Refugiados y Migrantes (GTRM) Ecuador. *Evaluación Conjunta de Necesidades 2023*. <https://www.r4v.info/es/document/gtrm-ecuador-evaluacion-conjunta-necesidades-julio-2023>
- INEC (2023). Instituto nacional de estadísticas y censos. *Registro Estadístico de Entradas y Salidas Internacionales 2022*. https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Poblacion_y_Demografia/Migracion/2022/Principales_Resultados_ESI2022.pdf
- OIT (2021). Oficina de la OIT para los Países Andinos. *Barreras tácitas y explícitas al empleo de personas en situación de movilidad humana en Ecuador*. <https://www.r4v.info/sites/default/files/2021-07/OIT%20-%20Barreras%20al%20empleo%20MH.pdf>
- R4V (2023). Plataforma de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela. *Refugee and Migrant Needs Analysis. (RMNA)*. <https://rmp.r4v.info/rmna2023/>
- R4V (2023). Plataforma de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela. *Venezolanos en Ecuador*. <https://www.r4v.info/es/ecuador>
- R4V (2022). Plataforma de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela. *Plan de respuesta para refugiados y migrantes de Venezuela*. <https://rmp.r4v.info/rmp-2022-pagina-principal-ecuador/>
- MREMH (2023). Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. *Estadísticas de Solicitudes de Visa*. <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMzAzMzUwOTEtMTQ5Yy00MDRiLWlWZGIzMzEyYWlzMzYwVhZDRkIiwidCI6ImU3YzFhZmYwLWEzYmUtNDIwYy04NjBmLTUwYzVIYTllMwQ4NyJ9>

Legislación

- Asamblea Nacional de la República del Ecuador (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449 de la República del Ecuador. 20 de octubre de 2008.
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador (2017). *Ley Orgánica de Movilidad Humana*. Registro Oficial Suplemento 938 de la República del Ecuador. 6 de febrero de 2017.
- Director General del Servicio de Rentas Internas (2017). Resolución N.º NAC-DGER-CGC17-00000587, publicada en el Registro Oficial Suplemento 142 de la República del Ecuador. 18 de diciembre de 2017.

EL ACCESO AL DERECHO A MIGRAR DE LA COMUNIDAD CUBANA EN ECUADOR.
ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO DE PERMANENCIA
Access to the right of free movement of the Cuban community in Ecuador.
Special reference to the right to remain

ELENA FERNÁNDEZ TORRES¹
Universidad UTE, Quito, Ecuador

Resumen

El presente artículo analiza el acceso al derecho a migrar como un derecho humano, y el ejercicio del derecho a permanecer, como uno de sus derechos centrales. Se exploran sus límites conceptuales establecidos por los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos y migratorio, para ser reconstruido como un término paraguas más abarcador, que da acceso a derechos básicos de contenido social, cultural y económico. Por otro lado, se devela la contradicción interna que emerge tras el reconocimiento constitucional del *ius migrandis*, y la coexistencia de otras normativas/políticas migratorias jerárquicamente inferiores, cuestionadoras de su eficacia. En tal sentido, a partir del caso cubano en Ecuador, se analiza la legitimación de una política migratoria segmentada y criminalizadora sobre un sujeto diferenciado, mayormente en razón de su nacionalidad.

Palabras clave

Derecho a migrar, Derecho de permanencia, Eficacia del derecho, Política migratoria segmentada y criminalizadora, Cubanos migrantes.

Abstract

This paper focusses on the analysis of the right of free movement as a human right and the exercise of the right to permanence, as one of its central rights. It explores its conceptual limits, as set forth by the legal systems for international protection of human rights and migration, and to reconstruct it as a more encompassing umbrella term giving access to basic rights with social, cultural, and economic content. Additionally, it shows the inner contradiction that emerges in the normative order after full constitutional recognition of the *ius migrandi*, as well as of the coexistence of other, hierarchically lower immigration regulations and policies which call into question its effectiveness. According to this, from the Cuban case, it analyses the legitimization of a segmented and criminalizing immigration policy towards a different subject, mostly because of its nationality.

¹ Maestra en Sociología por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales; Especialista en Economía y Derecho del Consumidor por el Centro de Estudios de Administración de la Universidad de La Habana y el Centro de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha; Licenciada en Derecho por la Universidad de La Habana. Ex Fiscal de Protección de los Derechos de los Ciudadanos y ex abogada familista y civilista; ex analista y asesora jurídica en derecho empresarial y de propiedad intelectual; ex Investigadora-Becaria de FLACSO Ecuador, Dpto. de Sociología y Género; ex Asistente de Investigación del Área de Derecho y Programa de Derechos Humanos; del Área de Derecho y Asistencia académica, administrativa y editorial en el Centro de Escritura de la Casa Andina, Universidad Andina Simón Bolívar; Profesora-Investigadora a Tiempo Completo y Coordinadora de Carrera de Derecho En Línea de la Universidad UTE. Correo electrónico: elena.fernandez@ute.edu.ec. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4781-5480>.



Keywords

Right of Free Movement, Permanence Right, Law Effectiveness, Segmented and Criminalizing Policy, Cuban Migrants.

1. Introducción

Los estudios migratorios en Latinoamérica han sido investigados de forma amplia y basta desde la sociología de las migraciones, existiendo una línea de investigación de CLACSO, CIESPAL y FLACSO, así como de algunas escuelas de los Estados Unidos, para el caso cubano hasta los procesos migratorios de la región. Sin embargo, desde la sociología del derecho no existen hasta la fecha suficientes estudios², especialmente, desde la perspectiva teórica de los Crimmigration, mucho menos para el caso cubano.

Asimismo, las investigaciones existentes desde el derecho constitucional y los derechos humanos no consideran el *derecho a permanecer* como un puente para alcanzar otros derechos (Delgado, 2013). No ha sido lo suficientemente contextualizado desde un entorno regional postcolonial, multicultural, con un acceso restringido a la ciudadanía universal. En consecuencia, el estudio del caso cubano permitirá crear un referente teórico y empírico que contribuya a la discusión teórica en torno a los derechos de movilidad en Latinoamérica y los estudios sobre la migración cubana en Ecuador.

El *ius migrandis* o “derecho a la libre circulación” (como ha sido regulado por los instrumentos jurídicos internacionales y regionales) es protegido en la región desde la categoría trabajador-migrante” y desde la figura del “ciudadano-migrante” (Céja, 2014; Gallegos, 2013) para países miembros del CAN, MERCOSUR y UNASUR. En el caso de ciudadanos no sudamericanos, quedan protegido por políticas migratorias locales que mayormente refuerzan la vigilancia y control de fronteras y zonas de tránsito en los bordes extendidos hacia Estados Unidos y Europa para migrantes extracontinentales y regionales (Domenech, 2017, p. 2008).³

Ecuador, como país de tránsito desde los años 70, ha sido una de las rutas más utilizadas hacia Estados Unidos por varias nacionalidades, especialmente la cubana (UNFPA-Ecuador et.al., 2008; Herrera, 2003; Herrera et al. 2005; Álvarez, 2012), convirtiéndose en un país de recepción por excelencia a partir de los cambios introducidos por la Constitución del 2008 (Grijalva, 2006; Montaña, 2013). La norma fundamental anterior remitía a lo dispuesto en la Ley de Migración, la Ley de Extranjería de 1971, y su Reglamento del año 1986 —con contenidos de control y securitización expresados a través de mecanismos de exclusión y deportación, en base a un aperturismo segmentado que atendía a razones de nacionalidad, clase, raza/etnia (Gallegos, 2014; Ruales y Valle, 2009)—. Curiosamente, estas normas no solo sobrevivieron al cambio Constitucional del 2008, sino que coexistieron con la Ley Fundamental y se mantienen vigente en algunos contenidos de la reciente Ley de Movilidad Humana del 2018 (sin embargo, aún y cuando fueron eliminados con la entrada en vigor de

² En este sentido, se hace necesario realizar una especial mención al autor cubano Ahmed Correa, quién ha desarrollado importantes estudios y ha sentado las bases empíricas para el estudio del caso cubano en Ecuador desde la sociología de las migraciones y del derecho. Con gran agradecimiento por su labor investigativa, partimos de estos estudios para la realización de la presente investigación.

³ A menudo el “derecho a la libre circulación” se utiliza como sinónimo del “*ius migrandis*”. Sin embargo, el derecho a migrar no ha recibido la misma protección desde los instrumentos internacionales como el derecho a la libre circulación. En este sentido, se pueden revisar los contenidos regulatorios de los instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos que son comentados exhaustivamente en este artículo, así como la propia jurisprudencia de la Corte Constitucional. Véase el texto de Sin Fronteras sobre “Acceso a la justicia de las personas migrantes, refugiadas y otras sujetas a protección internacional en las Américas” (2022).

ésta última norma, algunos derechos de las personas migrantes o en necesidad de protección internacional en Ecuador no fueron reestablecidos en su totalidad).

La consagración constitucional del *ius migrandis* en el 2008, benefició directamente a la migración cubana que ya no requería de visado para el ingreso al país. Sin embargo, al mantenerse los cuerpos normativos de 1971 aparecen las primeras políticas restrictivas de estos derechos (Correa 2020, 2019, 2018, 2017, 2015, 2014, 2011). Todo ello se expresó en los crecientes índices de criminalización con un ascenso de detenciones hasta un 51,72% entre los años 2007-2011 por la comisión de delitos relativos a la condición nacional y migratoria —falsificación de documentos, suplantación de identidad, trata de personas, etc. — (Correa, 2015)⁴.

Sin embargo, hacia la entrada del 2012 la migración cubana en Ecuador disminuye hasta un 57% (Correa, 2015), siendo prácticamente inexistente los nuevos ingresos en la actualidad dado, por un lado, por la extinción en el 2017 de la Política Norteamericana de Pies Secos-Pies Mojados, que incentivaba la migración irregular de cubanos hacia Estados Unidos, usando Ecuador para llegar al Norte. Por otro lado, a partir de la aplicación de las políticas restrictivas de estos derechos desde el 2009 en lo adelante. En este sentido, se exigió el retorno de los visados para el ingreso al país, se implementaron procesos de exclusión en aeropuertos, detenciones y privaciones de libertad de ciudadanos cubanos en razón de su condición migratoria, y la ausencia de medidas efectivas para impedir la discriminación (Arcentales, 2012, p. 28). A la entrada del 2016, se limitó la obtención de visas profesionales y laborales, convirtiendo a sus solicitantes en migrantes irregulares al no contar con los medios económicos suficientes para establecer reclamaciones, y posteriormente objeto de detenciones y deportaciones. Como consecuencia, quedó restringido el acceso a la vivienda, al trabajo y a prácticas comerciales (Correa, 2015). La aplicación de dichas políticas se ha mantenido así hasta la actualidad, con la aplicación de nuevas políticas institucionales de discriminación que obstaculizan el acceso al trabajo de profesionales cubanos como médicos, maestros y abogados.

Este contexto de clara incompatibilidad y quiebres en la eficacia del derecho a migrar en Ecuador nos condujo a preguntarnos, ¿cómo se producen dichas tensiones entre políticas y normativas en la realización del derecho a migrar y la construcción y límites del derecho a permanecer? Por otro lado, ¿cómo se justifica y legitima esta contradicción? La eficacia del derecho a migrar se vuelve porosa y se convierte en blanco de cuestionamientos sociojurídicos, ¿cómo se naturaliza desde la institucionalidad y la gobernabilidad y a qué responde? Por otra parte, la aplicación selectiva y diferenciada de las políticas y cuerpos normativos securitistas y de control dirigidas hacia el sujeto migrante, produce efectos de criminalización y discriminación. En este caso, ¿se trata de meros efectos jurídicos o son fines del propio derecho en su uso coercitivo? ¿Cómo se producen estos mecanismos de segmentación, para qué y a quién sirven? Finalmente, ¿cómo a través del caso cubano se crea una contradicción entre el derecho a migrar y el derecho de permanencia, desde su acceso y eficaz ejercicio? Estas son las cuestiones principales sobre las que versa el presente análisis.

2. El derecho a migrar (*ius migrandis*)

El derecho a migrar, como un derecho humano, queda establecido por el Derecho Internacional Público —regulándose el *derecho a salir del país de origen* y a *emigrar*—no así el *derecho de entrada*, que se atribuye a la facultad selectiva de admisión de extranjeros de los propios Estados, en virtud de su ejercicio de su soberanía. En esta dirección se establecen convenios y acuerdos internacionales entre países, que regulan las condiciones y términos (Delgado, 2013, p. 15).

⁴ Revisar igualmente a: Javier Arcentales (2010) y Daniela Ubidia (2015).

Su origen viene de la mano del surgimiento de los Estados de Derecho, del liberalismo burgués, donde se reconoce el derecho a la libre circulación como un derecho natural, ponderándose la igualdad y la libertad individual como principios básicos y cimentadores de los estados democráticos, por consiguiente. Con las primeras normas de Derecho Internacional Público (de las que haremos referencia a continuación), se protege este derecho; sin embargo, también quedan sentadas las primeras restricciones *al derecho de entrada* a los países de destino. El *derecho a la libertad de circulación o de movimiento* surge como un derecho para unos y no para todos, dado que el nacimiento condiciona el derecho de entrada a un país, todo lo que pone en crisis el discurso liberal de la igualdad de libertades y derechos (2013, p. 16)⁵. Por consiguiente, podríamos decir que el derecho a migrar nació y fue concebido como el derecho a la libre circulación desde el Derecho Internacional Público, conteniendo otros derechos como el derecho a asilo y el derecho de salir de un país (2013, pp. 16-18). Las tensiones entre la libre circulación y el ejercicio de la soberanía nacional hacen surgir nuevas categorías de diferenciación social como apátridas, refugiados, extranjeros y migrantes. En esta dirección, el derecho a migrar, como derecho a la libre circulación, surge para legitimar y preservar la soberanía nacional de selección de migrantes, con un claro enfoque securitista, fronterizos y de control, y claramente inequitativo e injusto sobre los sujetos migrantes (2013, pp. 18-24).⁶

Sin embargo, su origen, como derecho a migrar, se ubica incluso antes de su establecimiento y regulación por el Derecho Internacional Público. Se podría analizar la historia de las migraciones y constatar que siempre han existido movimientos migratorios, en forma voluntaria o involuntaria. Entre las formas más contemporáneas se presenten causas de carácter involuntario, como los desplazamientos forzados debido a condiciones de inestabilidad política, económicas y sociales de quiebres o catástrofes naturales. Sin embargo, desde el período clásico el derecho a migrar ha sido reconocido como una libertad y un derecho natural, intrínseco a la propia condición humana. Los estoicos ya hablaban de una “ciudadanía mundial” a partir de penas como el destierro (Heater, 2004, pp. 35-7). La referencia más antigua se encuentra en la Carta Magna del rey inglés Juan sin Tierra en 1215, quién regulaba la libre circulación, el derecho a salir de cualquier país y regresar a su país, y finalmente el derecho de entrada (no regulado por el Derecho Internacional), cuya excepción se formulaba para el caso de guerra. Entre otros antecedentes relevantes encontramos la Constitución Francesa de 1791 que regulaba el libre desplazamiento de seres humanos. Otro de estos hitos históricos se sitúa con los procesos colonizadores de los siglos XV y XVI, dónde se reconocía el derecho universal de circulación de invasión a otras tierras, y finalmente, el derecho a permanecer en las tierras descubiertas y conquistadas. Hugo Groccio se pronunció respecto a la inmigración como un derecho natural que permite el libre acceso a los extranjeros al territorio de un Estado. Por otro lado, el derecho de libre circulación o movilidad no solamente ha orbitado en torno a la nacionalidad, sino también a la raza/etnia u origen social. Por tanto, el evento más importante que permite legitimar y restringir este derecho sería el surgimiento del Estado-nación y los límites fronterizos, aún y cuando el surgimiento del Derecho Internacional Público ha intentado protegerlo, sigue limitado por el propio ejercicio de soberanía nacional. (Delgado, 2013, pp. 18-36).

⁵ En este sentido, existen múltiples factores articulados que condicionan el derecho de ingreso sobre un mismo sujeto como el género, la raza/etnia, o la clase.

⁶ Sin embargo, los mecanismos de control no siempre han operado de la misma forma. Si se analiza las migraciones de inicios del siglo XX en América, su masiva migración permite inferir que existían normas y políticas migratorias más flexibles y permisivas. El securitismo y control en fronteras es un fenómeno más tardío, que se intensifica a partir de las migraciones forzadas y del refugio, a partir de 1980. Véase Young (2021), Mountz (2020), Lloyd y Mountz (2018).

El derecho de libre circulación o libre movilidad tiene tres antecedentes normativos importantes; 1) Constitución Francesa (1791); 2) La Ley del Congreso de los Estados Unidos de América (1863); 3) El Pacto de la Sociedad de Naciones (1919), del que se deriva el Tratado de Versalles (1919). Los dos primeros vincularon la libertad de expresión con la libertad de tránsito y de comercio. Con posterioridad, la Carta de las Naciones Unidas (1945) no se refirió a este derecho, el que queda plasmado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones (1966). Posteriormente se recoge en forma adicional en la Convención relativa al Estatuto de Refugiados (1951), en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965); en la Convención Internacional para la Supresión y el Castigo del Crimen de Apartheid (1973); en la Convención en contra de la Tortura y otros Tratos y Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes (1984); en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (1990); en la Declaración de Viena (1993); y finalmente, en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993).

En general, el derecho a migrar (conocido como derecho a la libre circulación o de libre movilidad desde el Derecho Internacional Público) regula el derecho a circular libremente en el interior de un Estado; el derecho a escoger libremente su residencia en el territorio de un Estado; el derecho de toda persona a salir de cualquier país, incluso del propio; el derecho de toda persona a regresar o entrar a su país; el derecho al asilo, que es un caso especial del derecho de salir de cualquier país; el derecho a no ser exiliado arbitrariamente ni expulsado de su país, todos regulados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). El Derecho Internacional Público ha evolucionado, protegiendo relaciones familiares, así como los vínculos con los países de origen y de residencia cuando existen vínculos estrechos. En este sentido, también se han pronunciado los sistemas internacionales de protección, tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Europea de Derechos Humanos, y el propio Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, sin embargo, la expulsión de extranjeros continúa siendo posible como una facultad de los Estados en los casos que ameriten (Delgado, 2013, pp. 44-68).

3. El derecho de permanencia

El derecho a permanecer, en cambio, no es un derecho que haya sido estudiado en profundidad, por lo que no encontramos referencias explícitas en los instrumentos que componen el Derecho Internacional Público, tampoco ha gozado de un uso claro por la jurisprudencia internacional de derechos humanos. Sin embargo, lo cierto es que este derecho es uno de los derechos derivados más importantes del derecho a la libre circulación o del derecho a migrar, dado que este derecho está ligado al poder establecerse en el país al que se entra, adquirir un domicilio, obtener un permiso legal para poder residir, como antesala para poder acceder a su vez a otros derechos económicos, sociales y culturales. Si este se ve impedido u obstaculizado, la permanencia no podrá ser efectiva. Este derecho, sin embargo, ha sido reconocido como parte del derecho de residencia en el territorio de un Estado, como el derecho a asilo, y por el propio Derecho Internacional Migratorio (2013, p. 66).

El derecho a permanecer en el país de origen en paz, ha sido mencionado por la Cumbre Mundial de Derechos Humanos de Viena (1993) y, haciendo referencia a los refugiados. Asimismo, ha sido analizado como parte del ejercicio del derecho a asilo, convirtiéndose en un límite para los Estados que puedan negar o dificultar la libre movilidad. Ello significa que las personas podrán circular libremente, y no verse forzadas a convertirse en refugiados o desplazados (2013, pp. 65-70).

El derecho a permanecer como derecho a asilo ha sido regulado por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados (ONU, 1951), especialmente el principio de no devolución del derecho al asilo⁷. En este sentido, los Estados pueden rechazar la entrada de refugiados, siempre y cuando esta decisión no les coloque en una situación de mayor vulnerabilidad pues podrían ser perseguidos en el país del que intentan no regresar. Por otro lado, es regulado también por la Unión Europea, por la Convención de Dublín y por los Acuerdos Schengen. Sin embargo, se trata de un derecho relativo, dado que está condicionado a las causas que dieron por origen su huida, por tanto, este estado se pierde si estas condiciones desaparecen (2013, pp. 65-70).

Sin embargo, este derecho ha sido regulado desde el Derecho Internacional de Migraciones, a partir de la Organización Internacional del Trabajo, entendiendo los claros vínculos entre la migración y el empleo surgiendo la categoría de “trabajador migrante”. En este sentido, se regula el principio del “trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales” relativos a los derechos laborales (OIT, 1949, art. 6). El derecho a permanecer se regula como una protección al trabajador migrante, el que no podrá ser expulsado o devuelto a su Estado de origen por perder su empleo (1949, art. 8). Asimismo, por consideraciones humanitarias, el derecho a permanecer se reconoce al trabajador migrante cuando sobrevengan incapacidades o por causas de enfermedad o accidentes de trabajo (1949, art. 19). Sin embargo, el derecho al trabajador migrante se otorga una vez que se obtenga el permiso o visa de residencia, por lo que, se obstaculiza la plena realización del derecho de permanencia.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966, art. 13), así como el Convenio de las Naciones Unidas C143 (OIT, 1975), regulan el derecho de permanencia en relación con las migraciones en condiciones abusivas para trabajadores migrantes. La propia norma permite la facultad a los Estados de decidir otorgar el derecho a permanecer a las personas que residen irregularmente o que trabajan ilegalmente en el país (OIT, 1975, art. 9, párr. 4), por lo que se podría de esta forma efectivizar el derecho a permanecer.

Por otro lado, la Convención Internacional sobre los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familiares (ONU, 1990) regula también el derecho a permanecer al proteger al trabajador que teniendo este permiso o visa de residencia pierda su empleo o cese su actividad remunerada (1990, art. 49). Asimismo, protege a sus familiares en caso de que el trabajador-migrante fallezca en el país de acogida o se divorcie (1990, art. 50.2).

Luego de esta descriptiva contextualización, podríamos situar el origen del derecho de permanencia en el Derecho Internacional de Migraciones, específicamente a partir de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo y de las Convenciones de las Naciones Unidas 97 y 143. Asimismo, a partir de la regulación que desarrolla la Convención Internacional sobre los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familiares (OIT, 1990). Sin embargo, aún se concibe este derecho unido al derecho al trabajo del *trabajador-migrante*, y no como un derecho amplio que permite el acceso a otros derechos, como un derecho básico y esencial del derecho a migrar.

Por otro lado, corresponde explicar su naturaleza jurídica, el que ha sido descrito por un sector de la doctrina jurídica como un aspecto del *derecho a migrar* (De Lucas, 2003) y como otro sector con enfoque más socio-jurídico como parte del contenido del *derecho a la*

⁷ El principio de no devolución se trata de una obligación negativa de rechazar en frontera o devolver directa o indirectamente a las personas en peligro, no solamente refugiadas. Para ello se puede ver el caso de la Setenencia de la Familia Pacheco Tineo, o la Opinión Consultiva 25/18 de 30 de mayo de 2018; el Comentario General 2 del Comité de las Naciones Unidas sobre Trabajadores Migratorios, así como la compilación de jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre derechos de movilidad humana, que se comentan más adelante en este artículo.

libre circulación (Delgado, 2013). Sin embargo, lo cierto es que, a los efectos prácticos, tanto el *ius migrandis* como el *derecho a la libre circulación* podrían asimilarse y concebirse como derechos similares con diferentes nomenclaturas, que no distan mucho en su ámbito de aplicación. En ambos casos, el *derecho de permanencia* requiere para su configuración la entrada al país y la consecuente regularización del migrante, desde ahí, podrá accederse a otros derechos humanos de corte social como el trabajo, la salud, la seguridad social, la vivienda, entre otros. Solamente cuando el migrante haya alcanzado la realización de todos estos derechos podrá afirmarse que el derecho de permanencia se ha hecho efectivo, es decir: *la pertenencia, el ser parte, la identidad del que pertenece*.

4. Análisis del caso cubano

4.1. La securitización en Suramérica y la región andina

El derecho a migrar (Aguelo y Chueca, 2013) en el caso de Ecuador es protegido a partir de la norma Constitucional del 2008 (Ecuador, 2008, art. 40). Este derecho humano adquiere rango de derecho fundamental, de amplio alcance, cuyo pleno ejercicio condiciona el efectivo acceso al derecho de permanencia, en consecuencia, de otros derechos sociales derivados (Ecuador, 2008, art. 9). Al mismo tiempo, se trata de una deuda del legislador ecuatoriano de visibilizar y legitimar *al migrante* como un sujeto de derechos. La década del 90 ecuatoriana estuvo marcada por intensas y complejas dinámicas migratorias, con una población que *sale* y al mismo tiempo otra población que *ingresa* al país por motivos no solo económicos, sino vinculados a factores de riesgo como la trata y el tráfico humano (Bonilla y Borrero comps., 2008; Herrera, 2003; Herrera, Carrillo y Torres eds., 2005; Álvarez, 2012), enclavados en un contexto global y político latinoamericano que gira en torno a la migración irregular con enfoques securitistas y de control.

El migrante se configura como una categoría de desigualdad social, que se ve reforzada y reproducida a partir de políticas criminalizadoras en el ámbito migratorio en Latinoamérica, a partir de la emergencia de zonas de tránsito en los bordes extendidos de Estados Unidos y Europa. El migrante proveniente de países empobrecidos, de poblaciones confinadas o desplazadas debido a condiciones de violencia, pobreza y guerra, entre estos incluidos solicitantes de refugio, desde una mirada aparofóbica (Cortina, 2017, p. 12), es entendido como “el traficante”, “el terrorista”, entre otras alegorías simbólicas que lo configuran como una amenaza frente a la seguridad colectiva de los países en tránsito o donde estos pretenden establecerse. En estos casos, la vigilancia en fronteras ha sido clave en pos de fortalecer y reproducir una nueva forma de desigualdad social y finalmente constituirse como obstáculos en su posible acceso al *ius migrandis* y la consecuente derecho de pertenencia (Delgado, 2013). Sin embargo, en esta investigación nos afiliamos al criterio de “límites fronterizos” no cómo simples límites territoriales y por consiguiente, meros mecanismos de exclusión, sino que se entiende su efecto extendido sobre otros espacios o instituciones que reproducen la exclusión (fuente), a partir del despliegue de medidas normativas, restrictivas y coactivas en el orden público, que han criminalizado a estas poblaciones en razón de su condición nacional y raza diferentes (Ceja, 2014; Domenech, 2017; y Eguiguren, 2019) tales como aeropuertos, puntos de control, entre otros.

Latinoamérica, particularmente la región andina, contexto geográfico donde se han establecido históricamente rutas migratorias dirigidas hacia el norte, ha sufrido importantes violaciones de derechos humanos, en especial todos los referidos y contenidos en el amplio derecho a migrar (Herrera, 2017, 2003; Céja, 2014; Domenech, 2017; Eguiguren, 2011 y 2019) Dentro de los países suramericanos y centroamericanos más importantes en el tránsito irregular hacia Estados Unidos se podría mencionar a El Salvador, Colombia, Ecuador y Perú.

Intervienen actores locales informales, incluso familiares y comunitarios, que han facilitado los pasos clandestinos de estas poblaciones con ciertos niveles de protección y han posibilitado procesos de reunificación familiar, en lugar del Estado. En este contexto, Ecuador ha sido uno de los países que ha fungido como lugar de tránsito de migrantes regionales y extracontinentales, desde los años 70, con mayor agudización en la última década. Ha servido también como puente para el tránsito de otras poblaciones en sus viajes a los Estados Unidos, en especial la comunidad cubana, haitiana, dominicana, senegalés, cameruneses, pakistaníes, afganos, entre otros. También estos flujos han encontrado otros destinos como Brasil, Argentina, Chile, asimismo, en los últimos y más recientes 7 años, la migración venezolana ha marcado el tránsito por todo el continente hasta el sur (Viteri, Ceja y Yépez, 2017; Ceja, 2014; Pedone, Álvarez y Bruno, 2021; Domenech 2017, 2008; Feline y Arón, 2018; Acosta, Blouin y Feline 2019).

El caso ecuatoriano no escapa de esta mirada securitista suramericana y andina a la que nos hemos referido (Domenech, 2017, 2008; Ceja, Álvarez y Ulla, 2021; Viteri, Ceja y Yépez, 2017; Cēja, 2014; Pedone, Álvarez y Bruno, 2021). Se podrían encontrar los primeros antecedentes desde finales del siglo XIX, a la luz de la formación del Estado-nación de Ecuador, en un contexto colonial, con las primeras normas jurídicas que regulan el derecho a migrar, desde la primera y segunda Ley de Extranjería (1886 y 1892 respectivamente), seguidas de la Constitución de 1897, donde se positiviza las primeras garantías constitucionales de los extranjeros, bajo una política migratoria de “apertura segmentada”, (Gallegos, 2014, pp. 15-16) privilegiando a algunos migrantes por sobre otros (considerando cuestiones de raza, clase y nacionalidades). Dentro de esta época se encuentran la promulgación del Decreto Supremo de Extranjería de 1938, y los Decretos Legislativos de Extranjería de 1940 y 1947, donde se establece la política migratoria ecuatoriana securitista y criminalizadora. En este sentido, se crea la Oficina de Estadísticas encaminada a controlar y monitorear la población extranjera, a través de sistemas de clasificación entre los “extranjeros deseados y los no deseados”. Con esta normativa se establecen las autoridades competentes para tramitar los asuntos relativos a los extranjeros, entendiéndose que el Ministerio de la Policía atendería los inmigrantes y extranjeros, con la potestad de poder expulsar a todos los que no sean considerados “beneficiosos” (2014, p. 17). Desde aquí se podrían comenzar a rastrear las dificultades institucionales reales para acceder al pleno ejercicio del derecho a migrar y su consecuente permanencia por parte de los migrantes, marcado, como se aprecia, por fuertes medidas discriminatorias en razón de la nacionalidad y la raza.⁸ Como influencias relevantes en el afianzamiento de estas políticas migratorias emergen Segunda Guerra Mundial, el conflicto de Ecuador con Perú, y la dictadura militar en la región. La normativa migratoria fruto de este momento histórico se refleja a través de los Decretos de 1957, 1958 y 1960, especialmente con un enfoque en el control de población a través de censos de extranjeros (2014, p. 20).

Todo este marco influenció al legislador migratorio de 1971, con la emergencia de la Ley de Extranjería de 1971, que bebe de la norma de Extranjería 1897 y de la Ley de Migración de 1899 con relación a su contenido criminalizador, que mantiene el mismo enfoque securitista y de control, pero en el contexto de las dictaduras militares de los años

⁸ Ramírez relata entre los requisitos exigidos a los extranjeros para poder ingresar al país los visados que debían ser otorgados en el extranjero, así como evidencias documentales de la buena conducta y condiciones personales de dicho extranjero, lo que hoy se llaman “antecedentes penales” o “récord criminal”. Entre estas medidas resalta la impuesta por el Decreto 339 de 1941, donde se crea el “timbre de inmigración” para iniciar el cobro por el otorgamiento de visas. Los criterios éticos para ser expulsados como extranjeros variaban desde el analfabetismo, la incapacidad mental, los enfermos incurables o con enfermedades contagiosas, los traficantes, los que hubiesen sido aceptados en otros países como sospechosos, e incluso los polígamos (Ramírez, 2014, pp. 17-9).

70 en Latinoamérica, de modo que solo se refuerzan las estrategias de migración selectiva, estableciendo las categorías de “los inmigrantes que se integran” y “los que se domicilian en el país sin ánimo de radicarse” (Ecuador, 1971). De esta forma, según Jacques Ramírez, “se constituye el ‘otro extranjero’ como un sujeto a controlar a partir de dispositivos normativos y procedimientos cotidianos burocráticos” (Ramírez, 2014, p. 20).

El panorama antes descrito comienza a mostrar nuevos cambios a partir de los años 90, a partir de la visibilización en el terreno público de los *migrantes*, no sólo los extranjeros que entran, sino los ecuatorianos que salen. Se abren dos posibilidades legales de ostentar la doble nacionalidad y del ejercicio al derecho al voto desde otro país (1994, 1998 respectivamente). Con la Constitución de 1998 —clara expresión del modelo hegemónico iuspositivista criollo (Montaña y Pazmiño, 2013, pp. 23-47)—, el legislador ecuatoriano coloca el ojo sobre la necesaria protección del ecuatoriano que se encuentra fuera del país, sin embargo, sin implementarse políticas públicas o normativas específicas que desarrollasen o garantizaran el cumplimiento de esta política en primer lugar, pues el migrante ecuatoriano no constituía realmente un problema considerado público. No será hasta el actuar de ciertos actores sociales como ONG, iglesias, la academia y algunas instituciones de protección de derechos humanos que se comienza a dar importancia al migrante y sus familias.

La década del 90, por otro lado, se caracterizó por una fuerte inestabilidad gubernamental y democrática en Ecuador, que provocó la migración masiva de ecuatorianos y ecuatorianas a otros países en busca de mejoras económicas y oportunidades para sus familias. Según relata Jacques Ramírez Gallego: “Esto ocurrió en el escenario nacional de una de las peores crisis políticas (derrocamientos presidenciales), económicas (dolarización y feriado bancario) y sociales (estampida migratoria) que ha vivido el país a lo largo de su historia” (Ramírez, 2014, p. 24). En esta dirección es creado en el 2001 el Plan Nacional de Migrantes Ecuatorianos en el Exterior. Como resultado de presiones y agendas de actores sociales representantes de los migrantes ecuatorianos, en el 2002 se promulga el Decreto Ejecutivo que pone en marcha el “Programa de ayuda, ahorro e inversión para migrantes ecuatorianos y sus familias”, con un fondo destinado a tales fines, que debía ser administrado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, pero que no llegó a hacerse efectivo. En el año 2003, a partir de la imposición de los visados Schengen para autorizar la entrada a Europa, se crea la Subsecretaría de asuntos consulares dentro del propio Ministerio de Relaciones Exteriores, otorgándose a la Cancillería las funciones del manejo y atención de reclamaciones en temas de movilidad humana hasta el 2006 (Ramírez, 2014, pp. 26-8). El legislador gira su mirada no hacia la regulación del que entra, sino del ecuatoriano que sale, al mismo tiempo que se acoge a normativas internacionales en materia de integración, migración laboral, identificación y creación de pasaportes entre otras, como la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares en el 2002 (CAN, 2000, Dec. 501, 502, 503; CAN, 2001, Dec. 504; CAN, 2003, Dec. 545 y 548; CAN 2004, Dec. 583 y 584, art. 27-8).

A partir del 2006, se comienza a desarrollar lo que dos años más tarde cristaliza como un nuevo paradigma de Estado garantista y de derechos neoconstitucional, construido por el Movimiento Alianza País, cuya agenda política incluye el reconocimiento y protección del *ius migrandis*. El discurso político da un nuevo tratamiento a la figura del migrante, no solo desde las políticas de retorno y protección del migrante ecuatoriano en el exterior, sino del migrante extranjero que entra al Ecuador bajo su reconocimiento como derecho humano, como una ciudadanía supranacional (Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, 2004, art. 29). Entre las normativas institucionales más importantes durante el gobierno de Rafael Correa, en materia migratoria, tenemos la creación de la Secretaría Nacional del Migrante, con fines

de coordinación y gestión de políticas encaminadas a la protección y el desarrollo del migrante; el Plan de Desarrollo Humano de las Migraciones (2007-2010), que regula derechos de los migrantes, el vínculo, retorno, desarrollo e interculturalidad, y transnacionalidad. Justamente son estos los enfoques que quedan luego materializados a partir de la Constitución del 2008, el Plan Nacional del Buen Vivir (2009-2013), y la nueva política consular. La visión cambia de entender al migrante que entra desde un criterio selectivo, de protección frente al migrante no deseado, a un migrante como actor del cambio (2004, art. 29-31). La política migratoria desplegada se centrará en lo fundamental en cuestiones como “la participación política, la atención consular y los derechos laborales de los migrantes” (2004, art. 32).

La Constitución de la República de Ecuador del 2008 regula en 57 artículos el *ius migrandis*⁹, específicamente en su artículo 40: “No se identificará ni se considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria” (Ecuador, 2008, art. 40). Reconoce sus dimensiones desde el derecho a migrar, y el derecho a permanecer, a través de instituciones jurídicas como el refugio (Gómez y Malo, 2019), el desplazamiento, el retorno, la protección de los ecuatorianos en el exterior, y la igualdad en derechos de las personas extranjeras en Ecuador, de modo que los residentes permanentes podrán acceder a los mismos derechos que los ecuatorianos (2008, art. 9). Todo ello apunta hacia la des-criminalización del emigrante, en tanto se protegen a los migrantes irregulares de expulsiones o deportaciones ilegales, o el consecuente cumplimiento de sanciones de privación de libertad por falta de cumplimiento de requerimientos administrativos (Ramírez, 2014, p. 35).

A partir de la promulgación de la Constitución del 2008, podría generarse la falsa idea sobre el desvanecimiento de una política migratoria securitista y de control en Ecuador. Lo cierto es que al contenido Constitucional le sobreviven otros cuerpos normativos anteriores totalmente incompatibles, que datan del año 1971, como las ya referidas Ley de Extranjería y de Migración (Ecuador, 2005; 1971) por demás, jerárquicamente inferiores a la Carta Magna.

4.2. El migrante como categoría de desigualdad social

La contradicción normativa antes explicada, afecta en forma directa al caso de la comunidad migrante cubana en Ecuador, cuyo derecho a migrar, y en específico, su derecho a permanecer se vio obstaculizado y limitado a partir de la ponderación de los contenidos securitistas y de control por encima de la propia norma Constitucional del 2008. Desde aquí se advierten las principales tensiones en la regulación del derecho a migrar en Ecuador, y el consecuente desarrollo del derecho de permanencia. En este sentido, como el *ius migrandis* se construye desde la normativa del Derecho Internacional Público como derecho a la libre circulación o de libre movilidad, basado en el principio de ciudadanía universal, pero colisionando con el ejercicio selectivo del Estado para la admisión del migrante. En esta dirección, cómo se construye una norma migratoria con efectos criminalizadores, ejercido a través del control migratorio, del poder penal y de la activación de la justicia migratoria en sí misma (García, 2019, 2015; Aliverti et.al., 2023; 2020; Franko, 2018, 2015, 2014).

El caso de la población cubana es peculiar, se trató de una comunidad que utilizó Ecuador en forma mayoritaria como un puente para acceder a los Estados Unidos, sobre todo

⁹ Entre sus artículos más importantes podríamos referirnos al 423.5 (protección común de los latinoamericanos y caribeños en los países de tránsito y destino migratorio); art. 41 que reconoce el asilo o refugio; art. 62.2 y 63 referente al derecho al voto para los residentes permanentes o indefinidos en el país que lleven más de 5 años de ininterrumpida residencia; art. 329, que promueve y reconoce los derechos laborales de los migrantes; el acceso a la educación se regula a través del Acuerdo Ministerial 337 de septiembre de 2008; art. 156 y 157 regulan la creación de los Consejos Nacionales para la Igualdad en materia de movilidad humana para el seguimiento, observancia y evaluación de las políticas públicas en temas migratorios (Ecuador, 2008).

a partir del 2008 en que se eliminaron los visados como requerimientos para la entrada a Ecuador (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2008).

Por otro lado, es importante recordar que hasta el 11 de enero del 2017 estuvo vigente la Ley de los Pies Secos, Pies Mojados, que amparaba y promovía la migración irregular cubana hacia los Estados Unidos, como parte de las políticas implementadas por el gobierno de los Estados Unidos en pos de desestabilizar el régimen socialista cubano. De este modo, Ecuador se constituía en un destino ideal para los cubanos que buscaban salir de la isla y encaminarse a su destino final de Estados Unidos por un periplo a través de Latinoamérica y las rutas y corredores migratorios trazados a tales fines por casi una década.

A partir de este contexto, desde el 2008 en ascenso sostenido hasta el 2009, Ecuador recibe alrededor de casi cuatro mil personas cubanas, con una notoria presencia en las ciudades principales de Quito y Guayaquil. Dicho saldo se mantiene durante los primeros meses del año 2010, en el que se registran hasta 7292 personas cubanas. Ecuador se convierte en un país para migrar para habitantes cubanos que escapan de la isla de Cuba para llegar al norte (Estados Unidos), por tanto, utilizan el país más como una puerta para alcanzar el destino final, por tanto, se constituye mayormente en un país de tránsito para el proyecto migratorio cubano. Los que deciden permanecer, enfrentan otro grupo de desafíos para integrarse a la sociedad, y deben igualmente acceder a otros derechos económicos, culturales y sociales para poder efectivizar su permanencia. Se trató asimismo de una población mayormente profesional. Por otro lado, un menor porcentaje se dedica al comercio informal para abastecer a sus familiares y generar recursos económicos en Cuba (Arcentales, 2012).¹⁰

La entrada al país de los nacionales cubanos, sin embargo, se sujeta a un grupo de condiciones como ostentar pasaporte válido (Cuba, Ley N.º 1312, 1973, art. 8). Asimismo, era requerido un permiso especial de salida del país (art. 135) que quedó derogado en el 2011 (Cuba, Decreto-Ley N.º 302, 2012). Para los cubanos que decidían quedarse, y, por consiguiente, permanecer, debían atravesar por los criterios de selectividad para la obtención de visas regulares como inmigrantes “comprende a rentistas, inversionistas, administradores o técnicos de personas jurídicas domiciliadas en el país, profesionales con títulos avalados por el CONESUP, visa de amparo familiar y un tipo de visado por actividades no contempladas en los anteriores” (Arcentales, 2012, p. 14). En calidad de no inmigrante se encuentran todos los que no contemplan u ostentan el ánimo de radicarse (personal diplomático o relativos a estos, asilados, refugiados, estudiantes, misioneros o visitantes temporales) (2012, p. 15). Sin embargo, los requisitos establecidos para acceder a las visas de inmigrantes obstaculizaban el derecho a permanecer, dada la alta dificultad para ser reunidos por migrantes cubanos (condiciones de orden económico y social fundamentalmente). De ahí que otra de las vías que se abre fue la de matrimonios entre personas ecuatorianas y cubanas, en este sentido, hacia el 2010 habían sido naturalizados 1919 personas cubanas mediante matrimonios o uniones libres (Herrera Vinelli, S. L., 2011). Otra de las vías para regularizarse en el país fue a través de la figura del refugio, existiendo un aumento entre el 2008-2010 de 2680 solicitudes de población cubana; en este sentido, se constituye como la segunda cifra más alta luego de la población colombiana, sin embargo, la mayoría de estas fueron desestimadas considerándose “infundadas o abusivas” dado que no reunían los requerimientos establecidos por los instrumentos internacionales (2012, p. 26), sin embargo, la falta de atención a las características y particularidades de estos migrantes, no permitió adaptar y contemplar la protección internacional

¹⁰ Las cifras registradas por la Dirección Nacional de Migración del Ecuador, sobre los movimientos migratorios por nacionalidad en el año 2007 registran un ingreso de 4713 cubanos y la salida de 4746. Para el 2008 las cifras ascienden a la entrada de 7269 cubanos y la salida de 6678.

sobre estos sujetos cuya dignidad, integridad y libertad se encontraban comprometidas al regreso a Cuba (2012, p. 28). Las siguientes posibles figuras aplicables para hacer efectivo la solicitud del refugio en el país son precedidas de casos de delitos de trata de personas y de tráfico de migrantes; sin embargo, las políticas securitistas y de control limitaron, en algunos casos, su posible efectividad, conduciendo a procesos de deportación a personas que debieron haber sido protegidas, dejándolas en un estado de vulnerabilidad y revictimizándolas (2012, p. 30).

Todo ello condujo a un proceso escalonado de condiciones restrictivas, matizadas por el Decreto 1182 sobre el derecho a solicitar refugio en Ecuador (Decreto Ejecutivo 1182, 2012), en conjunción con el resto de las normativas y políticas migratorias securitistas y de control, específicamente dirigidas contra la población cubana y que obstaculizaron en definitiva los procesos de regularización de esta población, pues una parte de estos migrantes buscaban acceder al derecho de permanencia en Ecuador, y otros, estar el tiempo suficiente para crear las condiciones necesarias en su siguiente viaje a los Estados Unidos. Justamente entre las medidas mencionadas se encuentran la reincorporación de visados, con altos costos, en algunos casos mayores a un salario básico, que impuso una brecha en el acceso al derecho a migrar de esta población, en su mayoría trabajadora por salarios mínimos.

Otra de las medidas dirigida particularmente contra la población cubana profesional, limitó el registro de académicos de cubanos en la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia y Tecnología (SENESCYT), a todos los que hubiesen entrado al país hasta noviembre del 2015. Esta medida representó un obstáculo real para la solicitud de visas indefinidas, las conocidas anteriormente como Visas Profesionales, pues entre sus requerimientos exigían el registro de dichos títulos. Adicionalmente, desde marzo de 2016 el Consejo Consultivo de Política Migratoria prohibió el cambio de categoría migratoria para quienes hayan ingresado con visa de turista o de cooperantes. Durante el 2016, se denegaron más de 200 visados de trabajo para solicitantes que cumplían todos los requerimientos y que al no contar con los medios económicos suficientes para establecer las correspondientes reclamaciones quedaron en estado irregular (Correa, 2020). Al mismo tiempo, el Ministerio de Relaciones Exteriores se negó a recibir carpetas de solicitudes de visas profesionales durante un período de 90 días, circunstancia que igualmente afectó la condición regular de un grupo de profesionales cubanos durante el 2016. Con posterioridad, a finales del 2016 e inicios del 2017, se iniciaron medidas dirigidas específicamente contra determinados sectores profesionales como los abogados, y durante el 2018-2019 contra los médicos cubanos, imposibilitando el libre ejercicio de sus profesiones, aún y cuando se encuentran en ambos casos amparados por convenios internacionales válidos y vigentes (Pedone, Gómez y Alfaro, 2021). En el caso de los abogados cubanos, aún se encuentran en un proceso de Selección de Sentencias ante la Corte Constitucional y una petición ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, justamente solicitando sea reestablecido su acceso al derecho al trabajo.

Todas las medidas referidas impusieron condiciones muy difíciles a los cubanos que decidieron permanecer en Ecuador y obstaculizando su tránsito hacia los Estados Unidos. En relación a los efectos de subjetivación, la población cubana no solo quedó irregularizada en una gran mayoría, sino que fue marginalizada, aumentando y reforzándose situaciones de discriminación y actos xenofóbicos y aparofóbicos desde la misma sociedad (Ceja, Álvarez y Ulloa, 2021). De este modo, al aumentar el número de cubanos indocumentados al arribo del 2016, también aumentaron las vulnerabilidades de esta población que terminó siendo objeto de detenciones y deportaciones ilegales, a partir de la puesta en marcha de una política de persecución y detención de migrantes, llevadas a cabo durante junio y julio de 2016¹¹.

¹¹ Ver Moreno et al. (2016).

En este punto nos encontramos listos para exponer el caso cubano, y la crisis migratoria del 2016, particularmente en Ecuador, y su agudización con la deportación masiva de nacionales cubanos. Estos sucesos detonaron la legitimación de una política claramente securitista, de control y criminalizadora en Ecuador. Para ello, es necesario primeramente relatar algunos sucesos regionales durante el 2015-2016 que condujeron a la crisis humanitaria del 2016, en pos de lograr una mejor contextualización.

A finales del 2015, varios países cerraron el paso fronterizo para el tránsito de los cubanos en su camino a los Estados Unidos como Nicaragua y Costa Rica. Sin embargo, en el caso de Costa Rica, se tramitó exitosamente un canal humanitario que garantizó el viaje de 770 cubanos directamente hacia Estados Unidos. Como resultado de estos cierres, quedaron bloqueadas 4000 cubanos en el tránsito a Panamá que permanecieron en albergues en la frontera de ese país con Costa Rica. En febrero de 2016, para aplacar la crisis de cubanos varados en Centroamérica, México y Panamá acordaron otro canal humanitario para que transitaran hacia Estados Unidos (Correa, 2020).

Estos cierres incluyeron en algunos casos militarización, expulsiones, abusos y maltrato policial. Se trataron de los últimos intentos de resolver la crisis humanitaria antes del cierre definitivo de fronteras, que culminó con el acuerdo bilateral entre México y Cuba de cancelar la expedición de salvoconductos para el tránsito de cubanos a Estados Unidos, a partir de mayo del 2016, y la consecuente expulsión de los cubanos irregularizados en estos territorios. A estos procesos se les sumó Panamá también en mayo de 2016, cerrando puntos fronterizos con Colombia, acto seguido se formalizó también el cierre de muros migratorios por parte de Colombia y Ecuador, perfeccionado a partir de la firma de un Protocolo de Deportaciones por estos dos últimos países, como salida a la crisis humanitaria migratoria de caribeños por la región. Colombia inició procesos masivos de deportaciones, sobre todo de cubanos varados en la ruta del Darién, dentro de estos 540 deportados (Abogados y Defensores et al., 2016). Algunos de estos cubanos se reportaron fallecidos o desaparecidos en la ruta selvática. Colombia retornó a varios deportados cubanos a Ecuador, orquestado entre ambos países que dirigieron varios operativos policiales en busca de migrantes irregulares en hoteles fronterizos, no solo de cubanos, también de haitianos. Pero nuevamente, se trató de una crisis regional, pues para finales de agosto de 2016 el cierre de fronteras también se formalizó en Argentina, quién decretó el problema de los migrantes como un tema de seguridad nacional y orden público e implementó igualmente políticas de deportaciones ilegales y control migratorio (Moreno, et al. 2016). De este modo quedó legitimada una política migratoria latinoamericana securitista y de control, no sólo dirigida frente al caso cubano, sino también otras poblaciones en tránsito (2016).

Todos estos efectos desplegados sobre los cubanos migrantes en Ecuador, afectaron el acceso al derecho a migrar, en particular, a pertenecer. En otros casos, limitó su paso por Ecuador en tránsito hacia los Estados Unidos. Dicha comunidad cubana no solo quedó irregularizada en su mayoría, sino que fue marginalizada, aumentando y reforzándose situaciones de discriminación y actos aparofóbicos desde la misma sociedad.

El caso paradigmático de la deportación masiva de cubanos en Ecuador ocurre precisamente en marzo de 2016, con la solicitud de un grupo de 16 cubanos en situaciones muy precarias de visas humanitarias ante la Embajada de México en Quito, con el fin de continuar su viaje a Estados Unidos y acogerse a la Ley de Ajuste Cubano. Una semana más tarde, 300 cubanos se encontraban organizados en un campamento fuera de la embajada mexicana esperando una salida diplomática, entre ellos sujetos vulnerables como niños, adolescentes, mujeres embarazadas, ancianos y discapacitados. En la madrugada del 27 de junio este grupo fue desalojado violentamente por la policía nacional y fueron forzados a trasladarse a otro parque de la ciudad

“La Carolina”, donde acamparon por más de una semana. A este grupo se le sumaron migrantes cubanos de todas las provincias de Ecuador, en tránsito desde Guyana, Brasil y Perú (2016).

Algunos de líderes de esta acción social lograron una autorización del Municipio de Quito para trasladarse al conocido parque El Arbolito desde el 30 de junio, esperando la respuesta de la embajada mexicana. Durante este tiempo este grupo recibió ayuda humanitaria de otros cubanos residentes en el país, en la ciudad de Quito. Sin embargo, la respuesta criminalizadora y policial no se hizo esperar, siendo así que para el 6 de julio se llevó a cabo un operativo militar desproporcionado, fueron detenidos y llevados a centros de detención a los cubanos protestantes. Durante el desalojo los cubanos detenidos perdieron sus documentos, y todas sus posesiones. Entre ellos resultaron golpeados y lesionados niños y mujeres embarazadas. En total fueron detenidos 151 personas, incluyendo 4 niños y un adolescentes, mujeres embarazadas y adultos mayores, entre ellos solicitantes de refugio (2016).

Se presentaron acciones de Hábeas Corpus por parte de abogados defensores de derechos humanos inmediatamente, iniciándose audiencias de deportación al día siguiente. Como resultado al menos 30 personas recuperaron la libertad, entre ellos los niños y sus familiares, así como algunas personas en situación regular. En medio del proceso de celebración de audiencias de deportación, el Ministerio del Interior, invocando la Ley de Migración de 1971, revocó 80 sentencias de libertad emitidas por los jueces de contravenciones, y ordenó la expulsión de todos los detenidos, que fue ejecutada de forma inmediata. El 9 de julio fueron expulsados las primeras 49 personas, a las que continuaron 26 personas el 11 de julio. La audiencia de Hábeas Corpus fue convocada para el 12 de julio cuando aún quedaban 45 cubanos detenidos. Luego de 13 horas de audiencia, los jueces negaron el recurso a 44 de los detenidos, recuperando la libertad solo 1 de estos. Posteriormente fueron expulsados estos 44 cubanos en un avión militar con destino a Cuba. La apelación al hábeas corpus nunca quedó resuelta por ningún juez. Este caso no solo representó una violación al debido proceso, y a derechos humanos universales, sino que legitimó la política migratoria securitistas que hoy se ve reflejada en la nueva Ley de Movilidad Humana aunque de forma encubierta. Este aunque es el caso más paradigmático no es el único. Existen casos aislados también de cubanos que han cumplido privación de libertad injustamente, por delitos que no cometieron, criminalizados en razón de su nacionalidad¹² (2016).

Sobre expulsiones colectivas la Corte Constitucional se ha pronunciado a través de varios fallos, como la Sentencia 335-13-JP/20, debido a un proceso de revocatoria de nacionalidad, por naturalización, la que debe ser estar en el marco de protección de los derechos humanos, pues afecta a las personas en situación de movilidad humana, por tanto, su regulación a través del proceso administrativo correspondiente debe estar regido por las garantías mínimas de un debido proceso. Asimismo, para estos casos, los fallos deben ser individualizados, comprendiendo la situación migratoria irregular, para lo cual se deben ofrecer alternativas accesibles de regularización. Finalmente, la sentencia hace énfasis en la prohibición de retención o detención en instalaciones o zonas de tránsito, estableciendo la acción de protección como una vía idónea para garantizar derechos de migrantes y refugiados, y alcanzar medidas reparatorias (Corte Constitucional, 2020).

Existen igualmente otros fallos que son meritorios de mencionar para la protección de personas en situación de movilidad humana como la sentencia 2533-16-EP/21, por debido proceso en la garantía de motivación y libertad personal. Este caso declara ilegal

¹² Se tiene contacto con al menos 3 mujeres cubanas que cumplieron privación de libertad en El Ecuador, por delitos que no cometieron, en circunstancias donde fueron criminalizadas precisamente por sus condiciones de vulnerabilidad. Al menos uno de estos casos ha sido documentado a través de la construcción de su historia de vida y análisis documental de todos los archivos judiciales.

la detención en el albergue denominado “Hotel Carrión” como ilegal y arbitrario (Corte Constitucional, 2021a). A su vez, la sentencia 639-19-JP/21, sobre derechos a transitar libremente, a migrar, al debido proceso y a la libertad de movimiento, declara como violatorios del derecho a migrar, a la libertad de movimiento y a la prohibición de expulsión colectiva los hechos ocurridos por el Ministerio de Gobierno y la Policía Nacional en el caso de expulsiones colectivas de personas venezolanas (Corte Constitucional, 2021b). Comentaremos igualmente la sentencia 2120-19-JP/21 sobre el derecho a migrar, el interés superior de niñas, niños y adolescentes, el derecho a ser escuchados y el derecho a la reunificación familiar, revisando la decisión adoptada por la Unidad Judicial Multicompetente Penal con sede en el cantón Lago Agrio, provincia de Sucumbíos, que resolvió la acción de protección presentada en favor de tres hermanos a quienes los agentes de Control Binacional de Atención en Frontera de San Miguel de Sucumbíos les impidió el ingreso regular al territorio ecuatoriano para reunirse con su madre (Corte Constitucional, 2021c).

5. Conclusiones

De este modo, quedan develadas claras contradicciones en el sistema jurídico ecuatoriano, por un lado, abiertamente garantista del *ius migrandis* y, por otro lado, fuertemente represor y criminalizador en razón de la condición nacional, articulado con otros condicionantes o factores sociales como la raza/etnia, clase y género, que no hemos estudiado con detenimiento en este artículo, pero que se presentan como factores cruzados de desigualdad social¹³. El caso cubano, aunque paradigmático y emblemático, no ha sido el único, sino que más bien constituye como un hito en la aplicación de políticas migratorias abiertamente xenofóbicas, radicales, y anticonstitucionales¹⁴. Es, al mismo tiempo, un caso de estudio obligatorio al momento de poder ilustrar el funcionamiento arbitrario de la *justicia migratoria*¹⁵, donde todas las normas, principios sustentadores del derecho, el ideal de justicia, y garantías procesales y constitucionales fueron violadas.

A través del caso cubano, se brinda una nueva visión del concepto del derecho de permanencia, escasamente trabajado desde el derecho internacional de migraciones y cuyas pocas positivizaciones han sido a partir de la protección del acceso al derecho al trabajo de

¹³ En este sentido referimos la norma Constitucional del 2008, así como los cuerpos legales vigentes hasta el 2018, que regularon el *ius migrandis* y que al mismo tiempo fueron aplicados al caso como el cubano, como son: Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008; Ley de Extranjería, Codificación 23, Registro Oficial 454, 4 de noviembre de 2004, (derogado en el 2018); y Ley de Migración, Codificación 6, Registro Oficial 563, 12 de abril de 2005, (derogado en el 2018).

¹⁴ En relación con este particular, existe un amplio contenido de denuncia de violación de derechos humanos, en particular del derecho a la libre circulación o como también es conocido derecho a migrar, a partir de los Informes de la Defensoría del Pueblo en Ecuador. En este caso recomendamos con especial atención la Petición realizada a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del caso de los cubanos deportados del 2016, que hasta la fecha no ha recibido respuesta. Ver: Abogados y Defensores en calidad de peticionarios (2016).

¹⁵ Desde los estudios del derecho en general, los derechos humanos, los de corte constitucional y procesal, no hemos encontrado referencia al uso de este término, pues no existe sustantivamente hablando un procedimiento sólo destinado a la materia migratoria, cómo si es posible hablar del proceso de familia, administrativo o económico. Sin embargo, la trascendencia del término ha cobrado vida a través de los últimos años, en especial con los casos que han sido resueltos en la justicia referentes a derechos migratorios como: garantías constitucionales como el *habeas corpus*, las *audiencias de refugio*, *audiencias de deportación*, unidos a la necesidad de observancia de principios procesales generales del derecho de aplicación a estos como el *debido proceso*, la *tutela judicial efectiva*, entre otros, todos dentro de las garantías procesales en vía judicial; y en vía administrativa serían todos los procesos de solicitud y tramitación de visas que podrían igualmente conducir al cauce judicial en su momento procesal oportuno ya sea por procesos contenciosos administrativos por violación de la legalidad o procesos constitucionales por *discriminación en razón de nacionalidad*, obstaculización del *ius migrandis*, y en consecuencia del *derecho de permanencia*. Por todas estas razones, entendemos que es posible construir una aportación teórica que nos permita usar apropiadamente el término de *justicia migratoria* para englobar todos estos procesos.

los migrantes, al derecho de residencia o de asilo (Delgado, 2014, p. 66), pero su sentido, definitivamente va mucho más allá de estas escasas menciones en algunas normas internacionales. El caso cubano pretende mostrar la limitación en la regulación jurídica del derecho de permanencia, como un contenido necesario de efectividad del derecho a migrar para pensar la libre movilidad y la ciudadanía universal. Este sería un estudio base que podría extenderse a otras nacionalidades como los colombianos, venezolanos o haitianos, haciéndonos replantear el alcance de este derecho.

Finalmente, el caso cubano nos permite ilustrar la legitimación de una política securitaria y de control en materia migratoria, que si bien se cimentó en estos términos desde sus orígenes, adquirió un giro interesante a partir de la Constitución de Montecristi del 2008, pero develando sus fuertes contradicciones, al supervivir con normas de inferior jerarquía que permitieron ponderar estos contenidos discriminatorios y restrictivos del derecho a migrar y del derecho a permanecer. Igualmente, sirve como ejemplo para poder mostrar el funcionamiento arbitrario de la justicia migratoria, dónde todas las normas, principios sustentadores del derecho y garantías procesales fueron vulneradas. En este sentido, todavía los efectos desplegados por dichas contradicciones e incompatibilidades normativas se reflejan sobre un acceso dificultoso a determinados derechos de algunos ciudadanos cubanos que aún residen en Ecuador, en torno al acceso al trabajo, como el caso de los cubanos abogados. Muestra de ello ha sido también la dramática reducción de residentes permanentes cubanos en Ecuador, quienes han continuado mayormente su tránsito hacia Estados Unidos. Esperamos, con este estudio, aportar al debate teórico desde la sociología de las migraciones, la sociología del derecho, y desde la comprensión de cómo un sujeto migrante, por su condición nacional, también puede criminalizarse, y que pueda ser extendido hacia el estudio de otras poblaciones como la colombiana, haitiana y la venezolana en Ecuador.

Referencias bibliográficas

- Acosta, Diego, Cécile Blouin y Luisa Feline Freier. (2019). “La emigración venezolana”. *Documentos de trabajo*, vol. 3. https://www.researchgate.net/profile/Fundacion-Carolina/publication/331773383_La_emigracion_venezolana_respuestas_latinoamericanas/links/5c8b892892851c1df942304d/La-emigracion-venezolana-respuestas-latinoamericanas.pdf
- Arcentales Illescas, Javier. (2012). “Informe Temático 2 Dirección Nacional de Promoción de los Derechos Humanos y la Naturaleza”. *Migración cubana: Recomendaciones de Política Pública para Ecuador incluyente*. <https://repositorio.dpe.gob.ec/bitstream/39000/117/1/IT-003-MIGRACION%20CUBANA%20RECOMENDACIONES.pdf>
- Aguelo, Pascual, y Ángel Chueca. (2013). “Contenido y límites del ‘Ius Migrandis’”. *Revista Electrónica Iberoamericana*, Vol. 7, n.º 2, pp. 1-10, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4750345>.
- Aliverti, Ana, Henrique Carvalho, Anastasia Chamberlen and Máximo Sozzo eds. (2020). “The Promise of the Border: Immigration Control and Belongin in Contemporary Britain”. In *Crimigrant Nations: Resurgent Nationalism and the Closing of Borders*, Robert Koulisch and Maartje van der Woude eds. New York: Fordham University Press.
- Aliverti, Ana, Henrique Carvalho, Anastasia Chamberlen and Máximo Sozzo eds. (2023). *Decolonizing the Criminal Question: Colonial Legacies, Contemporary Problems*. Oxford University Press.

- Álvarez Echandi, Isabel comp., Guillermo Acuña, Carlos Andújar, Rodolfo Casillas, Julia González, Gioconda Herrera, Mariellen Malloy, Abelardo Morales y Manuel Orozco. (2012). *Mirando al Norte: Algunas tendencias de la migración latinoamericana*. Quito: Flasco sede Ecuador / Ford Foundation / Institute of International Education.
- Bonilla, Adrián y Mercedes Borrero comps. (2008). *Ecuador: La migración internacional en cifras, 2008* (Quito: UNFPA / Flasco sede Ecuador, 2008)
- Céja, Ileri, Soledad Álvarez Velasco y Ulla D. Berg (coords). (2014). “Por una América Latina más segura: Una nueva perspectiva para prevenir y controlar el delito”. *URVIO-Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, n.º 15, pp. 139-141 <https://www.redalyc.org/pdf/5526/552656536012.pdf>.
- Céja, Ileri, Soledad Álvarez Velasco y Ulla D. Berg (coords). (2021). *Migración*. Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Cuajimalpa: CLACSO.
- Cortina, Adela. (2017). *Aparofobia, el rechazo al pobre: Un desafío para la democracia*. Barcelona: Paidós.
- Correa Álvarez, Ahmed. (2020), “Deportación, tránsito y refugio. El caso de los cubanos de El Arbolito en Ecuador”, *PÉRIPOLOS*, Revista de Investigación sobre Migraciones, Año 3-Número 2 (52-88)
- Correa Álvarez, Ahmed. (2017), “Cuba, migración y Derecho: reflexión preliminar sobre la no pertenencia”
- Correa Álvarez, Ahmed. (2015). *Del Caribe a la Mitad del Mundo: Migración cubana en Ecuador*. Quito: Flasco sede Ecuador, Grupo de Investigación sobre Globalización y Migraciones Internacionales del Departamento de Sociología y Estudios de Género / Abya Yala.
- Correa Álvarez, Ahmed. (2011). “Probando suerte en el Sur: Migración cubana en los Andes y Latinoamérica”, *Andina Migrante: Boletín del Sistema de Información sobre Migraciones Andinas – FLACSO Sede Ecuador-* n.º 16 (2-14).
- Delgado Hinostroza, Pedro Pablo. *Apátridas, refugiados y migrantes: El derecho a la libre circulación*. Lima: Fondo de la Cultura Económica del Perú, 2013.
- De Lucas, Javier. (2003). “Inmigración y ciudadanía: Visibilidad, y pertenencia”, file:///F:/Personales/1087-1820-1-PB.pdf.
- Domenech, Eduardo. (2017) “Migration policies in South America: elements for a critical analysis of migration and border control”. *Terceiro Milênio: Revista Crítica de Sociologia e Política*, Vol. 8, n.º 1, pp. 19-48.
- Domenech, Eduardo. (2008). “Migraciones internacionales y Estado nacional en la Argentina reciente. De la retórica de la exclusión a la retórica de la inclusión”. Conference presented at the III Congress of the Latinamerican Association of Population (ALAP). Cordoba, Argentina, 2008.
- Echandi, Isabel Álvarez comp. (2012). *Mirando al Norte: Algunas tendencias de la migración latinoamericana*. Quito: Flasco sede Ecuador / Ford Foundation / Institute of International Education.
- Eguiguren, María Mercedes. (2019). *Movilidades y poder en el sur del Ecuador 1950-1990*. Quito: FLACSO.
- Feline Freier, Luisa, A. Correa Alvarez y Valeria Arón. (2018). “El sufrimiento del migrante: La migración cubana en el sueño ecuatoriano de la libre movilidad”. *Apuntes*, n.º 84, pp. 96-125. DOI: <https://doi.org/10.21678/apuntes.84.1009>.
- Franko, Katja. (2018). “Punishment, globalization and migration control: ‘Get them the hell out of here’”. *Punishment & Society*, 20 (1), pp. 34-53.

- Franko, Katja. (2015). "Policing humanitarian borderlands: Frontex, human rights and the precariousness of life". *British journal of criminology*, 55 (1), pp. 1-18.
- Franko, Katja. (2014). "Bordered penalty: Precarious membership and abnormal justice". *Punishment & Society*, 6 (4), pp. 379-93.
- Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA-Ecuador), Adrián Bonilla y Mercedes Borrero comps. (2008). *Ecuador: La migración internacional en cifras*. Quito: UNFPA / Flacso sede Ecuador, 2008.
- Heater, Derek. 2004. *A Brief History of Citizenship*. Edinburgh: Edinburgh University Press.
- Herrera, Gioconda. (2017). "Migraciones Internacionales en América Latina: miradas críticas a la producción de un campo de conocimientos. Presentación del dossier. Íconos, Revista de Ciencias Sociales, n.o 5 (mayo-agosto). <https://doi.org/10.17141/iconos.58.2017.2695>
- Herrera, Gioconda. (2003). "La migración vista desde el lugar de origen: Comentarios al dossier 'Los claroscuros de la migración'", *Revista Íconos de Ciencias Sociales*, n.º 15, pp. 86-94, DOI: <https://doi.org/10.17141/iconos.15.2003>
- Herrera, Gioconda, María Cristina Carrillo y Alicia Torres eds. (2005). *La migración ecuatoriana: transnacionalismo, redes e identidades*. Quito: Flacso sede Ecuador / Plan Migración, Comunicación y Desarrollo.
- INEC. (2009). *Anuario de Entradas y Salidas Internacionales del Instituto Ecuatoriano de Estadística y Censos*. Quito: INEC.
- García Hernández, César Cuauhtémoc. (2019). *Migrating to Prison: America's Obsession with Locking Up Immigrants*. ISBN: 978-1-62097-831-3
- García Hernández, César Cuauhtémoc. (2015). *Crimmigration Law*.
- Grijalva J., Agustín. (2006). "Derechos humanos de inmigrantes internacionales y refugiados desplazados en Ecuador". *FORO: Revista de derecho*, n.º 6, pp. 245-69, <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/issue/view/32>.
- Gómez Martín, Carmen y Gabriela Malo. (2019). "El sistema de protección internacional de los refugiados y su aplicación en América Latina: Contradicciones y tensiones entre el derecho internacional y la soberanía estatal". *PÉRIPILOS, Revista de Investigación sobre Migraciones*, Vol. 3, n.º 2.
- Montaña Pinto, Juan, y Patricio Pazmiño Freire. (2013). "Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano". En *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, editado por Jorge Benavides Ordóñez y Jhoel Escudero Soliz. Quito: IAEN.
- Moreno, Paola, Soledad Álvarez Velasco, Mónica Salmón, Ahmed Correa, Francisco Hurtado Caicedo, y Javier Arcentales Illescas. (2016). "Bitácora de una expulsión", *Atopía*. <http://colectivoatopia.wordpress.com/>.
- Pedone, Claudia, Soledad Álvarez Velasco y Miranda Bruno. (2021). "Movilidades, control y disputa especial. La formación y transformación de corredores migratorios en las Américas". *PÉRIPILOS, Revista de Investigación sobre Migraciones*, vol. 51, pp. 4-27.
- Pedone, Claudia, Carmen Gómez Martín y Yolanda Alfaro. (2021). "Introducción". En Pedone, Claudia y Carmen Martín, Carmen. Coords. *Los rostros de la migración cualificada. Estudios interseccionales en América Latina*, 9-16. Buenos Aires: CLACSO-Serie de Migraciones.
- Pérez Ruales, Nicole y Alex Valle Franco, edits. (2009). *Los derechos en la movilidad humana: Del control a la protección*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Ramírez Gallegos, Jacques. *Ecuadorian migration policies: Ruptures, tensions, continuities, and challenges*. Quito: IAEN, 2014.

Sin fronteras, UN Committee on Migran Workers (CMW), Comité InternacIonal Geneve (CICR). (2022). *Acceso a la Justicia de las personas migrantes, refugiadas y otras sujetas de proteccI3n internacional en las Am3ricas*. M3xico: Comit3 Internacional de la Cruz Roja y DelegacI3n Regional para M3xico y Am3rica Central.

Viteri, Mar3a Amelia, Ir3ri Ceja y Cristina Y3pez. (2017). "Corpograf3as: g3nero y fronteras en Am3rica Latina". Quito: Flacso.

Fuentes jur3dicas

Abogados y Defensores en calidad de peticionarios Juan Pablo Alb3n Alencastro, Javier Arcenales Illescas, Daniela Salazar Mar3n, Daniela Ubidia V3squez, Jorge Fern3ndez, Jorge Acero, Bel3n Alejandra Aguinaga Aguinaga, Martina R3pido Ragozzino, David Corde-ro, Lina Mar3a Espinoza y Varun Char. (2016). "Petici3n a la Comisi3n Interamericana de Derechos Humanos al amparo del art3culo 44 de la Convenci3n sobre Derechos Humanos, por la expuls3n arbitraria e ilegal de 160 personas de nacionalidad cubana del territorio ecuatoriano en los d3as 6 al 13 de julio de 2016 en violaci3n de los art3culos 5, 7, 8, 16, 17.1, 22.3, 22.6, 22.7, 22.8 y 22.9 de la propia Convenci3n, en relaci3n con las obligaciones generales contenidas en los art3culos 1.1 y 2 del mismo instrumento internacional". Archivos de la Defensor3a del Pueblo de Ecuador.

Asamblea de Ecuador (1886). *Ley de Extranjer3a*.

Asamblea de Ecuador (1940). *Decretos Legislativos de Extranjer3a 1940*

Asamblea de Ecuador (1947). *Decretos Legislativos de Extranjer3a 1947*

Asamblea de Ecuador (1971). *Ley de Extranjer3a*. Registro Oficial 382. 30 de diciembre de 1971.

Asamblea de Ecuador (1971). *Ley No. 1897, Ley de Extranjer3a*.

Asamblea de Ecuador (1971). *Ley No. 1899, Ley de Migraci3n*.

Asamblea de Ecuador (1982). *Ley de Extranjer3a*.

Asamblea de Ecuador (2004). *Ley de Extranjer3a, Codificaci3n 23*. Registro Oficial 454, 4 de noviembre.

Asamblea de Ecuador (2005). *Ley de Migraci3n, Codificaci3n 6*. Registro Oficial 563, 12 de abril.

Asamblea de Ecuador. (2008). *Constituci3n de la Rep3blica del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre.

Asamblea de Ecuador (2012). *Decreto Ejecutivo 1182, Reglamento para aplicaci3n en Ecuador del Derecho de Refugio*. Registro Oficial 727, de 19 de junio.

Asamblea de Ecuador (2018). *Ley Org3nica de Movilidad Humana*. Registro Oficial Suplemento 938, de 6 de febrero.

Asamblea de Ecuador Presidente de la Junta Militar de Gobierno. (1938). *Decreto Supremo 1, Ley de Extranjer3a 1938*.

CAN (2001). *Decisi3n 501, 502, 503 y 504*. Gaceta Oficial 680, A3o XVII, 28 de junio.

CAN (2003). *Decisi3n 545 "Instrumento Andino de Migraci3n Laboral"*. 25 de junio.

CAN (2003). *Decisi3n 583 "Mecanismo Andino de Cooperaci3n en Materia de Asistencia y ProteccI3n Consular y Asuntos Migratorios"*. 25 de junio.

CAN (2004). *Decisi3n 583 "Instrumento Andino de Seguridad Social y Salud en el Trabajo"*. 7 de mayo.

CAN (2004). *Decisi3n 583 "Instrumento Andino de Seguridad Social"*. 7 de mayo.

Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. (2004). *Decisi3n del Acuerdo de Cartagena 584, Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo*. Registro Oficial, Suplemento 461.

Constituci3n Francesa (1971).

Estados Unidos de Am3rica (1863). *Ley del Congreso de Estados Unidos de Am3rica*

- Los Aliados y Poderes Asociados (1919). *Tratado de Versalles*.
- OIT (1949). *Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva*, CO98, núm. 98.
- OIT (1949). Convenio sobre las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas), núm. 94, CO94.
- OIT (1975). *Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias)*, núm. 43, C143.
- OIT (1975). *Recomendación sobre desarrollo de los recursos humanos*, R150, núm. 150.
- ONU Asamblea General (1945). *Carta de las Naciones Unidas*.
- ONU Asamblea General (1948).. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948.
- ONU Asamblea General (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Resolución 217 A (III).
- ONU Asamblea General (1951). *Convención relativa al Estatuto de los Refugiados y los Apátridas*, Resolución 429 (V), 14 de diciembre.
- ONU Asamblea General (1965). *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*, Resolución 2106 A (XX), 21 de diciembre.
- ONU Asamblea General (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. 16 de diciembre de 1966.
- ONU Asamblea General (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones*, Resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre.
- ONU Asamblea General (1973). *Convención Internacional para la Supresión y el Castigo del Crimen de Apartheid*, Resolución 3068 (XXVIII), 30 de noviembre.
- ONU Asamblea General (1984). *Convención en contra de la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes*, Resolución 39/46, 10 de diciembre.
- ONU Asamblea General (1990). *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares*, Resolución 45/158, 18 de diciembre.
- ONU Asamblea General (1993). *Cumbre Mundial de Derechos Humanos de Viena*, 25 de junio.
- ONU Asamblea General (1990). *Convención Internacional sobre los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familiares*, Resolución 45/158, 18 de diciembre.
- Sociedad de Naciones (1919). *Pacto de la Sociedad de las Naciones*.

Sentencias

- Corte Constitucional de Ecuador (2020a). *Caso Debido proceso en la revocatoria de nacionalidad*. Caso 335-13-JP/20 de 12 de agosto.
- Corte Constitucional de Ecuador (2020b). *Caso sobre expulsión colectiva de migrantes*. Sentencia 639-19-JP/20 de 21 de octubre.
- Corte Constitucional de Ecuador (2020a). *Caso sobre debido proceso en la garantía de apelación que negó el pedido de hábeas corpus de una persona en situación de movilidad humana*. Sentencia 2533-16-EP/21 de 28 de julio.
- Corte Constitucional de Ecuador (2021b). *Caso sobre revisión de garantías en caso de niñas, niños y adolescentes en situación de movilidad humana, solos, no acompañados o separados*. Sentencia 2120-10-JP de 22 de septiembre.

Iuris Dictio

Miscelánea

Nº. 32
JULIO-DICIEMBRE 2023
E-ISSN 2528-7834

m

i

S

C

e

l

á

n

e

a

.

EFFECTOS DEL PAGO REALIZADO LUEGO DE DECLARARSE LA PRESCRIPCIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA: ¿PAGO INDEBIDO U OBLIGACIÓN NATURAL? Effects of Payments Made After the Tax Limitation Period: Undue Payment or Natural Obligation?

NICOLÁS C. MALDONADO GARCÉS¹
Lexvalor Abogados, Quito, Ecuador

Resumen

En Ecuador existe incertidumbre sobre los efectos del pago de una obligación tributaria a pesar de haberse declarado la prescripción. Al respecto, se enuncian dos criterios distintos. El primero, se basa en que la norma tributaria entiende la prescripción como una forma de desaparecer la obligación. Si fuera así, un pago posterior abre la posibilidad de solicitar un pago indebido. Por otro lado, se la determina como la extinción de la acción de cobro del sujeto activo. En ese sentido, el artículo analiza los efectos de la prescripción, concluyendo que junto a la prescripción se elimina la acción del sujeto activo. Por tanto, mediante la supletoriedad de la norma, la obligación tributaria prescrita deviene en natural al no existir un derecho para exigir la obligación, otorgándole un derecho de retención.

Palabras clave

Prescripción tributaria, Pago indebido, Obligación tributaria, Obligación natural.

Abstract

In Ecuador there is uncertainty as to the effects of the payment of a tax obligation even though the prescription has been declared. There are two different opinions on this matter. The tax law understands the prescription to disappear the obligation. If this is the case, a subsequent payment opens the possibility of requesting an improper payment. It is also determined as the extinction of the recovery action of the taxpayer. The article analyzes, by means of an analysis of the most relevant norms and doctrine, the effects of the prescription. In the results of the study, it is concluded that, together with the prescription, the action of the active subject is eliminated. Therefore, by means of the supplementary nature of the norm, the prescribed tax obligation becomes natural since there is no right to demand the obligation and granting it a right of retention.

Keywords

Tax Prescription, Incorrect Payment, Tax Obligation, Natural Obligation.

1. Introducción

La prescripción significa la modificación que experimenta determinada situación jurídica con el transcurso del tiempo. Responde al cambio en las relaciones jurídicas de las personas generada por

¹ Abogado del estudio jurídico Lexvalor Abogados, miembro del área de litigio y derecho corporativo. Abogado por la Universidad Sam Francisco de Quito. Correo electrónico: nmaldonado@lexvalor.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-2732-5276>.



el paso del tiempo (Vidal Ramírez, 2014). En síntesis, la prescripción se concibe como una herramienta legal utilizada para adquirir derechos o, en su defecto, extinguir acciones u obligaciones.

Su aplicación más común es en el derecho civil. Sin embargo, la prescripción tiene cabida en ciertas áreas de derecho público. Esta investigación, específicamente, se centrará en la prescripción en materia tributaria. La prescripción tributaria representa la pérdida del derecho de acción de la administración tributaria respecto de su derecho sustantivo (Aguayo, 2021, p. 5). Este concepto jurídico tiene lugar cuando perece un derecho de acción porque el titular descuida ejercitarlo en un cierto plazo (García Vizcaíno, 1999, p. 379). En el Derecho Tributario ecuatoriano se interpreta como una forma de extinguir la acción de cobro y la obligación del sujeto pasivo frente a obligaciones tributarias adeudadas por los contribuyentes.

Entonces, la inacción de la administración para exigir al contribuyente el cumplimiento de una obligación tributaria deriva en la prescripción de la facultad recaudadora que este tiene frente al cobro de dichos tributos. La prescripción tributaria en la legislación ecuatoriana se encuentra regulada en el Código Tributario, estableciendo que la obligación y la acción de cobro de los créditos tributarios y sus intereses prescribirá en el plazo de cinco años, contados desde la fecha en que fueron exigibles (Código Tributario, 2005, art. 55).

Sin embargo, la normativa especializada posee una zona gris. El Código Tributario omite una regulación respecto a las consecuencias jurídicas de un pago de tributos posterior a cumplido el plazo de la prescripción. Frente a esto, como posible respuesta se determinan dos criterios. El primero, determina que la prescripción constituye un modo de extinguir la obligación tributaria en su totalidad. El segundo criterio, expone que al producirse la prescripción el acreedor pierde su derecho a exigir el cumplimiento de la obligación, pero esta subsiste transformándose en una obligación natural (Código Civil, 2005, art. 1486). Esta hipótesis se apoya en la supletoriedad del derecho civil para resolver vacíos en la norma tributaria (Código Tributario, 2005, art. 14).

Con la intención de resolver el problema jurídico planteado, el presente estudio analizará los distintos criterios mencionados sobre los efectos del pago de tributos posterior a declarada la prescripción tributaria.

2. La prescripción tributaria en la legislación ecuatoriana

El Derecho Tributario regula la forma en que los Estados obtienen, mediante mecanismos legítimos y la aplicación de su facultad de autotutela, dinero de los particulares para satisfacer el gasto público (Sevillano, 2020). Como disciplina, la rama tributaria regula los tributos, su creación y aplicación. En ese marco, uno de los objetos principales de Derecho Tributario es determinar la obligación del ciudadano de pagar impuestos, así como regularla (Sánchez, 2022, p. 16).

En el Ecuador, el Código Tributario (en adelante CT), norma especializada en la materia, establece su ámbito de aplicación aclarando que sus preceptos regulan las relaciones jurídicas entre los sujetos activos y los sujetos pasivos. El tributo es la prestación pecuniaria exigida por el Estado (Código Tributario, 2005, art. 1).

Entre estos preceptos se encuentra la prescripción tributaria, figura que ocupa este estudio. El cuerpo normativo referido previamente regula a esta institución jurídica como un modo de extinguir las obligaciones tributarias. Sin embargo, en su aplicación aparecen problemas que, como es característico de la prescripción, se derivan de su objeto, efecto y naturaleza (Ditonno, 2018, p. 14).

Por esta razón es necesario revisar normativa supletoria para colmar posibles vacíos o incongruencias de la ley tributaria. Tal es el caso que nos concierne. Al presentarse un vacío en lo que respecta a los efectos de un posible pago de impuestos ulterior a declararse la prescripción tributaria,

el presente apartado tiene como objetivo analizar el trato normativo de la prescripción tributaria, así como exponer el problema jurídico planteando una posible vía adecuada para su solución.

2.1. Institución jurídica de la prescripción tributaria

La prescripción es una figura jurídica mediante la cual se abre la posibilidad de declarar adquiridos o extintos los derechos por el transcurso del tiempo. Esto, para dar certeza a las relaciones jurídicas (González Aparicio, 2020, p. 154), así como evitar que situaciones jurídicas innecesarias se prolonguen (Ditonno, 2018, p. 14).

La prescripción extintiva difiere de la adquisitiva pues, a diferencia de esta, la primera se sustenta en la terminación o desvirtuación de derechos en virtud de su no ejecución o ejercicio (Ennecerus, 2950, p. 101). Al referirnos a la prescripción desde un enfoque tributario, opera como un instrumento extintivo de derechos o acciones. La prescripción es una forma de perecer las obligaciones tributarias.

El CT trata la prescripción como una forma de destruir la obligación tributaria estableciendo que esta liquida en todo o en parte dicha obligación (Código Tributario, art. 37). Entonces, parecería correcto afirmar que la prescripción en aspectos tributarios responde a una forma extintiva o libertaria de obligaciones. El transcurso del tiempo y la falta de actividad de la administración para exigir el cumplimiento de tal responsabilidad ya determinada produce un efecto extintivo de esta exonerando al contribuyente de su pago (Calvo Ortega y Calvo Vérguez, 2019, p. 189).

Sin embargo, aparece una falta de claridad en la norma. El mismo código en artículos siguientes, sobre el plazo de la prescripción preceptúa que “tanto la obligación como la acción de cobro de los créditos tributarios, intereses y multas prescribe en el plazo de cinco años” (Código Tributario, 2005, art. 55). Entonces, de una interpretación literal de la norma, se entiende que la prescripción provoca tanto la extinción de la obligación como la de la acción de cobro.

La acción que posee la administración para perseguir el pago de impuestos previamente determinados se ve impedida una vez transcurra el tiempo para que opere la prescripción y sea declarada. Es así como no solo la obligación es aniquilada, la administración deja de contar con vías para exigir el pago de dichos tributos. El CT confunde los efectos de la prescripción tributaria, no se tiene claridad si esta persigue a las acciones, obligaciones u ambas dándoles un efecto extintivo siendo las consecuencias sumamente distintas.

La misma confusión aparece en la legislación ecuatoriana aduanera. En materia aduanera no se puede perder de vista el mensurable componente tributario determinado como arancel o derecho arancelario (López Espinoza, 2023, p. 79). Se debe tener en cuenta que la obligación tributaria aduanera es considerada un vínculo jurídico personal que se concreta en el cumplimiento de las prestaciones tributarias incluyendo en sí la potestad aduanera tributaria (Troja Jaramillo y Simone Lasso, 2014, p. 148). El legislador ecuatoriano también ha previsto la figura de la prescripción en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (en adelante COPCI) como forma de regulación de la obligación tributaria aduanera.

El artículo 114 de este cuerpo normativo posee un símil con el 37 del CT antes descrito al concebir a la prescripción como un modo de abolir las obligaciones aduaneras (Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, 2015). Sin embargo, el COPCI también se contradice. El artículo 120, al determinar un plazo para la prescripción, explica que la acción de la administración para cobrar las obligaciones aduaneras prescribe de igual forma en el plazo de cinco años (Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, 2015). Si es así, la prescripción deja de ser una forma extintiva del derecho de la administración respecto a la obligación que tiene el contribuyente y pasa a ser una forma extintiva de acciones, en particular,

de la acción de cobro antes mencionada. Esto genera una confusión sobre la naturaleza de la prescripción al tratarse de obligaciones tributarias.

2.2. Falta de regulación sobre pago posterior a declarada prescripción

El desconcierto que genera la figura de la prescripción en materia tributaria, problema descrito en el punto precedente, conduce a errores interpretativos y de aplicabilidad de la norma. Bien lo afirma Ditonno, un instituto jurídico de tal naturaleza como la prescripción encierra en sí mismo múltiples interrogantes y a la vez incertidumbre en sus efectos y aplicación (2018, p. 14). Tal es el caso de la zona gris respecto a las consecuencias de un pago posterior a declarada la prescripción. Si bien el Derecho Tributario ecuatoriano consagra a la prescripción como un modo de extinguir obligaciones o acciones, omite conceptualizar una solución sobre aspectos fundamentales que se pueden suscitar por medio de la operación de este instrumento jurídico. Entre ellos se encuentra el supuesto de un posible pago de una obligación tributaria declarada como prescrita.

La cuestión presentada se podría explicar mejor con un ejemplo hipotético. La administración tributaria en ejercicio de su facultad determinadora, el 5 de agosto de 2017 mediante acta de determinación que no ha sido sujeta a ningún recurso en el tiempo que prevé la ley, determina la obligación tributaria del contribuyente. Luego de cinco años, la administración no ha ejercido su facultad de acción de cobro, por lo que se configura el plazo para que opere la prescripción y es declarada luego de haber sido alegada por el sujeto pasivo, tal como establece la norma. Sin embargo, a pesar de haberse ejecutado esta figura, el contribuyente paga esta obligación tributaria.

La ley específica en materia tributaria no posee ninguna disposición relativa al efecto de tal pago. El CT parece haber aludido al problema describiendo que la prescripción afecta directamente a la obligación. De esta manera, la negligencia de la administración genera que su facultad a percibir tales tributos se extinga y un eventual pago caería en indebido (González Aparicio, 2021, p. 75).

Para respaldar esta tesis, el CT referente al pago indebido (2020, artículo 120) señala causales para determinar cuándo procede tal figura. Expertos en la materia expresan que este apartado de la norma, al referirse que los pagos fuera de la medida legal son considerados aptos para solicitar un pago indebido, contempla los casos en que el pago de tributos se realiza posterior a que estos han prescrito. Sin embargo, no es del todo claro que la norma realmente se refiera a tributos pagados a pesar de encontrarse prescrita dicha obligación.

Incluso, entender que la prescripción extingue a la obligación resulta contradictorio con la disposición del COPCI, norma que describe a la prescripción como forma de extinguir acciones. La interpretación de la prescripción en materia tributaria, por la naturaleza de la prestación que representa un tributo, no puede considerarse como una forma de extinguir la obligación. Puede que, de norma supletoria, podría conducirse una solución al ser esta figura impropia del derecho público.

Por ello, para encontrar una salida jurídicamente factible, es necesario resolver esta incógnita a partir de su origen, es decir, del derecho privado. Además de revisar la naturaleza de la prescripción estipulada tanto en el CT como en el COPCI, es indispensable remitirse a las normas del Código Civil (en adelante CC) para observar la naturaleza de la prescripción en materia tributaria.

2.3. Remisión al Código Civil como norma supletoria

Ante un vacío normativo o una cuestión indeterminada el CT en su artículo 14 establece que disposiciones, principios y figuras de las demás ramas del derecho se aplicarán como normas

supletorias para colmar vacíos de ley siempre que no se contraríen los principios básicos de la tributación. Esta analogía es un procedimiento admisible para resolver vacíos de ley, limitando su aplicación a la creación de tributos y exenciones. Es posible, para dar una solución a dilemas no contemplados en la ley tributaria, remitirse a otras ramas del derecho capaces de colmar tal laguna.

La jurisprudencia lo interpreta de la misma forma. La Sala de lo Contencioso Tributario en su resolución N.º 00021-2020 señaló que, en materia tributaria, es posible acudir a una norma supletoria cuando la normativa especializada al tema, en tal caso, la normativa tributaria posee un vacío legal que bien se puede dar solución desde otra línea del derecho.

La misma Sala de la Corte Nacional de Justicia, en el proceso número 17502-2011-0114 en observancia de lo alegado por una de las partes inmersas en el conflicto determinó que para utilizar como norma supletoria al CC se debe verificar que tales disposiciones, por su carácter de supletoriedad, son llamadas a aplicarse solo cuando exista omisión u obscuridad en la norma de la materia y se necesita la intervención de otra norma. Además, es requerido que la norma especial contenga regulación expresa que permita la derivación a otra rama del derecho (Corte Nacional de Justicia, 2020, p. 8).

Por lo tanto, sobre la base de la jurisprudencia mencionada y en vista de la existencia de norma expresa que permita la supletoriedad, es posible observar disposiciones distintas a las del derecho tributario para tratar de dirimir insuficiencias en la ley. Al dilema que representa, la satisfacción de una prestación de carácter tributario posterior a declarada la prescripción, se la tratará de responder mediante norma supletoria. La pertinencia de encontrar la ley que más se adecúe a responder problemas jurídicos derivados de la prescripción y así adaptarlos a su aplicación en el Derecho Tributario es clara y se expone en las líneas siguientes.

Al ser la prescripción un principio originario del Derecho Civil, materia que por excelencia regula esta institución lo más plausible es aplicar conceptos derivados del derecho privado (Laurent, 1896). Resulta acertado remitirse al CC para determinar la naturaleza de la prescripción tributaria, siendo esta rama del derecho el origen de la figura jurídica de la prescripción.

Entonces, es claro el vínculo que existe entre la prescripción regulada en el CC y la prescripción tributaria. Sería un error excluir la aplicación supletoria de algunos conceptos propios del derecho privado en el derecho público (González Aparicio, 2020 p. 682). A su vez, esta interpretación complementaria se la debe realizar con límites establecidos. Estos se refieren a que tan solo se podrá suplementar disposiciones tributarias en casos de vacíos, sin contrariar principios elementales del Derecho Tributario, lógica compartida por nuestro legislador en el CT.

Respecto a la prescripción, Troya y Simone mencionan que esta institución a pesar de explicarse como una aplicación del fuero tributario se define como una institución del Derecho Privado (Troya y Simone, 2014, p. 195). Observar el Título XL del CC denominado: De la prescripción es lo más oportuno. Esta norma define la figura de la prescripción como un modo de adquirir cosas ajenas por haberse poseído de estas o de extinguir derechos y acciones por no haberse ejercido durante cierto tiempo (Código Civil, 2005, artículo 2392). Como ya se había mencionado previamente, este trabajo se centra en aquella que extingue derechos y acciones. Las disposiciones contenidas en el CC servirán para analizar y resolver lo planteado hasta el momento.

3. Criterios sobre las consecuencias legales del pago una vez operada y declarada la prescripción en materia tributaria

La obligación tributaria posee un nexo estrecho con la ley y el derecho público. En lo significa que su nacimiento, exigibilidad, cumplimiento y extinción se regula por la ley (Álvarez Martínez y Martín Queralt, 2022, p. 254). La prescripción destaca entre los modos de extinción de esta, sin embargo, esta apreciación trae a algunas incongruencias por su inexactitud.

No se tiene certeza al pensar que la prescripción ataca directamente a la acción de cobro o a la extinción de la obligación en su totalidad. La norma tributaria, como ya se hizo alusión, confunde ambos efectos sin tener en cuenta la importancia que tiene el definir el tema. Específicamente hablando del pago posterior a la declaración de la prescripción, dependiendo el criterio que se adopte, la doctrina ha dividido las posibles consecuencias en dos. La primera responde a la extinción de la obligación tributaria en su totalidad.

Si la prescripción extingue la obligación significa que esta se eliminaría de todos los registros públicos y un pago posterior a determinar la prescripción sería un pago a una obligación inexistente. Para determinar qué pasaría con tal pago, se referirá al CT entendiendo que se daría un pago de lo indebido.

Por otro lado, si la prescripción tiene efectos sobre la acción para exigir el pago de la obligación adeudada, esta no desaparecería. Tan solo sería inexigible teniendo los efectos que determinaría el CC para el efecto. El presente apartado tiene como objetivo analizar ambos criterios con la intención de encontrar la solución jurídica ante el pago que se produce de forma posterior a que se alegue y declare la prescripción de un vínculo jurídico tributario.

3.1. Derecho a solicitar un pago indebido

El primer criterio se sostiene desde la arista que la obligación tributaria se extingue a causa de la prescripción. A pesar de que existe discrepancia en la doctrina sobre esta cuestión, parece ser que el CT, así como resoluciones administrativas y la jurisprudencia da luces para resolver este problema.

Dentro del caso Jacques Laufer c. la Corporación Aduanera Ecuatoriana resuelto por Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, se explica que por prescripción ha de entenderse la extinción automática de la obligación tributaria liberando al deudor de cumplir su obligación (Corte Nacional de Justicia, 2011, p. 2). La norma ecuatoriana entiende a la prescripción de la misma forma, como extintiva de la obligación. El artículo innumerado titulado: “Extinción de las obligaciones tributarias de recuperación onerosa” del CT establece que, una vez cumplidos los plazos de prescripción de la acción de cobro se puede declarar masivamente la extinción de las obligaciones tributarias que no superen un salario básico unificado (2005).

La prescripción, en los casos que establece el artículo previamente citado, si causa expresamente la extinción de la obligación tributaria, además que esta será declarada de oficio. Para sostener esta idea, la Dirección Metropolitana Tributaria mediante la Resolución DMT-MAN-2022-003, en su artículo único determina que aquellas obligaciones tributarias que sean administradas por el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito quedarán extintas con sus multas, recargos e intereses cuando haya transcurrido el plazo de prescripción de la acción de cobro (Resolución N.º DMT-MAN-2022-003, 2022, artículo 1). Así, se eliminan todas las obligaciones tributarias que una vez cumplido el plazo de prescripción no han sido requeridas por la administración.

Incluso, el Servicio de Rentas Internas a través de la Resolución N.º NAC-DGERCG21-00000047 decreta las normas que definen los montos considerados como deuda de recuperación onerosa para que estas sean extintas siempre que se haya cumplido el plazo de prescripción (Resolución N.º NAC-DGERCG21-00000047, 2021, art. 1).

Sin embargo, tanto el artículo innumerado como las resoluciones administrativas citadas expresamente determinan que se “extingue” la obligación cuando se cumple el tiempo de prescripción de la “acción de cobro”. No resuelven el problema planteado, más bien, afirman la contradicción. Aun así, se entiende la motivación de estas disposiciones. Siendo la prescripción, en este caso, de orden público debe ser de interés social y general reconocer obligaciones

que el fisco debe renunciar a ciertos cobros tributarios, declarando extinta la obligación en virtud de una carga innecesaria cuando son montos menores.

Inclusive, por un principio de suficiencia recaudadora, es comprensible que la administración dé de baja deudas tributarias que no aportan a la recaudación de impuestos y así dar prioridad a deudas mayores. Pero, esto no significa que cualquier obligación se extingue por el paso del tiempo. Incluso, estas disposiciones limitan esta extinción haciendo entender al lector que las obligaciones tributarias que superen un monto mayor al establecido previamente no se extinguen o, al menos, no de oficio.

Bajo el supuesto que la relación jurídica existente entre el Estado y el sujeto pasivo recae en la prescripción y se configure una causal de extinción de la obligación tributaria, se podrían cumplir todos los requisitos y condiciones para que el sujeto pasivo se libere del pago de esta obligación (Mejía, 2013, p. 128). Entonces, ante un eventual pago de quien estuvo obligado, aunque su deuda haya quedado extinta ya sea por actitud de ética, moral o confusión, la entidad pública recaudadora no podría registrar tal transacción al no existir obligación que satisfacer.

Ahora, qué ocurre frente un pago del que no existe obligación de realizar en vista de su extinción. La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario determina que se produce un pago indebido. Como menciona esta Sala, el pago indebido constituye un mecanismo legal que poseen los sujetos pasivos cuando se han procedido pagos de valores determinados, evidenciando que no debían realizarlo al haber un error en la determinación o inexistencia de la obligación (Corte Nacional de Justicia, 2022, pp. 10-11). La inexistencia de la obligación se deriva de su extinción. Si la obligación prescrita extingue la obligación, esta es inexistente.

La teoría de la inexistencia desde un campo práctico puede ser entendida cuando, el sujeto pasivo, a través del portal del SRI solicita la declaración de prescripción de una deuda tributaria. Una vez aceptada, el sistema refleja “el contribuyente está al día en sus obligaciones”. En ese caso, parecería que incluso en el campo práctico, la prescripción causa la extinción de la obligación y, por tanto, su inexistencia.

Entonces, el pago indebido procede cuando, después de que el sujeto pasivo realice un pago, se ha determinado según las normas tributarias la inexistencia total del presupuesto móvil del pago, por lo que no existía justificación para cumplir con la obligación (Birocchi, 2017, pp. 439-484). Cuando el contribuyente paga un valor impertinente por cualquiera de las causas legales para declararlo como tal, está en todo su derecho para que se le sea devuelto (Rossignolo, 2015, p. 115).

Si la prescripción causa la inexistencia de la obligación tributaria, ¿se configura un pago indebido? Guerrero responde afirmativamente la interrogante. Se considera como pago indebido cuando la recaudación, a pesar de haberse efectuado, se demuestra que existió una incorrecta apreciación de los valores del pago o que estos decaen en improcedentes por la falta del hecho imponible (2012, p. 70). Por ende, frente a un pago posterior a declarada la prescripción de la obligación tributaria por el paso del tiempo y tomando el criterio que esta afecta directamente la existencia del vínculo jurídico, se podría solicitar un pago indebido para recuperar dichos valores.

El CT en su artículo 122 determina las circunstancias que dan paso a solicitar un pago indebido y, consecuentemente, la devolución de estos valores pagados incorrectamente. Este artículo considera como pago indebido aquel que se ha realizado por un tributo no establecido legalmente, de aquel que haya sido pagado a pesar de existir exención por mandato legal o al efectuado sin que haya nacido la obligación tributaria. Asimismo, se considera como pago indebido aquel que se satisface fuera de la medida legal (2005).

Autores consideran que, el supuesto de haber efectuado un pago fuera de la medida legal se refiere a aquellos casos en los que este pago se ha realizado luego de haberse declarado la prescripción de una obligación tributaria y esta se satisface. Esto, debido a que este pago se ha realizado fuera de los términos establecidos de la ley al haber prescrito la acción de cobro (Valdivieso, 2023). Este criterio responde a la hipótesis que sostiene que, al prescribir la acción, se extingue la obligación tributaria.

Sin embargo, este análisis puede ser refutado. Si bien es posible interpretarse de tal forma que el mencionado artículo establezca una solución al pago de obligaciones tributarias posterior a declarada la prescripción, esta disposición no es expresa ni determina con exactitud a la incógnita que se trata de resolver. Por lo tanto, no se soluciona el problema jurídico planteado. El término “fuera de la medida legal” no es claro para referirse a un concepto de “fuera del plazo de exigibilidad”.

Mismo criterio ha adoptado la Sala de lo Contencioso Tributario en su resolución 91-2020, en la cual el Tribunal consideró el término “fuera de la medida legal” se emplea a supuestos donde, por ejemplo, los tributos hayan sido cancelados (Corte Nacional de Justicia, 2020, p. 6). La misma Sala, párrafos delante, establece que en virtud del pago indebido se paga por error lo que no se debe. Sin embargo, en el problema de análisis, la obligación tan solo dejó de ser exigible. Esto no significa que el sujeto pasivo haya dejado de ser deudor de la obligación tributaria prescrita, tan solo el sujeto activo carece de acción para poder exigirla.

Sobre la procedencia del pago indebido, el artículo 306 fija las causales para solicitar este recurso de devolución. Su numeral segundo dictamina que cuando se ha pagado en todo o en parte una obligación tributaria inexistente se puede solicitar un reclamo administrativo (Código Tributario, 2022). Aun así, se interpreta que este motivo encuadra en otro supuesto, distinto al de este análisis.

La inexistencia de la obligación se mantiene ante la premisa de cuando nunca se determinó el hecho imponible que generó la obligación tributaria, no cuando esta sea extinta. Así, por ejemplo, se cancela el valor del impuesto predial sin tener bienes inmuebles, o cuando la inexistencia de la obligación se deba a falta de ley que establezca el tributo (Corte Nacional de Justicia, 2021, p. 9).

Es importante mencionar que esta tesis se sustenta desde la perspectiva de la relación entre la administración y el sujeto pasivo. Esto, debido a que la relación Administración tributaria/contribuyente no es una relación entre iguales y, por ello, no podría aplicarse de forma supletoria el CC. La relación Estado/contribuyente es una relación de poder, distinta a la relación entre particulares, en la cual el Estado tiene todos los medios para el cobro de una deuda y es su obligación y deber recaudarlos.

Por lo tanto, la prescripción de la obligación tributaria es, además de un modo de extinguir la obligación tributaria, es una sanción a la Administración Tributaria por su inacción en el cobro de esta. Al no existir norma que permita a la Administración Tributaria retener el pago de una obligación ya prescrita, esta no podría retener dicho pago (como una obligación natural), generándose —por tanto— el derecho del contribuyente a presentar la respectiva acción de pago indebido. Sin embargo, no existe causal en la norma tributaria que faculte establecer un pago de lo no debido, por lo que, no se sostiene esta hipótesis.

En conclusión, no se tiene total certeza que se pueda solicitar un pago de lo indebido. No se ha demostrado la hipótesis que la inexistencia de la obligación tributaria se origina a partir de una extinción de una obligación tributaria previamente determinada y se pueda solicitar un pago indebido. No se ha cubierto con totalidad la zona gris planteada.

3.2. Retención de lo pagado por parte del sujeto activo

El segundo criterio expone como respuesta al inconveniente legal que se generaría del pago de una obligación tributaria aun así se haya declarado la prescripción de deudas tributarias, la desvirtuación de esta a una obligación natural. Esta apreciación emana de la idea que la prescripción por una función de seguridad jurídica e impidiendo situaciones de incertidumbre, elimina la posibilidad del sujeto activo a exigir el cobro de una deuda tributaria.

Sosteniendo que prescribe la acción de cobro, Pérez Jordá analiza la prescripción desde el punto de vista que esta no extingue la responsabilidad de pago del sujeto pasivo, sino la acción para perseguir tal responsabilidad (Pérez, 2019, p. 247). Laurent, por su parte, establece que el ejercitar una acción es una facultad para el acreedor y no una obligación (1896). Sin embargo, este puede perder dicha facultad por el motivo de no haber hecho uso de esta, procediendo a computarse el plazo de la prescripción. De igual forma, Vidal Ramírez lleva a cabo un estudio de la prescripción anclándolo a la acción de cobro. Explica que la facultad de ejercer una acción de cobro, al depender de un plazo se extingue por el transcurso del tiempo eliminando la facultad que tiene el acreedor (Vidal, 2013, p. 124).

Al establecer a la prescripción como forma de extinguir la acción, ante el vacío existente sobre el supuesto jurídico planteado, es necesario remitirse al CC en su función de norma supletoria para aclarar la naturaleza de la prescripción tributaria. En lo que refiere a la prescripción como medio de extinguir las acciones judiciales, expone dos tipos de acciones que pueden ser afectadas por el no ejercicio de una acción. Estas son, ejecutivas y ordinarias (Código Civil, 2005, art. 2415). En el sistema tributario ha de entenderse que la acción de cobro se refiere a una acción ejecutiva.

Esta apreciación parte de la premisa que este tipo de acciones se proponen para hacer efectivo un derecho ya reconocido. La Resolución N.º 0075-2012 de la Corte Nacional de Justicia sobre las acciones ejecutivas reconoce que, para que las acciones ejecutivas prosperen, tienen su base sobre una obligación previamente admitida (2012, p. 7). En aspectos tributarios, el derecho del sujeto activo tiene el antecedente que este, en el ejercicio su facultad determinadora tiene la potestad de declarar la existencia de un hecho generador, su base imponible y la cuantía que el contribuyente debe pagar como deuda tributaria (Código Tributario, 2022, art. 87).

Con el resultado de la determinación se reconoce la potestad de cobro de la administración tributaria, por lo que se afirma la procedencia de una acción ejecutiva que posee el sujeto activo. Se encuentra la primera respuesta para determinar la naturaleza de la prescripción tributaria, que esta trata de una prescripción que extingue acciones ejecutivas por lo que se regulan en lo pertinente al título de la prescripción como forma de extinguir acciones.

Al no tener acción para exigir el cumplimiento de una obligación tributaria, aparece el segundo criterio sobre los efectos legales de un pago a pesar de haberse declarado la prescripción. Cuando no existe derecho para exigir el cumplimiento de una obligación y se produce un pago, esta obligación deviene en natural. Las consecuencias jurídicas de tal conversión son la imposibilidad de repetir o reclamar la devolución de lo pagado (Jiménez, 2008, p. 34).

Según la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, las obligaciones naturales se diferencian de las civiles por carecer de acción para lograr su cumplimiento, por lo tanto, es una obligación de carácter civil desvirtuada (2012, p. 8). Valencia Zea y Ortiz Monsalve son más concisos y las definen como obligaciones sin acción. Un juez jamás podrá ordenar al deudor que pague, pero satisfecha la obligación, no se devolverá lo recibido como pago voluntario y libre del deudor (2010, p. 40).

El CC determina que las obligaciones son civiles o meramente naturales. Las naturales, son aquellas que no confieren un derecho para exigir su cumplimiento pero que, cumplidas, autorizan para retener lo que ha dado o pagado de ellas (2005, artículo 1486). La

obligación no muere ni se liquida, solo se transforma en natural. Entonces, remitiéndonos a la norma supletoria, si la prescripción tributaria ataca a la acción con un efecto extintivo de esta, un posible pago posterior a la proclamación de la prescripción generaría que el SRI en su calidad de acreedor retenga tales valores.

Esta posición se confirma del mismo artículo mencionado previamente. El CC enumera las hipótesis de obligaciones naturales, siendo esta una lista no taxativa debido a que puede haber otra normativa que contenga este mismo tipo de obligaciones (Alessandri, 1983, p. 39). En particular, el artículo 1486 destaca que las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción sobrevienen en obligaciones naturales. Incluso, en el supuesto no consentido que se sostenga que lo que se extingue es la obligación, el CC da respuesta al efecto de tal extinción.

Se mantiene con la hipótesis que de una lectura conjunta del CT y el CC la intención del legislador es proponer la extinción de la acción a base de la prescripción. La consumación de la acción produce en sí el acabamiento de la obligación al no tener derecho para exigir su cumplimiento. Kruse sostiene que por la prescripción desaparece la pretensión impositiva y, por tanto y a causa de esto, de la obligación al no haber forma de exigirla (1978, p. 285).

Se demuestra entonces que aun si la prescripción se declara y el contribuyente, por cualquier motivo que fuere realiza el pago de la obligación tributaria, el sujeto activo tiene la facultad de retener este pago, a pesar de que no contaba con acción para exigirlo. A pesar de parecer resuelta la interrogante, mientras esta no sea legislada de manera correcta los efectos jurídicos, económicos y sociales que produce la zona gris seguirán mostrándose. En el punto siguiente se exponen estas consecuencias.

4. Derecho comparativo

La presente sección tiene como objetivo mencionar de forma breve el trato que las legislaciones de Colombia, Chile y Perú dan a la prescripción en materia tributaria. Esto para determinar si dichos países contemplan las consecuencias de un pago de obligaciones tributarias luego de solicitada y declarada la prescripción o, al menos, si determinan el efecto de la prescripción tributaria para evitar confusiones como ocurre en el caso ecuatoriano.

En Colombia, la prescripción en materia fiscal se encuentra reglada en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, CPACA. Este cuerpo normativo establece parámetros de la actuación administrativa por medio de normas de procedimiento y actuaciones que entidades y autoridades administrativas deben seguir en su relación con particulares.

En lo que refiere a la prescripción en materia de impuestos, esta norma indica que las acciones para exigir el pago de las obligaciones administrativas, incluyendo aquellas que versen en el cobro de obligaciones tributarias, prescriben en el término de cinco años (Ley 1437 de 2011, 2011, art. 815). La Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia C445/95 explica que la prescripción de la acción de cobro tiene su justificación en fijar el término que tiene el Estado para perseguir deudas tributarias que, legalmente, los contribuyentes tienen que pagar (1995).

Si bien la norma colombiana no tiene disposición expresa sobre los efectos de un posible pago luego a que se declare la prescripción en materia tributaria, su legislación y jurisprudencia es clara en determinar la finalidad de esta figura jurídica. En tanto la prescripción recae sobre la acción que tiene la administración para exigir el pago de las obligaciones no satisfechas, el paso del tiempo no afecta la existencia de dicha deuda. Por tanto, esta no desaparece. La norma colombiana no contiene otro precepto que contraríe este principio.

En el caso de Chile, el sistema legislativo en materia de tributación fiscal interna es el Código Tributario, reformado por la Ley 20.780. Esta norma define a la prescripción en

materia tributaria guardando un símil con el caso colombiano. En Chile, la prescripción de cobro de deudas tributarias también ataca a la acción que tiene la administración para perseguir el cumplimiento de estas. El Código Tributario de Chile en su artículo 201 determina que la acción del Fisco para exigir el pago de impuestos, intereses, sanciones y recargos prescribirá en los plazos señalados en la misma norma para la determinación de impuestos (2014).

La sentencia Rol 6242-2018 de la Corte Suprema de Justicia de Chile confirmó que los plazos de prescripción previstos en la norma chilena corresponden a los lapsos máximos para que la administración cobre los tributos adeudados. Asimismo, concluye que, con operarse la prescripción, prescribe la acción del Fisco para perseguir el pago de impuestos (2020, p. 16).

De igual forma, la sentencia Rol 719-2015 de la misma Corte se refirió a la prescripción en materia de tributos como una institución que protege al contribuyente y al debido proceso. La Corte expresa que, al superar determinado tiempo que supera con creces al plazo de la prescripción de acción de cobro, no tiene sentido mantener acreencias de impuestos que se encuentran prescritos, la administración no cuenta con vías para perseguir tales deudas (Corte Suprema de Chile, 2015, p. 22).

Es evidente que la norma tributaria chilena entiende a la prescripción como una forma de extinguir la acción que tiene la administración de ejercer su facultad recaudadora. El ente regulador fiscal chileno, una vez transcurrido el tiempo determinado en la ley y siendo la prescripción declarada, no tendría manera de perseguir por acción administrativa o judicial las obligaciones tributarias adeudadas.

Se destaca que, igual al sistema tributario ecuatoriano, el Código Tributario de Chile prevé que ante lo no contemplado en dicha norma se aplicarán los principios de derecho común contenidos en leyes generales o especiales (1966, art. 2). Siguiendo la lógica del criterio adoptado como acertado en el presente trabajo, el Código Civil chileno establece que las obligaciones civiles prescritas devienen en naturales, dando el mismo efecto de retención que en el caso de Ecuador.

Por último, la legislación peruana que regula la materia fiscal tampoco cuenta con una disposición expresa sobre los efectos de un pago de impuestos posterior a ser declarada la prescripción tributaria. Sin embargo, al igual que los dos sistemas analizados previamente, su norma contempla una definición clara de la prescripción.

El Código Tributario de Perú, modificatorias establece, en su artículo 43, que el paso del tiempo origina la prescripción de la acción de cobro de obligaciones tributarias (1995).

Por tanto, la administración carece de su facultad de recaudación una vez transurre el plazo determinado en la ley para que la prescripción pueda ser solicitada.

La legislación peruana es clara al referirse a la prescripción como manera de extinguir la acción que posee la administración para perseguir el cobro de obligaciones tributarias impagas. Incluso, a diferencia del CT ecuatoriano, no confunden la extinción de la obligación tributaria con la extinción de la acción para perseguir dicha obligación.

En conclusión, a pesar de que las normas de derecho comparativo mencionadas no contienen disposición alguna sobre los efectos de un pago luego a que se declare la prescripción en materia fiscal, son claras al referirse a la prescripción tributaria, esta afecta directamente a la acción de cobro y no es necesario interpretar a la prescripción como un criterio extintivo de la obligación tributaria.

5. Conclusiones y recomendaciones

El análisis de la figura de la prescripción no se ha agotado pese a antigüedad de esta institución en el derecho. El hecho de que el plazo de prescripción en materia tributaria haya sido

recientemente formado, así lo demuestra. Sin embargo, la legislación ecuatoriana no tiene claro los efectos de la prescripción en materia fiscal.

Así, el presente estudio se evidenció que existe una falta de claridad en la norma sobre los efectos de la prescripción en materia de impuestos. Esto deriva en espacios de incertidumbre; en este caso, sobre las consecuencias que un contribuyente pague sus obligaciones tributarias luego a que se declare la prescripción de estas.

Se determinó la existencia de dos criterios que resuelven el problema jurídico planteado. En primer lugar, se expone que la prescripción genera la extinción y desaparición de la obligación tributaria. Un posterior pago permite solicitar un pago de lo indebido y la devolución de estos valores. Sin embargo, esta teoría no se sostiene al no encuadrarse tal posibilidad en el CT, al menos no de forma expresa.

Por otro lado, se plantea que la obligación prescrita se transforma en natural. De esta forma, de ser satisfecha la obligación podría ser retenida por su acreedor. Esto se sustenta por la supletoriedad de la norma tributaria, aplicando conceptos propios del Derecho Civil y las obligaciones naturales.

Aun así, esta tesis puede ser refutada desde la perspectiva de la relación entre la administración y el sujeto pasivo. Esto, debido a que la relación Administración tributaria/contribuyente no es una relación entre iguales y, por ello, no podría aplicarse de forma supletoria el Código Civil.

La falta de certidumbre sobre los efectos de un pago a pesar de haberse declarado la prescripción en materia tributaria se soluciona por medio de la utilización de norma supletoria. A través de conceptos y principios del Derecho Civil, ante vacíos de ley, es posible concebir a la obligación tributaria como natural luego de haber prescrito la acción de cobro de la administración tributaria dando un derecho de retención al acreedor en caso de existir un eventual pago.

Por ello, resulta fundamental establecer una legislación tributaria clara y precisa que evite confusiones en aspectos prácticos y perjuicios en aspectos económicos para el sujeto activo. Parece entonces que, es necesaria una reforma legislativa al CT que establezca, de manera uniforme, que la prescripción en materia tributaria afecta a la acción de cobro de la administración para exigir el cumplimiento de obligaciones pendientes de pago.

Para terminar, es claro que el tema abordado en el presente artículo posee una infrecuente aparición en la práctica profesional. Sin embargo, académicamente se erige como un asunto de relevancia incuestionable. La prescripción, a pesar de su antigüedad, sigue siendo un punto de discusión y análisis constante. Esto determina su perdurabilidad en el sentido que, como la ciencia del Derecho en sí, continúa planteando cuestiones y desafíos que exigen una reflexión detenida en un contexto legal en constante cambio.

Referencias bibliográficas

- Alessandri, A. (1983). *Derecho Civil, Teoría de las obligaciones*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Álvarez, J. y Queralt, J. (2022). *Manual de Derecho Tributario*. Pamplona: Aranzadi.
- Aguayo, M. (2021). La prescripción tributaria de las acciones de la administración para exigir el pago, determinar la obligación tributaria y aplicar sanciones. *Revista Derecho & Sociedad*, 56, 5. <https://doi.org/10.18800/dys.202101.001>
- Birocchi, I. (2017). La fase attardata in cui è rimasto il Codice Civile italiano. Una felix culpa per la scienza giuridica degli anni dieci del novecento. Il giurista come intellettuale. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, 112, 439-484. <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/149507/146636>

- Calvo, R. y Calvo, J. (2019). *Curso de Derecho financiero*. Madrid: Thomson Reuters.
- Dittono, C. (2018). *La prescrizione*. Vicalví: Key Editore.
- Ennecerus, L. (1950). *Tratado de Derecho Civil*. Madrid: Bosch, vol. II.
- García, C. (1999). *Derecho Tributario, consideraciones económicas y jurídicas*. Buenos Aires: Editorial Depalma, tomo I.
- González, M. (2021). La prescripción tributaria como institución extintiva de fundamento múltiple. *Revista Crónica Tributaria*, 180 (3), 67-96. <https://dx.doi.org/10.47092/CT21.3.3>
- González, M. (2020). *La prescripción de la deuda tributaria*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Jiménez, J. (2009). Análisis de la obligación natural en el seno de la obligación jurídica. *Revista de Ciencias Jurídicas*, 120, 13-40. <https://doi.org/10.15517/rcj.2009.9778>
- Laurent, F. (1896). *Principios de derecho civil*. Santiago de Chile: Olejnil.
- López, L. *Apuntes sobre algunos aspectos tributarios fundamentales en materia de valoración aduanera (arancelaria)*. Bogotá: Tirant lo Blanch.
- Mejía, J. A. (2013). La exoneración tributaria. *Revista Tributum*, 22, 91-132.
- Ortiz, Á. y Valencia Zea, A. (1983). *Derecho Civil, Teoría de las Obligaciones*. Bogotá: Librería del Profesional.
- Pérez, I. (2019). Elementos de la prescripción de la infracción tributaria. *Revista de Derecho UNED*, 24, 231-279. <https://doi.org/10.5944/rduned.24.2019.25435>
- Pío, A. (2012). Sostenibilidad fiscal y principios en el Estado Social de Derecho. *Revista Criterio Jurídico*, 12 (1), 79-126. <https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criterio-juridico/article/view/856>
- Rossignolo, D. (2015). El impuesto sobre la Renta Personal y los altos ingresos en América Latina. *Revista Hacienda Pública Española / Review of Public Economics*, 214, 115-148. 10.7866/HPE-RPE.15.3.5
- Sevillano, S. (2020). *Lecciones de derecho tributario: principios generales y código tributario*. Lima: PUCP.
- Sesma, B. (2022). *Derecho Financiero y Derecho Tributario: fuentes del derecho tributario, principios constitucionales en este ámbito*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Simone, C. y Troya, J. (2014). *Manual de Derecho Tributario*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Vidal, F. (2013). Precisiones en torno a la prescripción extintiva y a la caducidad. *Revista Lex*, 11 (11), 119-128. <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v11i11.6>
- Vidal, F. (2014). *Prescripción Extintiva y Caducidad*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
- Wilhelm, H. (1978). *Derecho Tributario, parte general*. Madrid: Derecho Financiero.

Entrevistas

- Valdivieso, G. (2023). Prescripción Tributaria / Entrevistada por Nicolás Maldonado Garcés.

Legislación

- Asamblea Nacional de la República del Ecuador (2005). Código Civil (CC). Codificación N.º 2005-010. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio del 2005.
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador (2005). Código Tributario (CT). Registro Oficial Suplemento 38 de 14 de junio de 2005, reformado por última vez en Registro Oficial N/D de 10 de marzo de 2022.
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador (2010). Código de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI), Registro Oficial Suplemento 351 de 29 de diciembre de 2010.

- Código Civil, Diario Oficial de la República de Chile de 24 de diciembre de 1855, reformado por última vez el 24 de julio de 2001.
- Código Tributario, Ley 830. Diario Oficial de la República de Chile de 31 de diciembre de 1966, reformado por última vez el 24 de febrero de 2020.
- Código Tributario de Perú, Decreto Supremo N.º 135-99-EF. Diario Oficial de 28 de abril de 1995, reformado por última vez el 31 de diciembre de 2020.
- Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial de la República de Colombia N.º 48.281 de 18 de enero de 2011.
- Resolución N.º NAC-DGERCGC21-00000047 [Servicio de Rentas Internas]. Por medio del cual se expiden las normas para la definición de montos considerados como deuda de recuperación onerosa y extinción de obligaciones de recuperación onerosa. Registro Oficial 593 de 8 de diciembre de 2021.
- Resolución N.º DMT-MAN-2022-003 [Dirección Metropolitana Tributaria]. Por medio del cual se declara la extinción de obligaciones tributarias administradas por el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito. 31 de octubre de 2022.

Sentencias

- Corte Constitucional de Colombia (1995). Sentencia de 10 de abril de 1995. N.º C-445/95. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-445-95.htm>.
- Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil (2012). Resolución de 31 de octubre de 2012. N.º 0075-2012.
- Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Tributario (2020). Resolución de 28 de enero de 2020. N.º 00021-2020.
- Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Tributario (2020). Resolución de 24 de agosto de 2020. N.º 000394-2018-A.
- Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Tributario (2011). Causa de 04 de mayo de 2011. N.º 57-2009.
- Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Tributario (2022). Resolución de 30 de marzo de 2022. N.º 200-2022.
- Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Tributario (2020). Resolución de 29 de mayo de 2020. N.º 91-2020.
- Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Tributario (2021). Resolución de 18 de marzo de 2021. N.º 120-2021.
- Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala (2015). Sentencia de 06 de octubre de 2015. N.º Rol 719-2015. <https://juris.pjud.cl/busqueda/u?fx9u>.
- Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala (2014). Sentencia de 13 de julio de 2020. N.º Rol 6242-2018. <https://juris.pjud.cl/busqueda/u?h8s5>.

UNA COSA POR OTRA: ¿ANTE QUÉ REMEDIOS CONTRACTUALES
ES EFICAZ LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO?
*Quid pro quo: Against Which Contractual Remedies is the
Exception of Non-Performance Effective?*

FELIPE CASTRO ZURITA¹

Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, Quito, Ecuador

Resumen

Existen varios remedios contractuales ante la patología del incumplimiento, como son la resolución del contrato, el cumplimiento forzoso o la indemnización de perjuicios. Por otro lado, existe una defensa oponible si el incumplimiento es recíproco, conocida como excepción de contrato no cumplido. Esta figura, entendida tradicionalmente, impide que un contratante demande el cumplimiento forzoso si no ha cumplido lo pactado o no está llano a hacerlo. El presente estudio analizó la posibilidad de oponer una excepción de contrato no cumplido para contraponer la acción indemnizatoria y la acción resolutoria. Se observó cuál es el fundamento de la excepción, para demostrar que en estado de incumplimiento recíproco puede resolverse el contrato pero no puede solicitarse una indemnización de perjuicios por incumplimiento.

Palabras clave

Incumplimiento recíproco, Excepción de contrato no cumplido o excepción, Resolución e indemnización de perjuicios.

Abstract

There are several contractual remedies for the pathology of non-performance, such as termination, enforcement, or compensation for damages. Moreover, there is a defense against reciprocal breach, known as exception of non-performance. This figure, traditionally understood, prevents a contracting party from requiring performance if it has not complied with the agreement either or is not ready to do so. The present study observes the possibility of presenting an exception of non-performance to neutralize a claim for damages and a termination claim. The nature and foundation of the exception of non-performance was observed, to demonstrate that in cases of reciprocal breach it is possible to terminate the contract, but a party cannot request a compensation for damages due to non-performance.

Keywords

Reciprocal Breach of Contract, Exception of Non-Performance, Compensation for Damages, Termination.

¹ Abogado por la Universidad San Francisco de Quito USFQ. Profesor adjunto en materias de Derecho Civil. Correo electrónico: fjcastroz@outlook.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7395-8920>.



1. Introducción

Ante el incumplimiento de las obligaciones existen varios remedios que le permiten al contratante afectado tutelar sus intereses. Entre ellos destacan los derechos facultativos que otorga el artículo 1505 del Código Civil —la resolución o el cumplimiento forzoso del contrato— o la indemnización de perjuicios, ya sea accesoria a una de las dos anteriores figuras, o presentada de manera autónoma.

Ahora bien, puede que el contratante que intenta alguno de dichos remedios también haya incurrido en incumplimiento. Es aquí donde entra la defensa conocida como excepción de contrato no cumplido o *exceptio non adimpleti contractus*. Es indiscutible que, desde un punto de vista tradicional, esta excepción le otorga la facultad a un contratante de suspender su propio cumplimiento mientras el otro no cumpla o no se allane a hacerlo. Así, su eficacia se observa, sobre todo, al servir como defensa para enervar la acción de cumplimiento forzoso del contrato².

Sin embargo, se ha discutido su eficacia para impedir que prosperen otros remedios contractuales, como la indemnización de perjuicios o la acción resolutoria del contrato. La doctrina moderna ha cuestionado la aplicabilidad de la excepción, sobre todo, ante el remedio resolutorio (Caprile Biermann, 2012, p. 58). Además, un laudo arbitral doméstico rechazó la oponibilidad de la *exceptio* ante una acción indemnizatoria autónoma a pesar de reconocer el incumplimiento recíproco de las partes (Tribunal arbitral de la Cámara de Comercio de Quito, 2020, párr. 152-156, 221-223)³.

En este sentido, el presente trabajo pretende determinar el ámbito de aplicación de la excepción de contrato no cumplido, respondiendo a la pregunta de si dicha excepción es una defensa aplicable y eficaz ante la indemnización de perjuicios y la acción resolutoria del contrato en casos de incumplimientos recíprocos.

Para ello, primero se observará cuál es el fundamento de la excepción de contrato no cumplido y cómo está consagrada en el derecho ecuatoriano. Segundo, se estudiará la eficacia de la *exceptio* ante el remedio indemnizatorio. Tercero y finalmente, se observará la aplicabilidad de la excepción en estudio ante la acción de resolución del contrato.

2. El fundamento de la excepción de contrato no cumplido como defensa ante el incumplimiento recíproco

En este epígrafe se analizará cuál es el fundamento de la excepción de contrato no cumplido como defensa en casos de incumplimiento recíproco. Luego, se observará cómo esta defensa está consagrada en el derecho ecuatoriano, haciéndose una aclaración sobre la discusión en cuanto al contenido del artículo 1568 del Código Civil.

2.1. La excepción de contrato no cumplido pretende evitar el enriquecimiento injustificado

El régimen de los contratos bilaterales se funda en el principio de cumplimiento recíproco de las obligaciones. Este cumplimiento recíproco supone que las partes buscan obtener utilidad sobre la base del contrato, a través del desplazamiento de valores apreciables en dinero del patrimonio de un contratante al del otro (Abeliuk, 1993a, p. 176). Si este tipo de contratos

² La doctrina tradicional admite la eficacia de la excepción de contrato no cumplido ante todos los remedios contractuales para el incumplimiento (Caprile, 2012, p. 64). Es decir, en un estado de incumplimiento recíproco, podría impedirse que prospere la resolución del contrato, el cumplimiento forzoso, y la indemnización de perjuicios (Abeliuk, 1993b, p. 841). La jurisprudencia ecuatoriana ha seguido esta línea, sin hacer distinción entre los efectos que la excepción pueda tener ante cada remedio por separado. Ver, por ejemplo, sentencias de la Corte Nacional de Justicia de 8 de septiembre de 2021 (Juicio N.º 07333-2018-00593, párr. 12.3) o de 1 de agosto de 2012 (Juicio N.º 367-2006, párr. 3.5).

³ Tribunal arbitral conformado por Juan Pablo Aguilar Andrade, Xavier Andrade Cadena y Alfredo Corral Borrero.

se celebran para obtener este intercambio recíproco, la causa de la obligación de cada parte consiste en la obligación correlativa de la otra (Alcalde Rodríguez, 2003, p. 87).

Es justamente el incumplimiento de una de estas obligaciones correlativas y, en consecuencia, la privación de la utilidad que se buscaba, lo que le permite al acreedor intentar remedios —como la indemnización de perjuicios, la resolución, o el cumplimiento forzoso—, para poder satisfacer sus intereses contractuales a pesar del incumplimiento del deudor. Desde un punto de vista económico, una de las principales funciones del derecho contractual es establecer sanciones ante la negativa a cumplir de los contratantes (Bullard, 2006, pp. 277-278).

Ahora bien, esta satisfacción de intereses contractuales —en forma de obtención de una utilidad— tiene sentido siempre y cuando ambas partes cumplan recíprocamente sus prestaciones. Si solo una de ellas le exige el cumplimiento a la otra, se configura un caso de enriquecimiento injustificado, es decir, aquel supuesto en el que un contratante se enriquece a costa del otro sin justificarlo jurídicamente (Abeliuk, 1993a, p. 176). La justificación jurídica, en este caso, sería el cumplimiento recíproco de las obligaciones correlativas.

¿Qué sucede entonces si un contratante pretende obtener una utilidad del contrato bilateral estando en estado de incumplimiento recíproco? El contratante demandado puede defenderse a través de la excepción de contrato no cumplido. De acuerdo con Ospina Fernández y Ospina Acosta, la excepción en estudio se funda en la interdependencia de las obligaciones que generan los contratos bilaterales, determinado por la intención de que sus obligaciones sean cumplidas de manera recíproca (2005, p. 576).

En el mismo sentido, Cruz Moreno expone que la excepción de contrato no cumplido se funda en la equidad, manifestada en el mantenimiento del equilibrio contractual que existe en cuanto a las obligaciones sinalagmáticas (2004, pp. 41-43). A su vez, este mantenimiento del equilibrio contractual es una de las consecuencias de la buena fe con la que los contratantes deben ejecutar sus obligaciones, principio prescrito en el artículo 1562 del Código Civil ecuatoriano.

Por ello, la manifestación más clara de la excepción de contrato no cumplido se observa en el enervamiento de la acción de cumplimiento forzoso. Según Parraguez, permitir que un contratante incumplido exija al otro el cumplimiento es dar paso a una situación, además de antijurídica, moralmente inaceptable por la vía del enriquecimiento injustificado (2021, p. 732). En la misma línea, indica que sería contrario a la buena fe y a la equidad permitir que una parte exija el cumplimiento de su obligación a la otra sin que ella, a su vez, haya cumplido las obligaciones a su cargo (2021, p. 732).

Lo que pretende la excepción de contrato no cumplido, entonces, es proteger el equilibrio de un contrato bilateral e impedir que un contratante obtenga un beneficio a expensas de su contraparte contractual, sin haber cumplido con la prestación que le correspondía sobre la base del mismo contrato. En otras palabras, busca impedir que exista un enriquecimiento injustificado por parte de quien exige el beneficio económico del contrato sin haber cumplido su parte.

Por lo expuesto, resulta indiscutible que, a primera vista, la función principal de la excepción de contrato no cumplido es enervar la acción de cumplimiento forzoso cuando ambos contratantes han incumplido sus respectivas obligaciones. Por lo tanto, la eficacia de la defensa en estudio es indiscutible ante dicho remedio. A continuación se observará cómo esta defensa se encuentra consagrada en el derecho ecuatoriano.

2.2. La excepción de contrato no cumplido en el Código Civil ecuatoriano

No existe norma en el Código Civil ecuatoriano que prescriba expresamente la facultad del contratante demandado de paralizar su propio cumplimiento mientras su contraparte no

haya cumplido o no esté llana a hacerlo —lo que tradicionalmente se entiende como excepción de contrato no cumplido—. La norma que se ha utilizado para fundamentar esta defensa es su artículo 1568, que prescribe lo siguiente: “en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.

Según Claro Solar, este artículo “consigna la substancia de la excepción que exige el cumplimiento recíproco y simultáneo del contrato en lo que a cada uno toca para tener derecho de constituir al otro contratante en mora de ejecutarlo y poder exigirle el cumplimiento” (2013, p. 770). Meza Barros concuerda en que, sobre la base de dicho artículo, el acreedor no tiene derecho para exigir a su deudor a que cumpla forzosamente, porque la obligación del deudor, por muy moroso que sea, si lo es también el acreedor, no es exigible por este (1997, p. 267).

Sin embargo, esta interpretación del artículo 1568 no ha sido suficiente para parte de la doctrina. Existe una tendencia que distingue entre dos figuras: la compensación en mora y la excepción de contrato no cumplido. La compensación en mora hace referencia a la mora de ambas partes, considerando que este es un requisito exclusivo para demandar la indemnización de perjuicios⁴. En este sentido, la norma del artículo 1568 del Código Civil, al referirse expresamente a la mora, sería una institución independiente a la excepción de contrato no cumplido, aplicable como defensa en casos de incumplimiento recíproco, pero exclusivamente sobre la indemnización (Alcalde, 2003, p. 87).

Por el otro lado, la excepción de contrato no cumplido —en sentido estricto— se limita servir como defensa ante la acción de cumplimiento forzoso del contrato, indicando que esta figura tiene como único y exclusivo fin impedir que prospere dicha pretensión (Yúsari, 2012, p. 57). Esta línea teórica, entonces, descarta que el artículo 1568 del Código Civil ecuatoriano pueda oponerse para enervar la acción de cumplimiento forzoso por no referirse expresamente a estos efectos y solo a la compensación en mora (Mejías, 2013, pp. 407-408).

Este aparente problema ha llevado a confusiones innecesarias. Se trata de una cuestión de denominación cuya solución es mucho más simple. Independientemente de cómo se denomine a la defensa —ya sea excepción de contrato no cumplido, compensación en mora, o simplemente estado de incumplimiento recíproco—, lo único que debe responderse es si, habiendo incurrido ambas partes en incumplimiento, puede intentarse o no las acciones de cumplimiento forzoso o de indemnización de perjuicios.

La conclusión a la que llega este mismo sector de la doctrina es que, efectivamente, el estado de incumplimiento recíproco contrapone ambas acciones (Mejías, 2013, p. 407). Por ello, se considera que este aparente problema de denominación no hace más que llevar a un posible nudo gordiano cuando, como se demostrará en el apartado a continuación, el fundamento en ambos casos es el mismo: impedir que un contratante obtenga un beneficio a costas del otro.

En virtud de lo expuesto, por excepción de contrato no cumplido se entenderá simplemente a la defensa del demandado para enervar —ya sea la acción resolutoria, la indemnizatoria, o la de cumplimiento—, sobre la base de que los contratantes se encuentran en estado de incumplimiento recíproco. Es importante hacer esta aclaración debido al debate

⁴ Dentro de la doctrina tradicional, en cambio, Claro Solar indica que la constitución en mora es indispensable para que prospere la acción resolutoria, ya que quien la demanda debe haber cumplido sus obligaciones y solo cuando ha sido constituido en mora puede decirse que no lo ha hecho (2013, p. 184). De igual forma, Fueyo Laneri establece como requisitos para demandar el cumplimiento forzoso la mora del otro contratante y haber cumplido o allanarse a cumplir el demandante (2015, p. 453). Sin embargo, no hay fundamento para sostener que la mora sea un requisito para intentar dichas acciones.

al que ha entrado la doctrina por la denominación y su posible incidencia en el ámbito de aplicación de la defensa en casos concretos.

3. La eficacia de la excepción de contrato no cumplido ante la acción de indemnización de perjuicios

En este epígrafe se observará, en primer lugar, cuál es la naturaleza de la indemnización de perjuicios y su autonomía respecto de otros remedios contractuales. Ello permitirá observar, como segundo punto, la aplicabilidad de la *exceptio non adimpleti contractus* ante la indemnización.

3.1. La indemnización de perjuicios como remedio contractual autónomo ante el incumplimiento

El remedio contractual de indemnización de perjuicios se encuentra prescrito en el artículo 1572 del Código Civil ecuatoriano. Dicho artículo indica que “[l]a indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”.

De acuerdo con Barros Errázuriz, el fin de la indemnización de perjuicios por incumplimiento es colocar al acreedor en la situación en que se habría encontrado si la obligación se hubiera cumplido de manera íntegra y dentro del tiempo estipulado por las partes (1932, p. 91). Para observar cómo se consigue dicho fin, debe diferenciarse entre indemnización compensatoria e indemnización moratoria.

La indemnización compensatoria es la suma dineraria que equivale a lo que habría recibido el acreedor por el cumplimiento efectivo e íntegro de la obligación (Abeliuk, 1993b, p. 841). Este tipo de indemnización tiene un carácter de reemplazo respecto de la obligación principal, aunque no deja de ser una indemnización por su efecto de sanción civil por el incumplimiento que causa un daño (Fueyo Laneri, 2015, p. 342). La indemnización moratoria, por su lado, reemplaza al cumplimiento oportuno de la obligación, pues la suma dineraria que debe el deudor en este caso equivale al retraso en el cumplimiento de la obligación principal (Abeliuk, 1993b, p. 729).

Aunque este remedio tiene su propia finalidad, la tesis preponderante en el derecho ecuatoriano ha sido defender su accesoria ante las acciones de resolución o de cumplimiento forzoso del contrato. La jurisprudencia ecuatoriana ha sido casi inflexible al rechazar la indemnización si no va acompañada de uno de los derechos facultativos del artículo 1505. La Corte Nacional de Justicia ha mantenido esta tendencia, sobre la base de que la indemnización de perjuicios “constituye un derecho accesorio que no se puede ejercer en acción directa y exclusiva, con independencia de la acción de resolución o cumplimiento del contrato” (Juicio N.º 17711-2016-0903, sentencia de 23 de marzo de 2018, p. 9)⁵.

A pesar de ello, existe al menos una excepción dentro de la jurisprudencia local. En sentencia de 12 de octubre de 2022, se aceptó una indemnización de perjuicios directa ante la terminación unilateral antijurídica de un contrato, fundamentando la decisión en que:

Si un contrato con obligaciones recíprocas entre las partes, ha concluido por cláusula resolutoria expresa, es improcedente demandar el cumplimiento o resolución del contrato; cabe proponer el incumplimiento para verificar la licitud o ilicitud de la terminación y de ser procedente sancionar con la indemnización de daños (emergente y lucro cesante) y perjuicios,

⁵ Ver, también, sentencia de 24 de octubre de 2019, (Corte Nacional de Justicia, Juicio N.º 09332-2014-13478, p. 10); y, sentencia de 1 de septiembre de 2022, (Corte Nacional de Justicia, Juicio N.º 17231-2018-00490, p. 35).

más las penalidades accesorias de haber estipulación expresa (Corte Nacional de Justicia, Juicio N.º 17230-2018-10199, párr. 32)⁶.

En la misma línea, en un laudo doméstico se aceptó la autonomía de la indemnización por haber circunstancias en las que, debido a que un contrato puede ya hallarse terminado, es el único remedio contractual disponible. El tribunal hace alusión expresa a la terminación unilateral como uno de estos supuestos, aunque, en este caso, el contrato había terminado por vencimiento del plazo. Lo que los árbitros argumentan correctamente es que “lo que ya terminó no puede declararse resuelto o terminado nuevamente” (Tribunal arbitral del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara Ecuatoriano-Americana, 2004, p. 13)⁷.

Estas parecen ser aproximaciones a la autonomía de la indemnización de perjuicios en la jurisprudencia local, aunque se limiten a los supuestos de terminación previa del contrato por alguna causa —y aparentemente solo en contratos de tracto sucesivo—, lo que implica la imposibilidad jurídica de demandar la resolución⁸. El supuesto específico de terminación unilateral antijurídica será abordado al examinar la eficacia de la *exceptio* ante la acción indemnizatoria.

3.2. La indemnización de perjuicios intentada en estado de incumplimiento recíproco

Como se indicó, la indemnización de perjuicios es un remedio autónomo que tiene su fundamento en restablecer el estado de las cosas que se habían tenido en mira al celebrar el contrato (Osterling, 1968, p. 93). Así, esta figura opera a través de una función de equivalencia destinada a equilibrar los intereses económicos en juego (1968, p. 93).

Cuando se trata de perjuicios compensatorios, el monto equivale al valor total de la prestación incumplida. Al ser una forma de cumplimiento por equivalencia, si quien los solicita se encuentra también incumplido existe un claro supuesto de enriquecimiento injustificado. Lo mismo sucede con los perjuicios moratorios, aunque se indemnice el beneficio que se hubiese obtenido si la obligación se cumplía oportunamente. El hecho de obtener una utilidad —en forma de reparación por el cumplimiento tardío— sin haber observado la prestación correlativa, deviene también en un enriquecimiento injustificado.

Cabe mencionar en este punto que esta afirmación no es absoluta para todos los casos. Uno de los requisitos para oponer una excepción de contrato no cumplido es que el incumplimiento del contratante que demanda algún remedio sea relevante. Además, Caprile Biermann indica que se han explorado otros métodos de cuantificación de perjuicios en casos de incumplimientos recíprocos con el fin de no rehusar toda indemnización a los contratantes. Por ejemplo, el método de las reparaciones integrales cruzadas o el del porcentaje de imputabilidad (2012, p. 89)⁹.

Por ello, sin duda puede extenderse a este supuesto lo que se mencionó respecto de la pretensión de cumplimiento forzoso en estado de incumplimiento recíproco. Si los contratos bilaterales buscan otorgar un beneficio a ambas partes a través del cumplimiento recíproco, solo una de ellas estaría obteniendo esta utilidad si se le otorga una indemnización sin haber observado

⁶ Existe otro precedente de similar tenor, en sentencia de 30 de mayo de 2007, se determinó que “si el contrato es de tracto sucesivo y ya ha sido terminado por una de las partes, no procede demandar su resolución y bien ha hecho la parte actora al demandar únicamente la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato ya terminado, por así permitirlo, además, los [artículos] 1569 y 1573 del Código Civil” (Ex Corte Suprema de Justicia, Juicio N.º 205-2006, p. 7).

⁷ Tribunal arbitral conformado por Alejandro Ponce Martínez, Edgar Terán Terán y Diego Almeida Guzmán.

⁸ Existen argumentos que respaldan la autonomía de la indemnización de perjuicios en todos los casos. Puede verse, por ejemplo, el estudio de Patricia López Díaz intitulado “La indemnización compensatoria por incumplimiento de los contratos bilaterales como remedio autónomo en el derecho civil chileno”, publicado en diciembre de 2010.

⁹ El desarrollo de estos métodos de cuantificación excede los límites del presente trabajo. Estos serán objeto de una investigación futura.

su prestación correspondiente. Implica ello, entonces, una vulneración a la ética contractual, al equilibrio del contrato bilateral, y a la buena fe con la que se deben ejecutar las obligaciones.

Entonces, no puede exigirse un beneficio o utilidad, independientemente de la forma en que se adjudique, si no se ha cumplido o se está llano a cumplir con la prestación que le representa el beneficio a la otra parte, cosa que conlleva tanto los perjuicios compensatorios como moratorios (Fueyo Laneri, 2015, p. 236). En suma, la *exceptio* cumple su finalidad al enervar directamente la acción de indemnización de perjuicios.

El artículo 1568 indica expresamente cómo opera el enervamiento de la acción indemnizatoria en casos de incumplimiento recíproco. Esta norma prescribe que ninguno de los contratantes se constituye en mora si nadie ha cumplido lo pactado o no está llano a hacerlo. En materia contractual, la constitución mora es un requisito indispensable para que proceda la indemnización de perjuicios, pues la norma prescribe que esta se debe desde que el deudor se ha constituido en mora (artículos 1553 y 1573)¹⁰.

En lo que a remedios contractuales se refiere, la mora es un requisito exclusivo para demandar una indemnización. De esta forma lo ha entendido Caprile Biermann, al indicar que la mora no es un requisito para la acción de cumplimiento forzoso (2012, p. 80)¹¹. El Código Civil simplemente habilita a demandar la resolución o el cumplimiento forzoso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, sin que la mora deba entenderse como requisito para solicitar uno u otro (artículo 1505).

En este sentido, el artículo 1568 menciona que ninguno de los contratantes está en mora si ambos han incumplido, a pesar de que se configure uno de los supuestos del artículo 1567. A lo que se refiere esta norma, entonces, es que se puede oponer la excepción por incumplimiento para enervar la acción indemnizatoria (Pizarro Wilson, 2010b, p. 539). De ahí el aforismo conocido como “la mora purga la mora”, que tiene como efecto que el deudor demandado quede liberado de la obligación de indemnizar perjuicios.

Esta norma consagra el fundamento mismo de la excepción de contrato no cumplido en cuanto a la indemnización de perjuicios. A través de la neutralización de la constitución en mora, impide que un contratante obtenga una utilidad sin haber cumplido su parte. Ello indica sin duda alguna que la *exceptio* es eficaz como defensa para enervar la acción de indemnización de perjuicios¹².

Sin embargo, esta lógica parece no ser compartida en todos los casos. Dentro de un arbitraje doméstico, la parte actora demandó la restitución de unos valores pagados sobre la base del contrato después de haberlo terminado unilateralmente por incumplimiento de la demandada. Esta última reconvino y solicitó el pago de una indemnización de perjuicios directa por la terminación antijurídica del contrato. El tribunal admitió dos cosas. Primero,

¹⁰ Entonces, debe cumplirse uno de los tres supuestos del artículo 1567: el primero, si no se ha cumplido la obligación dentro del plazo estipulado; el segundo, si la obligación no podía ejecutarse sino dentro de un espacio de tiempo determinado y no se ha ejecutado; y, el tercero, si el deudor es judicialmente reconvenido por el acreedor en todos los demás casos. Una vez configurado uno de estos supuestos, el acreedor puede reclamar la indemnización.

¹¹ El autor se fundamenta en que, en el régimen de la cláusula penal —lo que en esencia es una evaluación de la indemnización de perjuicios anticipada— antes de la constitución en mora solo puede demandarse el cumplimiento de la obligación principal, pero no la pena (artículo 1553). En cuanto a la resolución del contrato, se sigue la misma lógica, pues si el acreedor puede demandar el cumplimiento sin la necesidad de constitución en mora, y el artículo 1505 otorga la elección entre el cumplimiento o la resolución, se puede concluir que la mora tampoco es requisito de la acción resolutoria (Aguad Deik, 2006, p. 15).

¹² En un caso de un Tribunal arbitral del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara Ecuatoriano-Americana, se aplicó de manera correcta la excepción de contrato no cumplido ante una pretensión indemnizatoria. El tribunal resolvió que existían incumplimientos recíprocos de las partes de sus obligaciones de no hacer, por lo que en aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* determinó la falta de derecho de la reconviniente para pretender el pago de una indemnización de perjuicios (Caso N.º 2013-005-CAM, 2014, pp. 17-18).

determinó que la terminación fue en efecto antijurídica; y, segundo, reconoció que la demandada también había incurrido en incumplimiento de sus obligaciones (Tribunal arbitral de la Cámara de Comercio de Quito, 2020, párr. 152-156, 221-223)¹³.

Por lo tanto, es un claro caso de incumplimiento recíproco, ante el que la reconvención se defendió con una excepción de contrato no cumplido para neutralizar la acción indemnizatoria autónoma de la reconvención. Esta defensa fue desestimada por el tribunal, fundamentando su decisión en que:

la excepción de contrato no cumplido —al menos en su dimensión procesal— tiene cabida y funcionalidad cuando la contraparte demanda el cumplimiento de un contrato, pues su objetivo es lograr que el demandado se abstenga temporal y legítimamente de cumplir su prestación si no advierte el cumplimiento simultáneo de la obligación correlativa (2020, párr. 154).

Consecuentemente, el tribunal desestima la excepción por no haberse demandado el cumplimiento del contrato (2020, párr. 156). El razonamiento del tribunal parece adoptar la tesis que limita la excepción de contrato no cumplido al enervamiento de la acción de cumplimiento forzoso. Sin embargo, no hay razón para desestimar la excepción si lo que esta pretende es evitar la acción indemnizatoria, mucho menos cuando el tribunal hace referencia al artículo 1568 del Código Civil. En todo caso, aplicaría esta norma sin la denominación “excepción de contrato no cumplido” sino como “compensación en mora”, bajo el fundamento de impedir una u otra acción sobre la base del incumplimiento recíproco.

Cabe cuestionar lo siguiente: ¿si la acción indemnizatoria iba acompañada de la acción de cumplimiento, la excepción de contrato no cumplido habría impedido que esta última prospere debido al incumplimiento recíproco, pero de todas formas se condenaría a la indemnización? Lo que podría intuirse es que, aplicando la tesis de la accesoriedad de la indemnización, se neutralicen ambas pretensiones porque “lo accesorio sigue la suerte de lo principal”. Sin embargo, esto no se desprende de lo que razona el tribunal, pues finalmente se acepta la pretensión de indemnización autónoma presentada por la reconviniendo.

En los casos de terminación antijurídica, entonces, si ambos contratantes incumplen lo pactado —el uno a través de la terminación injustificada y el otro en cualquier otra de las formas prescritas en el artículo 1573 del Código Civil—, es claro que se está impedido de reclamar una indemnización sobre la base de la excepción de contrato no cumplido. En el citado caso se permitió un enriquecimiento injustificado para la reconviniendo, pues se permitió que se beneficiara del contrato bilateral a través de una indemnización, incluso cuando se reconoció que había incumplido varias de sus obligaciones.

En conclusión, la excepción de contrato no cumplido sirve como defensa eficaz para neutralizar la indemnización de perjuicios, ya sea como remedio contractual autónomo, o cuando se presenta acompañada de la resolución o el cumplimiento forzoso del contrato de acuerdo con el artículo 1505 del Código Civil.

4. La (in)eficacia de la excepción por incumplimiento ante la acción de resolución del contrato

En este punto se analizará, en primer lugar, cuál es el fin y los efectos de la resolución como remedio contractual ante el incumplimiento. Ello permitirá observar, en segundo lugar, si es posible solicitar la resolución del contrato incluso si quien intenta este remedio no ha cumplido su obligación.

¹³ Tribunal arbitral conformado por Juan Pablo Aguilar Andrade, Xavier Andrade Cadena, y Alfredo Corral Borrero.

4.1. La resolución del contrato cumple un fin extintivo de derechos

A diferencia de los remedios previamente analizados —el cumplimiento forzoso y la indemnización de perjuicios—, la resolución del contrato no tiene como fin garantizar la observancia de las prestaciones pactadas, ya sea de manera íntegra o por equivalencia a través del resarcimiento. Este remedio tiene un fin por naturaleza distinto, que consiste en dejar sin efecto o poner término al contrato.

La resolución, entonces, cumple un fin extintivo, pues:

pone fin a los derechos que nacieron del contrato resuelto, con la particularidad de que esta extinción opera retroactivamente, [...] de modo que [...] coloca a las partes en el lugar en que se encontraban antes de la celebración del contrato (Parraguez, 2021, p. 717).

Si la indemnización de perjuicios busca dejar al contratante afectado en la posición en la que estaría si el contrato se hubiese cumplido, este remedio, en cambio, busca dejar a ambos contratantes en el estado anterior a la celebración misma del contrato. Por lo tanto, puede observarse que, aunque ambos sean remedios contractuales ante el incumplimiento, cumplen una función por naturaleza distinta.

En cuanto a los efectos de la resolución, cabe destacar su efecto retroactivo y, como consecuencia, la obligación de restituir lo entregado en virtud del contrato a través del régimen de las prestaciones mutuas. Según el artículo 1503 del Código Civil, aplicable para todo tipo de condición resolutoria, las partes deben restituir lo recibido bajo tal condición, lo que en este caso es el contrato celebrado que se ha resuelto¹⁴.

Sin embargo, es importante mencionar respecto de este efecto que, a pesar de ser muy propio y característico de la resolución, “no es un elemento esencial y, por tanto, puede no producirse en algunas circunstancias, entre otras, cuando se trata de contratos de tracto sucesivo [...]” (Parraguez, 2021, p. 717). Esta particularidad será relevante al analizar uno de los posibles problemas de admitir la resolución incluso en casos de incumplimiento recíproco.

A partir de lo brevemente expuesto en este punto sobre la naturaleza y efectos de la resolución del contrato, en el siguiente apartado se observará la posibilidad o no de enervar la acción resolutoria a través de la excepción de contrato no cumplido, si quien intenta el remedio resolutorio tampoco ha cumplido sus obligaciones.

4.2. La resolución del contrato procede incluso en casos de incumplimiento recíproco

Se han presentado varios argumentos a favor de permitir que prospere una pretensión resolutoria en casos de incumplimiento recíproco. El primero de ellos es que del artículo 1505 del Código Civil, no se desprende de manera literal que para ejercer el derecho a resolver el contrato deba cumplirse la obligación que corresponde a quien intenta dicho remedio. Por el contrario, el argumento para defender que el incumplimiento recíproco impide demandar la resolución, es que se ha considerado a la mora como requisito para tal efecto. En ese caso, la mora purgaría la mora, lo que impediría resolver el contrato¹⁵.

¹⁴ Otros efectos de la resolución se refieren al riesgo de las cosas que deben restituirse, la restitución de los frutos, y los deterioros y mejoras en la cosa que debe restituirse, y los efectos de la resolución respecto de terceros (Parraguez, 2021, pp. 718-722). Sin embargo, estos supuestos suponen que una de las partes ha cumplido su obligación, cosa que resulta irrelevante para efectos del presente estudio, pues el tema central es el incumplimiento recíproco.

¹⁵ Así lo ha entendido la jurisprudencia ecuatoriana, pues la Corte Nacional de Justicia ha indicado que “ni el comprador pagó el precio total, ni el vendedor entregó la cosa, ambos están en mora y por ende no puede declarar la resolución del contrato” (Juicio N.º 37-2006, 2012, párr. 3.5).

Sin embargo, como se demostró, en lo que a remedios contractuales se refiere, la mora es un requisito exclusivo para la indemnización de perjuicios, sin que dicha figura tenga relación alguna con la resolución cuando se solicita de manera autónoma. El artículo 1505 tampoco indica que la constitución en mora sea un requisito para la acción resolutoria, a diferencia de lo que sucede con el artículo 1573 en cuanto al remedio indemnizatorio.

No por ello quiere decirse que la figura de la mora se limite absolutamente a la indemnización de perjuicios, pues existen otros efectos de esta institución, entre ellos: el cuidado de la cosa debida, la responsabilidad del acreedor, la pérdida de la cosa que se debe, la exigibilidad de la obligación, etc. (Rodríguez, 2004, p. 128).

En esta línea, Díez-Picazo sostiene que la mora busca trasladar al deudor los daños por el incumplimiento, pero no es por sí misma un requisito para la resolución del contrato (2007, p. 694). Por lo tanto, la norma del artículo 1568 del Código Civil, que consagra el adagio de que “la mora purga la mora”, no resulta eficaz como defensa ante una demanda de resolución del contrato.

Además de los argumentos referentes a la mora, en la línea de lo que se calificó como el fundamento de la excepción de contrato no cumplido en el presente trabajo, la razón primordial por la que la resolución procede incluso en casos incumplimiento recíproco es porque dejar sin efecto al contrato por el desinterés mutuo de las partes, “no provoca un desequilibrio en la posición de los contratantes. [...] sino simplemente pide que se ponga término al contrato que ambas partes han deshonrado” (Parraguez, 2021, p. 698). En otras palabras, permitir que prospere este remedio aun cuando nadie ha cumplido no acarrea un enriquecimiento injustificado.

Si ninguna de las partes tiene la intención de cumplir, con mayor razón debe permitirse poner término al contrato. Es intuitivo afirmar que, ante el incumplimiento y desinterés recíproco, resulta inadecuado mantener la relación obligacional (Domínguez Águila, 2020, p. 372). De lo contrario, para que las obligaciones surgidas del contrato se extingan, tendrían que transcurrir los diez años de prescripción, supuesto que resulta poco eficiente. Ante ello, intentar la resolución del contrato puede ser el camino que mejor satisfaga el interés de uno o incluso de ambos contratantes.

Atendiendo al efecto retroactivo del remedio en estudio, podría decirse que, si ninguna de las partes ha cumplido y, por lo tanto, nadie ha recibido cosa alguna en virtud del contrato, no podría operar la resolución. Sin embargo, ya que la restitución no es una característica esencial, esta una de las circunstancias en las que, a pesar de no operar el efecto restitutorio, la consecuencia de poner término al contrato ocurre sin problema alguno. Así lo afirma Mejías Alonzo: “[...] parece más preciso afirmar que no se justifica ninguna restitución entre las partes, porque ninguna ha dado cumplimiento con sus prestaciones” (2016, p. 305).

Por todo lo expuesto, la excepción de contrato no cumplido no es una defensa aplicable y eficaz ante la acción resolutoria. En el caso de que una de las partes conserve el interés de cumplir sus obligaciones contractuales, existe una defensa propia e idónea para este supuesto: el enervamiento de la acción resolutoria a través del cumplimiento tardío, hasta antes de que se declare la sentencia de resolución¹⁶.

Sería distinto si la pretensión resolutoria viene acompañada de la solicitud de una indemnización de perjuicios, caso en el que esta debe ser rechazada sobre la base de la eficacia

¹⁶ La doctrina mayoritaria ha indicado que “mientras no haya sentencia el contrato sigue vivo, de modo que el demandado tiene la oportunidad de cumplir y frustrar la pretensión resolutoria de su acreedor” (Parraguez, 2021, pp. 688-689). En caso de incumplimientos recíprocos, si el deudor demandado cumple hasta antes de sentencia, el acreedor demandante se vería obligado a cumplir forzosamente su prestación, sobre la base del principio de conservación del contrato. El alcance del enervamiento de la acción resolutoria será abordado a profundidad en un trabajo futuro.

de la excepción de contrato no cumplido ante la acción de indemnización de perjuicios, sin perjuicio de que prospere la resolución.

Para finalizar, Pizarro Wilson habla de la necesidad de sistematizar las sanciones ante el incumplimiento, con el fin de proteger el interés del acreedor diligente en una relación contractual (2010a, p. 209). Lo mismo puede extenderse a los casos de incumplimiento recíproco, pues los contratantes deben conocer las defensas que disponen ante los remedios por incumplimiento que solicite un acreedor cuando este tampoco ha cumplido su respectiva prestación.

5. Conclusiones

El presente estudio ha analizado la naturaleza y finalidad de la excepción de contrato no cumplido. Se ha determinado que dicha excepción tiene como fin principal precautelar el principio de cumplimiento recíproco en los contratos bilaterales, evitando un posible enriquecimiento injustificado cuando una de las partes pretende beneficiarse sin haber observado lo que le correspondía. Además, se concluyó que, más allá de la denominación que se le dé a la defensa, lo que debe determinarse claramente es qué remedio contractual puede prosperar o no en casos de incumplimientos de ambas partes.

Respondiendo a la pregunta de investigación, en definitiva, de acuerdo con lo expuesto a lo largo del trabajo, el ámbito de aplicación de la excepción de contrato no cumplido puede resumirse en lo siguiente:

Primero, es indiscutible que la *exceptio non adimpleti contractus* impide que prospere una demanda de cumplimiento forzoso del contrato, pues ello acarrearía un claro caso de enriquecimiento injustificado.

Segundo, la excepción en estudio es una defensa aplicable y eficaz ante la demanda de indemnización de perjuicios, —sea que se demande junto a la resolución, el cumplimiento forzoso, o de manera autónoma— en casos de incumplimiento recíproco. Permitir que prospere esta pretensión sería otro ejemplo de enriquecimiento sin causa.

Tercero, la excepción por incumplimiento no es eficaz para evitar la acción de resolución del contrato. Este remedio cumple un fin extintivo de derechos, por lo que permitir que prospere incluso en casos de incumplimiento recíproco no enriquece injustificadamente a ninguna de las partes. Si una de ellas tiene interés en cumplir su obligación, conserva su derecho a enervar la resolución a través del cumplimiento hasta que se lleve la causa a prueba de acuerdo con lo prescrito por el Código Civil.

Todo lo expuesto indica que debe instaurarse un sistema y una línea jurisprudencial a nivel local que permita a los contratantes conocer sobre los remedios ante el incumplimiento, así como las defensas disponibles si dicho incumplimiento es recíproco. Solo de esa forma se podrán satisfacer y proteger efectivamente los intereses de los contratantes.

Referencias bibliográficas

- Abeliuk, R. (1993). *Las obligaciones: Tomo I y II*. Santiago: Editorial Temis S.A.
- Aguad Deik, A. (2006). Algunas reflexiones sobre los efectos del incumplimiento recíproco frente a la acción resolutoria. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N.º 6, 9-28. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=370840819001>
- Alcalde Rodríguez, E. (2003). Acción resolutoria y excepción de contrato no cumplido. *Revista Actualidad Jurídica*, 8, 69-93. <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ-Num-8-P69.pdf>

- Barros Errázuriz, A. (1932). *Curso de Derecho Civil: Segundo Año, Primera Parte*. Santiago: Editorial Nascimento.
- Bullard González, A. (2006). *Derecho y economía: El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra Editores.
- Caprile Biermann, B. (2012). Algunos problemas ofrecidos por la excepción de contrato no cumplido y, en especial, el de su invocación para atajar la acción resolutoria en el caso de incumplimiento recíproco de los contratantes. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 39, 53-93. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512012000200002>
- Claro Solar, L. (2013). *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado: Volumen V, Tomo II, De las obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Cruz Moreno, M. (2004). *La exceptio non adimpleti contractus*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Fueyo Laneri, F. (2015). *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Díez-Picazo, L. (2007). *Fundamentos de Derecho civil patrimonial, Volumen I*. Pamplona: Editorial Thomson Civitas.
- Domínguez Águila, R. (2020). El incumplimiento recíproco en un contrato bilateral, la resolución del contrato y la excepción de contrato no cumplido. *Revista de Derecho Universidad de Concepción* N.º 248, 366-372. <https://doi.org/10.29393/RD248-22EERD10022>
- López Díaz, P. (2010). La indemnización compensatoria por incumplimiento de los contratos bilaterales como remedio autónomo en el derecho civil chileno. *Revista Chilena de Derecho Privado* N.º 15, 65-113. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722010000200003>.
- Mejías Alonzo, C. (2013). La excepción de contrato no cumplido y su consagración en el código civil chileno. *Revista Chilena de Derecho* N.º 40, 407-408. <https://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v40n2/art02.pdf>
- Mejías Alonzo, C. (2016). Una revisión crítica de los efectos de la resolución por incumplimiento y una propuesta de solución. *Revista Ius et Praxis* N.º 22, 271-322. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122016000100009>.
- Meza Barros, R. (1997). *Manual de Derecho Civil de las obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Ospina G., Ospina, E. (2005). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá: Editorial Temis.
- Osterling, F. (1968). La valuación judicial de los daños y perjuicios. *Revista de la Facultad de Derecho* N.º 26, 93-102.
- Parraguez, L. (2021). *Régimen jurídico del contrato*. Quito: Editora Jurídica Cevallos.
- Pizarro Wilson, C. (2010). Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual. En Carlos Pizarro Wilson y Álvaro Vidal Olivares (eds.) *Incumplimiento, contractual, solución e indemnización de daños* (pp. 121-136). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Pizarro Wilson, C. (2010). La excepción por incumplimiento contractual en el derecho civil chileno. En Carlos Pizarro Wilson y Álvaro Vidal Olivares (eds.) *Incumplimiento, contractual, solución e indemnización de daños* (pp. 525-545). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Rodríguez Grez, P. (2004). Sobre la excepción de contrato no cumplido. *Actualidad Jurídica* N.º 9, 121-130. <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ-Num-9-P121.pdf>

Yúsari, T. (2012). *Incumplimiento recíproco y remedios contractuales*. Santiago: Abeledo Perrot.

Legislación

Código Civil [CC]. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

Sentencias

- Corte Nacional de Justicia (2012). Juicio N.º 367-2006, sentencia de 1 de agosto de 2012.
- Corte Nacional de Justicia (2018). Juicio N.º 17711-2016-0903, sentencia de 23 de marzo de 2018.
- Corte Nacional de Justicia (2019). Juicio N.º 09332-2014-13478, sentencia de 24 de octubre de 2019.
- Corte Nacional de Justicia (2021). Juicio N.º 07333-2018-00593, sentencia de 8 de septiembre de 2021.
- Corte Nacional de Justicia (2022). Juicio N.º 17231-2018-00490 sentencia de 1 de septiembre de 2022.
- Corte Nacional de Justicia (2022). Juicio N.º 17230-2018-10199, sentencia de 12 de octubre de 2022.
- Ex Corte Suprema de Justicia (2007). Juicio N.º 205-2006, sentencia de 30 de mayo de 2007.
- Tribunal arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito (2020). Caso N.º 26-2017-CCQ, laudo de 13 de octubre de 2020. <https://arbitraje.usfq.edu.ec/arbitraje/faces/index.xhtml> (buscar entre comillas: “26-2017-CCQ”).
- Tribunal Arbitral del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara Ecuatoriano-Americana (2004). Caso N.º 2003-003-CAM, laudo de 3 de junio de 2004. <https://arbitraje.usfq.edu.ec/arbitraje/faces/index.xhtml> (buscar entre comillas: “2003-003-CAM”).
- Tribunal arbitral del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara Ecuatoriano-Americana (2014). Caso N.º 2013-005-CAM, laudo de 28 de noviembre de 2014. <https://arbitraje.usfq.edu.ec/arbitraje/faces/index.xhtml> (buscar entre comillas: “2013-005-CAM”).

EL JOVEN NIETZSCHE Y LA VERDAD EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO: UNA APROXIMACIÓN

The Young Nietzsche and the Truth in the Teaching of Law: An Approach

CAMILO ARANCIBIA HURTADO¹
Universidad de Valparaíso, Valparaíso, Chile

Resumen

Uno de los campos donde el Derecho y Literatura se ha hecho fuerte es en la Enseñanza del Derecho. Las palabras de la ley, aquellas que aprenden nuestros estudiantes desde la dogmática jurídica, son parte de un lenguaje que supone un paradigma jurídico que, a día de hoy, no es otro que el formalista. Ese lenguaje, llevado al extremo, se torna pétreo y hace que los conceptos del Derecho aparezcan frente al alumnado como verdades institucionales que él sólo debe aprender y recitar de memoria. Uno de los grandes problemas de esa manera de enseñar el contenido jurídico es que hace que el estudiante se olvide de lo que son las palabras jurídicas: frutos de convenciones legislativas y acuerdos políticos, mas no verdades científicas a descubrir. El gran impugnador de la verdad y el conocimiento es el filósofo alemán Friedrich Nietzsche (1844-1900), quien en la década de los 70 del siglo XIX escribe los siguientes textos: *Sobre el pathos de la verdad* (1872) y *Sobre verdad y mentira en sentido extramoral* (1873). En ambos se pregunta por el lenguaje y la verdad, realizando una crítica a la elaboración de conceptos, la actitud que promueven y el aislamiento de la ciencia al que conducen. Cree observar una salida al estado de las cosas recurriendo al arte. En este breve trabajo pretendo señalar que las ideas de Nietzsche pueden enriquecer la manera en que reflexionamos sobre las palabras de la ley entendidas como verdades en el aula.

Palabras clave

Enseñanza del Derecho, Lenguaje, Verdad, Dogmática jurídica, Concepto.

Abstract

One of the fields where Law and Literature has become strong is in the Teaching of Law. The words of the law, those that our students learn from the jurisprudence, are part of a language that supposes a legal paradigm that, to this day, is none other than the formalist one. This language, taken to the extreme, becomes rigid and makes the concepts of Law appear in front of the student as institutional truths that he only has to learn and recite by heart. One of the big problems with this way of teaching legal content is that it makes you forget that legal words are the result (among other elements) of legislative conventions, political agreements and that they are not scientific truths to be discovered. The great challenger of truth and knowledge is the German philosopher Friedrich Nietzsche (1844-1900) who, early in the 1970s, wrote two texts: *On the pathos of truth* (1872) and *On truth and lie in an extramoral sense* (1873). In both, he questions language and truth, making a critique of the elaboration of concepts,

¹ Abogado, profesor de Derecho Civil y Derecho y Literatura en la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso. Máster en Derecho y Máster en Literatura. Doctorando en Filosofía por la Universitat Autònoma de Barcelona. Correo electrónico: camilo.arancibia@uv.cl. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7484-3068>.



the attitude they promote and the isolation of science to which they lead. He thinks he sees a way out of the situation by resorting to art. In this brief paper I intend to point out that Nietzsche's ideas can enrich the way in which we reflect on the words of the law understood as truths in the classroom.

Keywords

Law Teaching, Language, Truth, Jurisprudence, Concept.

1. Nietzsche se asombra

Encontré un día este libro precisamente en el Antiquariat del viejo Rohn. Ignorándolo todo sobre él, lo tomé en mis manos y comencé a hojearlo. No sé qué especie de demonio me susurró al oído: "llévate este libro a casa" [...] Una vez en casa, me acomodé con el tesoro recién adquirido en el ángulo del sofá y dejé que aquel genio enérgico y severo comenzase a ejercer su efecto sobre mí. Ahí, en cada línea, clamaba la renuncia, la negación, la resignación; allí veía yo un espejo en el que, con terrible magnificencia, contemplaba a la vez el mundo, la vida y mi propia intimidad [...] Me asaltó un violento deseo de conocerme, de socavarme a mí mismo (Morey, 2018, p. 26).

Estas son las palabras que escribe Nietzsche sobre su encuentro con *El mundo como voluntad y representación* de Arthur Schopenhauer. El joven estudiante universitario de 21 años se fascina con la obra y no puede parar de leerla. Se acuesta tarde y se despierta a las seis de la mañana para continuar el análisis. Entretanto, medita, compone un *Kyrie* y piensa. El filósofo descubre en Schopenhauer alguien a quien asirse cuando recién se empieza a asomar al mundo intelectual. Ve en él un pensador verdadero, una verdad, su verdad. Durante un largo tiempo Nietzsche se había preguntado: ¿Qué es lo que buscamos?, ¿La tranquilidad o la felicidad? Ahora podía verlo claramente: "la verdad, por terrible y malvada que pueda ser"² (Halévy, 1911, p. 46).

El sentimiento que embarga a Nietzsche; ese, proveniente de una lectura que nos abre el mundo, lo lleva a reflexionar sobre la verdad. ¿Qué podía decir la palabra sobre la verdad? Durante los próximos años analizará dicha cuestión.

2. García Márquez y Kafka se aburren

Antes del aburrimiento, Gabriel García Márquez (1927-2014) también padeció de insomnio. Recién llegado a Bogotá para estudiar Derecho, el futuro escritor pasa los días en una pensión junto a otros estudiantes, yendo a clases y leyendo novelas por las tardes. Un día le dan un libro que lo maravilla. En sus memorias lo cuenta así:

Vega llegó una noche con tres libros que acababa de comprar, y me prestó uno al azar, como lo hacía a menudo para ayudarme a dormir. Pero esa vez logró todo lo contrario: nunca más volví a dormir con la placidez de antes. El libro era *La metamorfosis* de Franz Kafka [...] que definió un camino nuevo para mi vida desde la primera línea, y que hoy es una de las divisas grandes de la literatura universal (García, 2002, p. 240).

² "Truth, however evil and terrible it may be". Traducción del autor.

El joven estudiante de Derecho se deslumbra con aquel texto de un Kafka que, para la época de publicación de su obra (1915), alternaba su trabajo en la Compañía de Seguros de Accidentes del Trabajo de Praga con la escritura.

García Márquez está a regañadientes en la capital colombiana. Como muchos estudiantes de Derecho, ha concebido su ingreso como algo impuesto, como una carrera que le permitirá cosas anexas: dinero y tiempo para escribir. Al tratarse de una carrera que ofrece “una buena base cultural para cualquier oficio” (García, 2002, p. 232), puede servirle para desarrollar sus pretensiones artísticas. Algo del “buen decir” de los abogados debe haberlo impulsado a tener esa creencia. No es raro, entonces, que ya en su primer acercamiento al Derecho, lo primero que le llamará la atención es el uso del lenguaje de los profesores:

El ingreso a la facultad de derecho se resolvió en una hora con el examen de admisión ante el secretario, Ignacio Vélez Martínez, y un maestro de economía política [...] Desde el preámbulo me llamó la atención la claridad de juicio y la precisión del lenguaje de los dos maestros, en una región famosa en el interior del país por su desparpajo verbal (García, 2002, p. 306).

El joven estudiante de Derecho advierte que el lenguaje es empleado de determinada forma por los profesores. La claridad y la precisión se enfrentan al torrente natural del habla. García Márquez se da cuenta de aquello que nota todo estudiante de Derecho: los profesores de leyes deben manejar un lenguaje sobrio (contrario al desborde) y deben dar con la palabra justa para poder desarrollar sus clases. Se trata de características implícitas en el habla abogadil que son enaltecidas en el foro. Es la vieja retórica al servicio del Derecho.

Ahora bien, ¿de dónde provienen esas palabras? ¿Cuáles son? Otro célebre estudiante de Derecho puede darnos una idea.

Franz Kafka (1883-1924), al contrario que García Márquez, se tituló de abogado y ejerció luego en una compañía de seguros. De su paso por los estudios de Derecho señaló (en su famosa *Carta al padre*) que estudiar leyes era como alimentarse “intelectualmente de auténtico serrín, que además miles de mandíbulas habían masticado previamente” (Kafka, 2023, p. 87). ¿A qué se debe esta enigmática frase? La respuesta la encontramos en la biografía de Reiner Stach sobre Kafka. Allí este autor señala que las lecciones de Derecho de la época eran en su mayoría

desoladoras sesiones que giraban en torno a la definición y sistematización de conceptos y en las que casi ningún profesor lanzaba una sola idea relativa a cuestiones de relevancia sociopolítica o social. Había catedráticos que leían año tras año los mismos apuntes (Stach, 2016, p. 466).

El biógrafo de Kafka se refiere a la sistematización de conceptos propia de la dogmática jurídica, disciplina que se preocupa por describir el Derecho vigente y reformularlo proponiendo soluciones para optimizarlo (Peña, 1993, p. 13). El aserrín kafkiano, esa sistematización, es la ley procesada por la dogmática jurídica que, vertida en los tratados y manuales de los profesores, éstos leían hasta el bostezo en la tarima. Esta dogmática es esa esquematización del Derecho en conceptos, definiciones, características y clasificaciones, típicas del espíritu científico del siglo XIX. Esta forma de presentar el Derecho es la que tanto el escritor colombiano como el checo soportan en sus horas de clase, para luego salir a escribir literatura. Ambos salen a la literatura pues perciben que en ella encontrarán algo que les hace ampliar el mundo en vez de cerrarlo en un sistema pétreo, donde las palabras ya están dichas y masticadas una y mil veces. Que la institución de la “propiedad”, por ejemplo, pueda ser una sola cosa, esto es,

aquello que el Código Civil señala y los tratados simplemente repiten, es una idea desconcertante para quienes tienen dentro de sí un espíritu creador. El establecimiento de una verdad convencional (por ejemplo, el régimen de la propiedad en un estado liberal), es algo que los estudiantes de Derecho deben aprender y memorizar para luego dar cuenta de esa información en los exámenes. A esto se refiere el sociólogo del Derecho Aldo Valle cuando señala:

A partir de dicho presupuesto, la relación que ha de tener el jurista, y mucho más los estudiantes, con el derecho es indefectiblemente la única que se puede tener con las verdades ya terminadas y sólidas, es decir, la de reconocerlas, reproducirlas y recordarlas del modo más fiel o literal. Todos hemos oído ese tópico jurídico nacional e irónico que reza “Pero, si Bello lo dice mucho mejor, para qué quiere Ud. corregirlo” (Valle, 2006, p. 88).

Si el redactor del Código Civil ya lo dijo de forma precisa, ¿por qué uno osaría decirlo de otra manera? Las características de las instituciones, entonces, se promueven como verdades. El que se llame “dogmática” jurídica a la disciplina que estudia tales verdades y formula nuevos métodos de aplicación de las mismas, es sintomático del modo de encarar el Derecho en el aula y, en general, en la investigación.

El estudiante de filología, Friedrich Nietzsche, no estudió Derecho, pero en sus reflexiones juveniles asoman ideas sobre el lenguaje y la verdad que pueden ser muy útiles en las aulas de Derecho.

3. La invención romana del conocimiento

En la época que Nietzsche escribe su obra *Sobre el pathos de la verdad*, mantiene comunicaciones fluidas con los Wagner, esto es, Richard Wagner y Cósima Wagner. Como una muestra de aprecio hacia ellos les envía en Navidad el manuscrito denominado *Cinco prefacios para cinco libros no escritos*, que contiene cinco textos disímiles entre sí. Uno de ellos nos servirá para cumplir con el propósito de este escrito.

En *Sobre el pathos de la verdad* (1872), Nietzsche parte discurriendo acerca del deseo de fama y el culto a la posteridad del ser humano. Se pregunta si acaso realmente la fama es el objetivo más alto a alcanzar en vida, para luego inquirir acerca de la necesidad humana de destacar los avances en el conocimiento en desmedro de aquello que se marchita, “como escoria, podredumbre, vanidad, animalidad, o pleonismo” (Nietzsche, 2011, p. 544). En el fondo, y más específicamente, sus dardos se dirigen contra la cultura como una forma de tradición y, entre ellos, a sus protagonistas, los filósofos. Los caracteriza como distanciados de sus semejantes, “residentes en su propio sistema solar”, portadores de la verdad: “la rueda del tiempo puede rodar hacia donde quiera, pero nunca podrá escapar de la verdad” (p. 546). Se trata de filósofos que han indagado en sí mismos y han dado con los diamantes de la verdad. El problema, plantea el filósofo alemán, es que han tomado las palabras del oráculo (“Conócete a ti mismo”), como verdades universales. Como si lo que proviene de un ser humano pudiera ser aplicado a todos y, por ende, debiera ser resguardado por toda la humanidad: “la inmortalidad de la humanidad tiene necesidad de él”, dice Nietzsche y señala que, en realidad, las palabras: historia universal, verdad y fama, son producto de nuestra vanidad y su uso metafórico en el lenguaje. No existen tales palabras, salvo por un acuerdo entre las personas. No tienen una valía por naturaleza. La verdad de los filósofos no es más cierta que la verdad de cualquier ciudadano. ¿Tuvieron alguna vez una validez universal esas palabras? Nietzsche inventa una narración para dar pie a esa respuesta. En ella señala que en “algún apartado rincón del universo centelleante, desparramado en innumerables sistemas solares, hubo una vez un astro en el que animales inteligentes inventaron

el conocimiento”, pero que ello duró sólo un suspiro pues estos animales se dieron cuenta de que “todo lo que habían conocido era falso” (Nietzsche, 2011, p. 547), pereciendo con posterioridad al acto, mientras maldecían la verdad. El filósofo alemán plantea que en el momento en que se crea el conocimiento, se le denuncia, en un minuto, por su falsedad. No podemos asegurarnos de la veracidad de los postulados y caemos nuevamente en la ignorancia absoluta.

Si en Derecho estiráramos ese minuto, nos encontraríamos con el Derecho Romano. En efecto, en las clases actuales se miran los tiempos romanos como la época en que se cristalizó la ciencia del Derecho. Es ahí donde surge su contenido como lo conocemos hoy y que, atravesando todas las épocas (desde los estudios de Kafka, García Márquez, hasta quien escribe), es necesario memorizar para poder aplicarlo a los casos actuales.

Hay una frase manida a propósito de los estudios del Derecho que es la siguiente: “quien sabe Derecho Civil, sabe Derecho”. El fundamento de esa idea radica en que en esta rama jurídica se trata todo lo relativo a la persona individualmente considerada, desde su nacimiento hasta su muerte. Todo lo relativo a su ámbito personal (matrimonio, por ejemplo) y económico (contratación), son regulados en esta disciplina y conciernen a todos los ciudadanos sin distinción alguna. Se trata de una rama preestatal, pues se desarrolla desde el Derecho Romano en adelante, con anterioridad a la formación del Estado como lo conocemos hoy. Por lo mismo, su vigencia es anterior, también, a la idea del constitucionalismo contemporáneo.

A la base del Derecho Civil encontramos el Derecho Romano. Esto trae a colación la siguiente idea recurrente en Derecho: “Aprender el derecho romano es aprender los fundamentos del derecho civil”. La frase, por cierto, tiene sentido, pues las materias tratadas en el *Corpus Iuris Civilis* (527-565 d. C.) son las que se han mantenido a lo largo de los siglos, pasando por la codificación hasta hoy. Daniel Bonilla explica el efecto de estas ideas desde dos planos: el tiempo y el espacio. En cuanto al tiempo nos dice que este deja de existir. El Derecho Civil simplemente *es*, y su esencia “no se ha visto afectada por los cambios económicos, políticos y sociales acontecidos desde el siglo VI, momento en que Justiniano compiló el *Corpus Iuris Civilis*” (Bonilla, 2013, p. 277). La regla de la razón establecida en el Derecho Romano permanece incuestionada y se transmite como se transmiten los dogmas: siendo aceptados.

En cuanto al tiempo, Bonilla señala que las normas jurídicas se enseñan de manera descontextualizada. El conocimiento se vuelve abstracto y no se mezcla con lo concreto de la experiencia ciudadana. Dice: “Los efectos que éstos producen en la realidad social, así como sus orígenes políticos o justificación moral resultan marginales para los juristas, aun cuando puedan ser de importancia para sociólogos, politólogos y filósofos” (Bonilla, 2013, p. 277).

Así las cosas, sin referencias temporales o espaciales, el Derecho que se aprende se conforma como una verdad que cruza todo obstáculo para instalarse hoy frente a la mirada de los estudiantes. Si en el caso de Nietzsche los habitantes de ese planeta remoto se daban cuenta del conocimiento ilusorio y maldecían la verdad, en nuestro planeta romano los estudiantes no alcanzan a preguntarse por las verdades que aprenden, cuando ya se están titulando de abogados.

En el siguiente texto de Nietzsche, este se explaya sobre sus cuestionamientos y da con una respuesta para poder afrontar el problema de la verdad y el lenguaje.

4. Concepto, actitud y aislamiento científico: el conocimiento y la verdad en tela de juicio

En algún apartado rincón del universo centelleante, desparramado en innumerables sistemas solares, hubo una vez un astro en el que los animales inteligentes inventaron el conocimiento. Fue el minuto más altanero y falaz de la “Historia Universal”: pero, a fin de cuentas, sólo un minuto (Nietzsche, 1996, p. 17).

Así comienza *Sobre verdad y mentira en sentido extramoral* de 1873 (publicado en 1896). Advertimos la continuidad del texto anteriormente citado, pues nuevamente se nos presenta este misterioso astro donde el conocimiento alcanzó a brillar un segundo y luego se extinguió. En este ensayo el filósofo alemán pone de relieve algunos temas que pueden ser de mucho interés para la enseñanza del Derecho.

La impugnación que hace del conocimiento puede desglosarse en tres aristas: la crítica del concepto, la actitud moral que promueve el buen decir y el aislamiento al cual se expone la ciencia con dicho proceder.

En relación al concepto, señala que, en un estado natural de las cosas, el ser humano utiliza su intelecto para fingir, pero por necesidad pacta un tratado de paz para que desaparezca la guerra del hombre contra el hombre. Con ese objeto, se fija lo que desde ese momento ha de ser verdad, es decir, “se ha inventado una designación de las cosas uniformemente válida y obligatoria” (Nietzsche, 1996, p. 20). En este punto no podemos dejar de pensar en el contrato social proveniente del estado de naturaleza hobbesiano y, por cierto, en el Derecho. Esa designación de la que habla Nietzsche, es la que proviene de la ley, que se presume conocida de todos. No sólo la designación es válida porque se realiza de acuerdo a los procedimientos que establece la Constitución, sino que es obligatoria para todos los habitantes de la República. Ambos caracteres, su validez y obligatoriedad, son reforzados en las aulas a través del trabajo de la dogmática jurídica mediante la “definición y sistematización de conceptos” como apuntara antes el biógrafo de Kafka. Esos conceptos de las instituciones son elaborados (de manera general) para ser aplicados a todos los casos en que la ley no lo ha previsto.

Nietzsche plantea una cuestión central en relación a los conceptos. Escribe: “La omisión de lo individual y de lo real nos proporciona el concepto del mismo modo que también nos proporciona la forma” (Nietzsche, 1996, p. 24). Para elaborar estas categorías abstractas es necesario independizarlas del contexto al cual pertenecen para así lograr una generalidad tal, que permita su aplicación a todos los casos concretos. El problema radica en que esa generalización hace perder lo individual, lo característico de ciertas situaciones, personas o relaciones. Ellas quedarán relegadas tras la forma jurídica abstracta.

Este, en todo caso, no parece ser el problema para el filósofo alemán, sino que, respecto de esos conceptos, de esas verdades, se olvida su carácter de provisionales. Por eso es que en el texto en análisis afirma que la verdad no es más que la suma de relaciones humanas que luego de su “prolongado uso, un pueblo considera firmes, canónicas y vinculantes” (p. 25). En el caso del Derecho podríamos decir que su establecimiento legal hace que las consideremos como permanentes y se enseñen de tal manera; cuando, en realidad, tienen ese carácter en tanto no se modifiquen por otra. Eso las hace vulnerables a los procesos sociales y culturales que se desarrollan en toda sociedad. Pero esa característica se olvida, esa “ilusión” de eternidad (tomando las palabras de Nietzsche) es sepultada bajo los estudios de los conceptos, clasificaciones y requisitos.

A renglón seguido, nuestro autor señala que de ese olvido surge una actitud específica frente a la verdad. El ser humano inventa los conceptos, olvida su frágil naturaleza y despierta en torno a ellos “un movimiento moral hacia la verdad” (Nietzsche, 1996, p. 26). Es decir, no basta con establecerlos, sino que, además, se genera una actitud que podemos denominar como “prescriptivista” en el caso del Derecho, esto es cuando del estudiante (luego abogado) se exige una contribución académica sobre la forma en que el Derecho debe ser interpretado o modificado (Balkin y Levinson, 2008, p. 216). Se entiende que como el alumno ha sido formado bajo la dogmática jurídica, debe propender, también, a una actitud de ese tipo. No se promueve una actitud externalista que pudiera mirar al Derecho desde

fuera, sino que se entiende que debe hacerlo desde dentro, en su espacio de funcionamiento íntimo, entre clasificaciones correctas, sin “violiar en ningún caso el orden de las castas ni la sucesión jerárquica” (Nietzsche, 1996, p. 27). Nietzsche señala que cada pueblo tiene sobre sí un cielo conceptual “matemáticamente repartido”, emparentándose, sin querer, con el cielo de los conceptos que describía el jurista alemán Rudolph von Ihering a fines del siglo XIX, que ponía en tela de juicio la distancia que se generaba entre teoría y práctica.

Tanto la conceptualización como la actitud que genera, dan como resultado una ciencia que se aísla, una que observa las cosas bajo un mismo prisma. Un pasaje del ensayo que venimos comentando es bastante esclarecedor: “si estamos obligados a concebir todas las cosas solamente bajo esas formas, entonces no es ninguna maravilla el que, a decir verdad, sólo captemos en todas las cosas precisamente esas formas” (p. 32). En el caso del Derecho esto puede ser ejemplificado contraponiendo la crisis climática con el derecho de propiedad estatuido en el ordenamiento jurídico. ¿De qué manera conciliar el mandato bíblico jurídico de hacernos dueños de la naturaleza, vía derecho de propiedad, con la crisis ambiental que estamos viviendo? Si lo observamos con el foco del derecho de propiedad, este se plantea, salvo excepciones, como libre de ataduras, entonces no podemos apreciar el problema mayor en que está envuelto el ejercicio de ese derecho. Si él está pensado desde la óptica individual, ¿cómo aseguramos su despliegue en un contexto en que la crisis climática no puede ser resuelta bajo parámetros personales, sino colectivos? No es simplemente que el derecho de propiedad posea como límite no ir contra “derecho ajeno”, sino que su ejercicio abusivo lleva indefectiblemente a la crisis climática, por ende, ¿cómo advertir ello desde una mirada dogmática donde sólo se analiza su concepto legal, sus requisitos y características?

5. La provocación: el arte que desgaja la tela

Nietzsche encuentra un camino en el arte. Señala que el ser humano advierte que está vivo, que forma parte de la realidad, mediante el tejido de conceptos que ha construido. Pero se asoma al sueño cuando aparece el arte que desgarrar ese telar. Esta acción del arte termina con la ilusión de lo verdadero, planteando la posibilidad de otros caminos para lo ya pensado. Además, hace que el ser humano pueda recordar que él también es un “sujeto artísticamente creador” (Nietzsche, 1996, p. 29). Esta vuelta a su esencia creadora, eso sí, lo aleja de la calma y la seguridad. Sus ideas y sensaciones ya no hacen pie en esa “designación [...] válida y obligatoria” (p. 20) a la que hacíamos referencia antes. Pero le permite observar las cosas, las palabras, las instituciones (en el caso del Derecho), desde otra perspectiva.

En esta parte, donde conocimiento y arte son objeto de un paralelo, se une el primer texto de Nietzsche con el que venimos comentando. Al finalizar el primer ensayo dice lo siguiente: “El arte es más poderoso que el conocimiento, porque él quiere la vida, mientras que el conocimiento alcanza como última meta sólo la aniquilación” (Nietzsche, 2011, p. 548).

Se trata de una afirmación provocadora, que merece un detenido análisis (no es el propósito de este artículo) y que puede despertar interesantes reflexiones en la enseñanza del Derecho.

6. Conclusiones

Como es sabido, Friedrich Nietzsche estudiará hasta el final de sus días el tema de la verdad. Su *Anticristo* es una radical puesta a prueba del conocimiento occidental acumulado hasta el momento y en base al cual propone la transvaloración de todos los valores. Mi empeño no conduce hacia ese camino. Muy por el contrario, defendiendo los avances de la modernidad inconclusa, en particular, la preeminencia del Derecho legislado.

Lo que sí he querido mostrar es cómo el método filológico nietzscheano puede servir para dar cuenta del tratamiento que damos al Derecho en el aula. Si bien la idea de una transmisión dogmática de las verdades institucionales del Derecho puede servir en un nivel donde el propio sistema jurídico ofrezca soluciones al respecto, esta manera de aprender naufraga cuando se la confronta con los desafíos del siglo en curso, por ejemplo, el de la crisis climática. El discurso del aula, entonces, puede ser analizado a partir de esos dos niveles: uno propio de la dogmática jurídica y otro que ahonda en lo que ella no puede. En ambos casos, se hace necesario preguntarnos nuevamente por los conceptos que enseñamos, las actitudes que se promueven en el aula y la idea de ciencia normativa que fundamenta nuestro quehacer.

La enseñanza del Derecho puede auxiliarse de los avances que el Derecho y Literatura se encuentra desarrollando, en particular, el examen detenido de las palabras de la ley. Así podremos poner en cuestión las verdades que transmitimos pues, como diría Nietzsche en una carta de 1867, “la verdad raramente mora allí donde se le han construidos templos y consagrado sacerdotes” (Nietzsche, 2012, p. 452). Como sabemos, nuestras aulas no son templos y nuestros profesores no son sacerdotes. Si hay verdades, debemos propender a su encuentro pues en la Universidad todas las verdades se tocan.

Referencias bibliográficas

- Balkin, J. y Levinson, S. (2008). El derecho y las humanidades: una relación incómoda. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 9 (1), 197-228.
- Bonilla, D. (2013). El formalismo jurídico, la educación jurídica y la práctica profesional del derecho en Latinoamérica. En H. Olea Rodríguez (ed.). *Derecho y pueblo mapuche: aportes para la discusión* (pp. 259-302). Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos UDP.
- García, G. (2002). *Vivir para contarla*. Barcelona: Mondadori.
- Halévy, D. (1911). *The life of Friedrich Nietzsche*. London: T. Fisher Unwin.
- Kafka, F. (2023). *Carta al padre*. Barcelona: Penguin Random House.
- Morey, M. (2018). *Vidas de Nietzsche*. Madrid: Alianza Editorial.
- Nietzsche, F. (2012). *Correspondencia. Volumen I. Junio 1850 – Abril 1869*. Madrid: Editorial Trotta.
- Nietzsche, F. (2011) Sobre el pathos de la verdad. En D. Sánchez Meca (ed.). *Obras completas. Volumen I. Escritos de juventud* (pp. 544-549). Madrid: Editorial Tecnos.
- Nietzsche, F. (1996). *Sobre verdad y mentira en sentido extramoral*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Peña, C. (1993). ¿Qué hacen los civilistas?. *Cuadernos de Análisis Jurídico N° 28* (pp. 11-27). Santiago: Universidad Diego Portales.
- Stach, R. (2016). *Kafka. Los primeros años. Los años de las decisiones (I)*. Barcelona: Acantilado.
- Valle, A. (2006). Cultura jurídica y enseñanza del derecho. ¿Creencias o competencias? *Revista Escuela de Derecho*, 7 (7), 85-98.

LOS LÍMITES DE UN ACUERDO DE PAZ
(A PROPÓSITO DE LOS ACUERDOS DE LA HABANA)
The Limits of a Peace Agreement (The Havana Agreements)

EDUARDO BERTONI¹

Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Resumen

Luego de muchos años de conflicto armado interno en Colombia, se firmó en el año 2016 en La Habana, Cuba, el “Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera” (Acuerdos de La Habana o el Acuerdo). Los Acuerdos de La Habana surgieron como consecuencia de distintos intentos previos tendientes a disminuir la violencia y generar una paz duradera para ese país. En este trabajo se estudia el punto 5 del Acuerdo que se refiere específicamente al “Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto: “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición” incluyendo la Jurisdicción Especial para la Paz; y Compromiso sobre Derechos Humanos”. Se sostiene que los negociadores hicieron un importante esfuerzo para que los compromisos asumidos estuvieran en línea con estándares internacionales de respeto a los derechos humanos en el ámbito de los que se conoce como procesos de “justicia transicional”. La pregunta principal que se propone responder en este trabajo es ¿lo lograron? La conclusión sostiene que, salvo que exista algún cambio importante sobre todo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si algunas víctimas acuden al sistema interamericano de derechos humanos se corre el riesgo que el propio Acuerdo sea impugnado en el futuro por la Corte.

Palabras clave

Derechos humanos, Derecho internacional humanitario, Derecho penal internacional, Justicia transicional, Justicia restaurativa, Acuerdos de La Habana, Amnistías.

Abstract

After many years of internal armed conflict in Colombia, the “Final Agreement for the Termination of the Conflict and the Construction of a Stable and Lasting Peace” (Havana Agreements or the Agreement) was signed in 2016 in Havana, Cuba. The Havana Agreements arose because of different previous attempts aimed at reducing violence and generating lasting peace for that country. In this work, point 5 of the Agreement is studied, which refers specifically to the “Agreement on the Victims of the Conflict: “Comprehensive System of Truth, Justice, Reparation and Non-Repetition” including the Special Jurisdiction for Peace; and Commitment to Human Rights.” It is maintained that the negotiators made an important effort so that the commitments assumed were in line with international standards of respect to human rights around what is known as “transitional justice” processes.

¹ Doctor en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires; Master en Políticas y Prácticas Internacionales, Elliot School of International Affairs, George Washington University. Correo electrónico: ebertoni@alumni.gwu.edu. ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-4704-013X>.



The main question that this work aims to answer is, did they achieve it? The conclusion maintains that, unless there is some important change, especially in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, if some victims turn to the inter-American human rights system, there is a risk that the Agreement itself will be challenged in the future by the Court.

Keywords

Human rights, International Humanitarian Law, International Criminal Law, Transitional Justice, Restorative Justice, Havana Agreements, Amnesties.

Después de que el Tribunal para la Paz haya concluido sus funciones, el Reglamento de la Jurisdicción establecerá un mecanismo para la integración de una Sección de este cuya función principal será garantizar la estabilidad y eficacia de las Resoluciones y Sentencias adoptadas por el componente de justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, así como su cumplimiento.

1. Introducción

Luego de muchos años de conflicto armado interno, en el año 2016 se firmó en La Habana, Cuba, el “Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera” (en adelante: Acuerdos de La Habana o el Acuerdo).² En las décadas del 80 y 90 se frustraron varios intentos por lograr la paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC). En 1984, el entonces presidente Belisario Betancur inició los primeros acuerdos de paz. En 1998, hubo un nuevo intento de acuerdo de paz impulsado por el expresidente Andrés Pastrana. Esta iniciativa no prosperó, hasta que recién en 2002, el expresidente Uribe Vélez inició la negociación de otro acuerdo de paz. Es decir, los Acuerdos de La Habana surgieron como consecuencia de distintos intentos, todos ellos tendientes a disminuir la violencia y generar una paz duradera para Colombia.

El punto 5 del Acuerdo se refiere específicamente al “Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto: ‘Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición’ incluyendo la Jurisdicción Especial para la Paz; y Compromiso sobre Derechos Humanos”.

La lectura de este punto permitiría concluir que los negociadores hicieron un importante esfuerzo para que los compromisos asumidos estuvieran en línea con estándares³ internacionales de respeto a los derechos humanos en el ámbito de los que se conoce como procesos de “justicia transicional”. En otras palabras, el presente trabajo plantea analizar el nivel de implementación de los estándares internacionales por los negociadores en tales compromisos

La pregunta principal que se propone responder en este trabajo es el nivel de adecuación de los Acuerdos de La Habana con los estándares internacionales.

² Ver, el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. Agradezco a Florencia Saulino, Fabricio Guariglia, Juan Pappier y Fabián Salvioli, por sus valiosos comentarios durante la elaboración de este trabajo. Asimismo, agradezco a los participantes del encuentro de junio de 2023 del SELA (Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional y Política) llevado adelante en Bogotá, Colombia, donde este trabajo fue presentado. Especial agradecimiento a Sebastián Elías, Marcelo Ferrante, Lucas Grosman y Nahuel Maisley por sus comentarios que me permitieron incorporar algunas nuevas ideas especialmente en las conclusiones.

³ En este trabajo uso, de manera general, la palabra “estándar” para referirme indistintamente a reglas o principios. Posiblemente no sea lo más adecuado pero asumo el riesgo de la crítica por la imprecisión terminológica.

Para dar respuesta, comenzaremos resumiendo los estándares que surgen de decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que son relevantes para responder a la pregunta planteada. Como veremos, algunas de las sentencias de la Corte que reseñamos permitirían responder positivamente a la pregunta dependiendo el tema. Por ejemplo, las sentencias de los casos *Barrios Altos vs. Perú*, *Gelman vs. Uruguay*, *Almonacid vs. Chile*, y *Gomes Lund vs. Brasil*, entre otros son casos que fulminan las amnistías e indultos en casos de violaciones graves a derechos humanos y el Acuerdo parece seguir esa jurisprudencia.

Otro tema relevante es si el Acuerdo cumple con los estándares que obligan a investigar esas violaciones, y aquí la letra del Acuerdo estaría acorde a los estándares internacionales. Sin embargo, y como veremos, puede haber cuestionamiento a una posible falta de investigación de presuntas violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario debido a cómo ha sido diseñado el sistema. Finalmente, desde la perspectiva de las sanciones que el Acuerdo habilita para los casos que involucran violaciones graves a derechos humanos, el Acuerdo no está en concordancia con lo que viene diciendo la CIDH (por ejemplo, caso *Cepeda vs. Colombia*, o caso “*Masacres de El Mozote vs. El Salvador*”, salvo el voto particular del Juez Diego García Sayán, que dudosamente sea un voto concurrente como se enuncia en la publicación de la Corte).

También incluiremos estándares que surgen del sistema universal de protección de los derechos humanos. Dado que ellos son numerosos e incluso han sido referenciados por la CIDH, nos enfocaremos particularmente en los análisis efectuados por la “Relatoría Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición”. También analizaremos la actuación del Fiscal ante la Corte Penal Internacional que se vincula con este trabajo.

Por supuesto que todas las fuentes mencionadas antes no tienen el mismo valor, en cuanto a su obligatoriedad desde la perspectiva del derecho internacional público. Sin embargo, como por ejemplo las que son “soft law” —el informe de la Relatoría— se han ocupado específicamente del tema, se las ha incluido sin hacer una debida jerarquización.

Una vez enunciados los estándares mencionados, el trabajo pone en duda su concordancia total con el punto 5 del Acuerdo.

Finalmente, y dadas esas dudas, se desarrolla la conclusión principal del trabajo que explica que, salvo que exista algún cambio importante sobre todo en la jurisprudencia de la CIDH, si algunas víctimas acuden al sistema interamericano de derechos humanos se corre el riesgo que el propio Acuerdo sea impugnado en el futuro por la Corte.

2. Los estándares relevantes

2.1. El sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos

Para la CIDH la jurisprudencia hasta el presente es pacífica en cuanto a la incompatibilidad de las normas eximentes de responsabilidad con el deber de investigar graves violaciones de derechos humanos⁴.

⁴ Sobre este punto se puede consultar el *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No 15: Justicia Transicional*.

En ese sentido, en innumerables decisiones⁵, el Tribunal ha considerado que son inadmisibles no solo las disposiciones de amnistía y de prescripción, sino que son igualmente inadmisibles el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que impidan la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos.

En el caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, la Corte tuvo que juzgar tanto la falta de investigación como la falta de sanción de los responsables de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano. Ello tenía como base la aplicación del Decreto Ley No. 2.191, ley de amnistía, adoptada en 1978 en Chile.

En lo que interesa para este trabajo, la Corte IDH (2006) estableció que:

110. La obligación conforme al derecho internacional de enjuiciar y, si se les declara culpables, castigar a los perpetradores de determinados crímenes internacionales, entre los que se cuentan los crímenes de lesa humanidad, se desprende de la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana⁶ (párr. 110).

En el caso “Gomes Lund y otros (‘Guerrilha do Araguaia’) vs. Brasil” la responsabilidad del Estado por la desaparición forzada de las víctimas no estaba controvertida. La Corte evaluó en el caso si el Estado había cumplido con la obligación de llevar una investigación penal con el objeto de juzgar y sancionar a las personas responsables de la desaparición forzada de setenta víctimas y de la ejecución extrajudicial de Maria Lúcia Petit da Silva.

En este caso, la Corte consideró probada la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial debido a la falta de investigación, enjuiciamiento y eventual sanción de los responsables por los hechos del presente caso. Y además la Corte IDH (2010) dispuso que: “106. [...]el Estado debe conducir eficazmente la investigación penal de los hechos del presente caso a fin de esclarecerlos, determinar las correspondientes responsabilidades penales y aplicar efectivamente las sanciones y consecuencias que la ley prevea” (párr. 256).

En el caso *Gelman Vs. Uruguay*, en donde la conocida como “Ley de Caducidad” había sido el argumento para impedir la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos, la Corte IDH (2011, párr. 238) entendió que aun cuando esa ley había sido aprobada por la ciudadanía vía plebiscito y referéndum en un régimen democrático, ello no le concedía automáticamente legitimidad en el derecho internacional.

Pero la Corte IDH (2011) fue más allá al entender que:

La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana⁷. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada

⁵ Ver, por ejemplo, *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr.276; *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr.262; *Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr.304; *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr.152; *Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, párr.294; *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250, párr.283.

⁶ Véase también, *Cf. Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166, y *Caso Godínez Cruz*. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párr. 175.

⁷ Véase, *Cf. Asamblea General de la OEA, Resolución AG/RES. 1 (XXVIII-E/01)* de 11 de septiembre de 2001.

por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” (supra párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. Adicionalmente, al aplicar la Ley de Caducidad (que por sus efectos constituye una ley de amnistía) impidiendo la investigación de los hechos y la identificación, juzgamiento y eventual sanción de los posibles responsables de violaciones continuadas y permanentes como las desapariciones forzadas, se incumple la obligación de adecuar el derecho interno del Estado, consagrada en el artículo 2 de la Convención Americana (párr. 239).

En otro caso que ya tiene más de 20 años, la jurisprudencia de la Corte siguió siendo la misma.

En el caso “Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador”, en primer lugar, el Tribunal se hizo cargo que: “285. Según el Derecho Internacional Humanitario aplicable a estas situaciones, se justifica en ocasiones la emisión de leyes de amnistía al cese de las hostilidades en los conflictos armados de carácter no internacional para posibilitar el retorno a la paz” (CIDH, 2012, párr. 285).

Pero inmediatamente aclaró que: “286. Sin embargo, esta norma no es absoluta, en tanto también existe en el Derecho Internacional Humanitario una obligación de los Estados de investigar y juzgar crímenes de guerra” (CIDH, 2012, párr. 286).

Dado que como mencionaremos más abajo, en los Acuerdos de La Habana —y también en decisiones de la Justicia Especial para la Paz— se cita únicamente el voto del Juez Diego García Sayán en este caso, algunas de sus consideraciones merecen ser destacadas.

Una cuestión que resulta a nuestro criterio importante de determinar es si tal voto es “concurrente” como se lo menciona en la Sentencia de la Corte o en verdad se aparta en cuestiones fundamentales de lo opinado por sus colegas. Creemos que lo que ocurre es esto último, y por ello, si bien es importante, no deja de ser la opinión de uno de los jueces circunstanciales de la Corte que se aparta de la jurisprudencia del tribunal⁸.

Dice García Sayán (2012) que:

Más allá de lo resuelto en casos anteriores, la cuestión de las amnistías y su relación con el deber de investigar y sancionar graves violaciones a derechos humanos requiere un análisis que proporcione criterios adecuados para un juicio de ponderación en contextos en los que pudieran surgir tensiones entre las demandas de justicia con los requerimientos de una paz negociada en el marco de un conflicto armado no internacional (párr. 4).

⁸ Es interesante destacar que no fue esta la única vez que el Juez García Sayán emite una opinión bajo el título de “voto concurrente” cuando en realidad era una opinión sensiblemente distinta a la establecida por la mayoría de los demás miembros del tribunal. Ello ocurrió en la sentencia de la Corte Int DDH “Kimel vs. Argentina” —de mayo de 2008—. Véase al respecto Eduardo Bertoni, “Journalist Wins Case Before Inter-American Court on Human Rights”, MLRC Media Law Letter, May 2008: “Judge Garcia Sayan, in a concurring opinion, emphasized that it is possible to use criminal law against certain expressions that could damage the honor of public officials. Judge Garcia Sayan’s opinion should not be read as Court’s opinion, but rather as his own, which contradicts that of other judges. The former president of the Court, Judge Garcia Ramirez clearly endorsed the opinion that the Court had started to develop in its previous decisions, which is that the state should not apply criminal law in those cases.”

O sea, el Juez anticipa que va más allá, o que intenta superar la jurisprudencia de la Corte en este caso, que, bueno es resaltarlo con lo que la Corte venía decidiendo. Para ello entiende que el:

Presente caso de amnistía deriva de un contexto distinto a todos los anteriores. Ello tiene repercusiones en el análisis y calificación jurídica de los hechos, y en los conceptos y consideraciones de la Corte sobre esta amnistía dictada luego de un conflicto armado y de un proceso de negociaciones de paz. Es por ello que, en el razonamiento de la Corte, se ha tenido que tomar en cuenta no sólo las normas y principios del derecho internacional de los derechos humanos sino las disposiciones pertinentes del Derecho Internacional Humanitario dado el contexto dentro del cual se produjeron los hechos (Sayán, 2012, párr. 10).

Una nota importante es la similitud de la situación que describe el Juez García Sayán con lo que venía ocurriendo en Colombia en aquellos años, tal como veremos en la reseña histórica que detallamos más abajo. Por ejemplo, en el párrafo 30 de su voto, menciona la viabilidad de “penas alternativas o suspendidas” cuando en el caso que juzgaba la Corte ese tema no estaba sobre la mesa. Pero en junio de ese año en Colombia se había aprobado el “marco jurídico para la paz” que justamente incluía este tipo de penas. El voto del exjuez García Sayán apareció luego citado en agosto de 2013 en la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia⁹.

Pero más importante aún es la referencia que el mismo García Sayán hace a la consideración que debe darse al Derecho Internacional Humanitario. Ello coincide con lo que transcribimos antes, donde la Corte consideró que también existe en el Derecho Internacional Humanitario una obligación de los Estados de investigar y juzgar crímenes de guerra.

Si ello es así, no sería tan “concurrente” la opinión del Juez García Sayán (2012) en cuanto a que entiende que:

En ciertas situaciones de tránsito de un conflicto armado a la paz, puede ocurrir que un Estado no se encuentre en posibilidad de materializar plenamente, en forma simultánea, los distintos derechos y obligaciones contraídas internacionalmente. En esas circunstancias, tomando en consideración que no se le puede conferir a ninguno de esos derechos y obligaciones un carácter absoluto, es legítimo que se ponderen de manera tal que la plena satisfacción de unos no afecte de forma desproporcionada la vigencia de los demás. Así, el grado de justicia al que se pueda llegar no es un componente aislado, del cual se podrían derivar legítimas frustraciones e insatisfacciones, sino parte de un ambicioso proceso de transición hacia la tolerancia recíproca y paz (párr. 4).

Esta idea de posible excepción al deber de investigar y sancionar adecuadamente se refuerza con la idea que expresa en cuanto a que:

es relevante considerar las responsabilidades compartidas que los actores de un conflicto armado tienen en graves crímenes. El reconocimiento de responsabilidades por parte de los máximos líderes puede contribuir a promover un proceso de esclarecimiento tanto de los hechos como de las estructuras que hicieron posible esas violaciones. La reducción de penas,

⁹ Véase, Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-579/13.

la concesión de penas alternativas, la reparación directa del perpetrador a la víctima, el reconocimiento público de responsabilidad, son otras vías que se pueden considerar (Sayán, 2012, párr. 31).

Destacamos que, en ningún caso anterior, ni en el caso de las masacres del Mozote, la CIDH entendió que podían considerarse, por ejemplo, penalidades que no sean acordes con las graves violaciones efectuadas por los perpetradores.

En este sentido, en el caso “Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia”, la Corte entendió que “el análisis de la efectividad de los procesos penales y del acceso a la justicia puede llevar al Tribunal, en casos de graves violaciones a los derechos humanos, a analizar la proporcionalidad entre la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita de un agente estatal y el bien jurídico afectado en la violación de derechos humanos. En atención a la regla de proporcionalidad, los Estados deben asegurar, en el ejercicio de su deber de persecución de esas graves violaciones, que las penas impuestas y su ejecución no se constituyan en factores de impunidad, tomando en cuenta varios aspectos como las características del delito y la participación y culpabilidad del acusado¹⁰. En efecto, existe un marco normativo internacional que establece que los delitos que tipifican hechos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos deben contemplar penas adecuadas en relación con la gravedad de los mismos¹¹ (CIDH, 2010, párr. 150).

En este caso, la CIDH analizó las sucesivas rebajas de penas que habían obtenido los autores materiales de los delitos por los que habían sido enjuiciados, y observó en el fallo que:

la forma en que se disminuyó, en repetidas ocasiones, la pena impuesta a los únicos dos perpetradores condenados, así como el hecho de que éstos pudieran salir y, según fue constatado por las autoridades internas, participar en la comisión de otro delito como parte de aparatos de inteligencia militar mientras estaban privados de libertad, indican una insuficiencia del Estado para perseguir y sancionar adecuadamente graves violaciones a los derechos humanos como las cometidas en el presente caso (CIDH, 2010, párr. 154).

Destacamos la idea de sancionar “adecuadamente” que menciona la Corte es concordante con la afirmación de proporcionalidad de las penas que deben imponerse ante graves violaciones de derechos humanos. En este caso la Corte IDH (2010) afirmó que:

¹⁰ Cfr. *Caso Hilaire Vs. Trinidad y Tobago. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C No. 80, párrs. 103, 106 y 108; *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*, supra nota 51, párr. 203; *Caso Boyce y otros Vs. Barbados*, supra nota 36, párr. 50; *Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia*, supra nota 16, párr. 196; *Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 143, párr. 81, y *Caso Vargas Areco Vs. Paraguay*, supra nota 209, párr. 108. En el mismo sentido, Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3, párr. 55.

¹¹ Así, la *Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles Inhumanos y Degradantes* dispone que “todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad” (artículo 4.2). De igual forma, los *Principios Relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias* dispone que “[l]os gobiernos [...] velarán por que todas [las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias] se tipifiquen como delitos en su derecho penal y sean sancionables con penas adecuadas que tengan en cuenta la gravedad de tales delitos” (principio 1). Asimismo, en cuanto a la tortura y a la desaparición forzada los instrumentos internacionales y regionales establecen específicamente que los Estados deben, además de tipificar como delito tales actos en el derecho penal interno, castigarlos o imponerles “sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad” (artículo 6 CIPST) o “una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad” (artículo III CIDFP).

La imposición de una pena apropiada en función de la gravedad de los hechos, por la autoridad competente y con el debido fundamento¹², permite verificar que no sea arbitraria y controlar así que no se erija en una forma de impunidad de facto¹³. En este sentido, la Corte ha destacado que las sanciones administrativas o penales tienen un rol importante para crear la clase de competencia y cultura institucional adecuada para enfrentar los factores que explican determinados contextos estructurales de violencia (párr.153).¹⁴

Finalmente, merece destacarse lo sostenido por la CIDH en una decisión de 2022 en el caso “Integrantes y Militantes de la Unión Patriótica vs. Colombia”:

484. Por último, en lo que respecta los alegatos relacionados con el esquema de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), en particular aquellos referidos a la priorización y selección de delitos y de autores, o a la proporcionalidad de las penas previstas en ese esquema, esta Corte constata que esa jurisdicción, la cual analiza los casos en su conjunto buscando identificar características comunes y esclarecer la existencia de estructuras criminales complejas que perpetraron las violaciones a los derechos humanos, recién está en los inicios de las investigaciones sobre los hechos de la Unión Patriótica a través de los casos 005 y 006. En ese sentido, la Corte carece de elementos como para pronunciarse sobre la efectividad de esa jurisdicción o sobre si la misma vulneró o no los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial (párr. 484).

Es decir, que, debido a su propia jurisprudencia, el Tribunal no ha cerrado la puerta para analizar la proporcionalidad de las penas o la selección de los casos que se investigan en función de lo establecido en los Acuerdos de La Habana.

2.2. El sistema universal de protección de los Derechos Humanos

Los estándares sobre los mecanismos aceptables sobre justicia, verdad y reparación, que provienen del sistema universal de protección de los derechos humanos son numerosos. Ellos han sido constantemente tenidos en cuenta y han sido referenciados por la CIDH.

En esta sección tratamos particularmente los análisis efectuados por la “Relatoría Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición”. También analizamos la actuación del Fiscal ante la Corte Penal Internacional que se vincula con este trabajo.

En 2021, el Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Fabián Salvioli, presentó su informe sobre “la rendición de cuentas para enjuiciar y sancionar las violaciones manifiestas de los derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario en procesos de justicia transicional” (ONU, 2021).

En este informe, se detalla tanto los alcances de la obligación jurídica de enjuiciar y sancionar dichas violaciones, como las limitaciones que se encuentran para el cumplimiento de esta obligación en los países en transición.

¹² Ver, Cfr. *Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia*, supra nota 16, párr. 196.

¹³ El *Conjunto actualizado de principios para la protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad* establece como uno de los elementos de la impunidad la ausencia de “condena a penas apropiadas” a las personas reconocidas culpables de violaciones. Cfr., también, *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*, supra nota 51, párr. 203, en el cual la Corte sostuvo que: “es necesario evitar medidas ilusorias que sólo aparenten satisfacer las exigencias formales de justicia”.

¹⁴ Revisar, Cf. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*, supra nota 15, párr. 377.

En relación con el deber de investigar y sancionar, el informe es concluyente, especialmente en los procesos de justicia transicional. El Relator afirma que:

18. [...]la justicia penal por sí misma no es suficiente para satisfacer los reclamos de justicia por parte de las víctimas de abusos masivos o sistemáticos de los derechos humanos y es necesario acompañarla con otros elementos tales como memoria, verdad y garantías de no repetición. Sin embargo, los Estados no deben elegir entre verdad y justicia. Los mecanismos de justicia transicional no deben ser vistos como una alternativa a la responsabilidad penal de los perpetradores de graves violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario (Consejo de Derechos Humanos, 2021, párr. 18).

Y sin dudas, Salvioli sostiene que: “19. Las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos, se aplican plenamente a los procesos transicionales. No se puede invocar la voluntad política para incumplirlas. El deber de rendición de cuentas tiene fundamento en el derecho internacional” (Consejo de Derechos Humanos, 2021, párr. 19).

En relación con la pena a imponerse en estos casos, el informe concluye que:

24. El derecho internacional de los derechos humanos establece que la pena impuesta por crímenes de lesa humanidad debe ser proporcional a la gravedad de los delitos cometidos. [...] Para ello, se debe tener en cuenta la gravedad de la conducta criminal, el grado de participación criminal del acusado y sus circunstancias personales, así como toda otra circunstancia atenuante o agravante. Dichos estándares no pueden ser reducidos por un Estado parte (Consejo de Derechos Humanos, 2021, párr. 24).

Y vinculado con la proporcionalidad y la posibilidad de disminución de las penas el informe sostiene que:

25. En virtud de ello, ciertas sanciones especiales que se dan en contextos de transición podrían no cumplir con los estándares que rigen el tipo de pena y su cuantía. En tal sentido, existe la preocupación de si los países que imponen sanciones de carácter “restaurativo” (usualmente a cambio de reconocimiento de verdad o responsabilidad) podrían incurrir en responsabilidad internacional en razón de una posible violación a la obligación de sancionar debidamente el delito de genocidio, los crímenes contra la humanidad o los crímenes de guerra. El Relator Especial considera que, si las sanciones no revisten una entidad proporcional a la gravedad de los crímenes cometidos, puede incurrirse en impunidad de hecho (Consejo de Derechos Humanos, 2021, párr. 2).

El Relator impugna como “otro mecanismo usual de impunidad” el que consiste “en la aplicación de penas mucho menores con relación a la gravedad del hecho cometido o la liberación prematura de los condenados.” (Consejo de Derechos Humanos, 2021, párr. 28)

Y afirma que:

los beneficios en la ejecución de la pena (incluida la reducción de la pena, libertades condicionales y libertades anticipadas) para las personas condenadas por delitos de lesa humanidad nunca podrán ser mayores, bajo ninguna circunstancia, a los de personas condenadas por delitos ordinarios y deben seguirse los criterios establecidos en el Estatuto de Roma para la reducción de la pena por los delitos allí estipulados (Consejo de Derechos Humanos, 2021, párr. 97 e).

En el caso de la actuación de la Corte Penal Internacional (CPI), creada por el Estatuto de Roma del cuál Colombia es Estado Parte, resulta relevante tener en cuenta la actuación del Fiscal ante la Corte y, específicamente, el acuerdo suscripto por la Fiscalía y el Estado colombiano.

La Fiscalía llevó adelante el proceso que habilita el Estatuto de Roma referido a lo que se conoce como “examen preliminar”. Como en otros casos, el examen preliminar del fiscal en el caso de Colombia tuvo como objetivo determinar si merecía o no una investigación completa de la CPI. Es evidente que los crímenes involucrados tenían la gravedad suficiente como para que, eventualmente, pudieran ser escrutados por la CPI.

Sin embargo, el principio de complementariedad, que emana del propio Estatuto impide a la CPI ejercer de manera primera su jurisdicción si existen investigaciones genuinas en el país donde se desarrollaron las graves violaciones que caen bajo la competencia de la propia CPI.

En el caso colombiano, existieron una serie de iniciativas para la investigación de esos delitos, por lo cual, la oficina del fiscal de la CPI, durante varios años, había estado monitoreando los procedimientos nacionales para determinar si necesitaba intervenir.

El examen preliminar había sido formalmente iniciado por el primer fiscal ante la CPI, Luis Moreno Ocampo. Fatou Bensouda, cuyo mandato de nueve años terminó en junio de 2022 y heredó el examen de su predecesor y, oportunamente, inició un proceso de consulta para determinar si correspondía cerrar el examen preliminar y diferir a los procedimientos nacionales, o abrir investigaciones de la CPI en ausencia de la justicia nacional.

En 2012, según surge del “Reporte Intermedio de la Situación en Colombia”, la Fiscalía estableció claramente las bases de su actuación en los años siguientes. A partir de ello, todo parecía indicar que a pesar de los progresos quedaban cuestiones sin resolver que hacían importante mantener abierta la investigación preliminar.

Sin embargo, esta no fue la opinión del nuevo Fiscal ante la Corte. El Fiscal Karim Khan avanzó cerrando la investigación preliminar; el cierre estuvo acompañado de un acuerdo de cooperación firmado por el Fiscal y el expresidente Duque. Este acuerdo tenía la manifestada intención de salvaguardar los trabajos realizados bajo la Jurisdicción Especial para la Paz creada, como veremos más abajo, por los Acuerdos de La Habana.

De todos modos, y más allá de cualquier opinión sobre el cierre de la investigación preliminar de la oficina del Fiscal ante la CPI, queda claro que, si se viola el acuerdo entre el Estado y la Fiscalía, podría ocurrir en el futuro que el fiscal de la CPI reconsidere la decisión de cerrar el examen preliminar y buscar abrir una investigación.

El acuerdo entre la Fiscalía y el Estado colombiano tiene siete artículos breves. Las disposiciones clave se encuentran en los artículos 1 y 6.

El artículo 1 requiere que el gobierno colombiano “sin perjuicio de la separación de poderes” permita que la Jurisdicción Especial para la Paz, así como los tribunales ordinarios y un proceso anterior de justicia transicional previsto en la Ley de Justicia y Paz, procedan sin interferencias y proporcionar recursos financieros adecuados a los tribunales y seguridad para todos los participantes en estos procesos. También requiere que el gobierno promueva la cooperación entre el sistema de justicia ordinaria y la Jurisdicción Especial.

Y ya el artículo 6 establece que el fiscal puede reabrir el examen preliminar. Dispone específicamente que:

Conforme al Estatuto de Roma, la Fiscalía podrá reconsiderar su evaluación de la complementariedad a la luz de cualquier cambio significativo de las circunstancias, incluyendo toda

medida que pueda obstaculizar significativamente el progreso y/o la autenticidad de los procedimientos pertinentes y la aplicación efectiva y proporcionada de sanciones penales de naturaleza retributiva y restaurativa; iniciativas que resulten en importantes obstrucciones al mandato y/o al funcionamiento adecuado de las jurisdicciones pertinentes; o cualquier suspensión o revisión del esquema judicial establecido en el Acuerdo de Paz de manera que pueda retrasar u obstaculizar el desarrollo de procedimientos nacionales genuinos (Corte Penal Internacional, 2021, párr. 6).

En definitiva, y en lo que hace a los procesos de búsqueda de la verdad, puede ocurrir que el riesgo de reabrir el examen preliminar sea insuficiente para asegurar una cooperación significativa de quienes violaron derechos humanos en Colombia.

2.3. Resumen: los estándares consolidados a tener en cuenta

Los estándares que surgen de todo lo expresado y que son útiles como prisma de observación del Acuerdo son:

1. Inadmisibles las disposiciones de amnistía.
2. Igualmente inadmisibles el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que impidan la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos.
3. El Estado debe conducir eficazmente la investigación penal.
4. Aun las leyes aprobadas en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en consultas populares no les da, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional.
5. Los Estados deben asegurar, en el ejercicio de su deber de persecución de esas graves violaciones, que las penas impuestas y su ejecución no se constituyan en factores de impunidad, tomando en cuenta varios aspectos como las características del delito y la participación y culpabilidad del acusado.
6. Existe un marco normativo internacional que establece que los delitos que tipifican hechos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos deben contemplar penas adecuadas en relación con la gravedad de los mismos.
7. El derecho internacional de los derechos humanos establece que la pena impuesta por crímenes de lesa humanidad debe ser proporcional a la gravedad de los delitos cometidos.

3. Los Acuerdos de La Habana¹⁵

3.1. Breves antecedentes y contexto

El siguiente gráfico es un buen resumen del proceso de paz colombiano:

¹⁵ Los acuerdos se pueden consultar en Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, Biblioteca del proceso de paz con las FARC-EP. Bogotá: Presidencia de la República, Oficina del Alto Comisionado para la Paz, 2018.

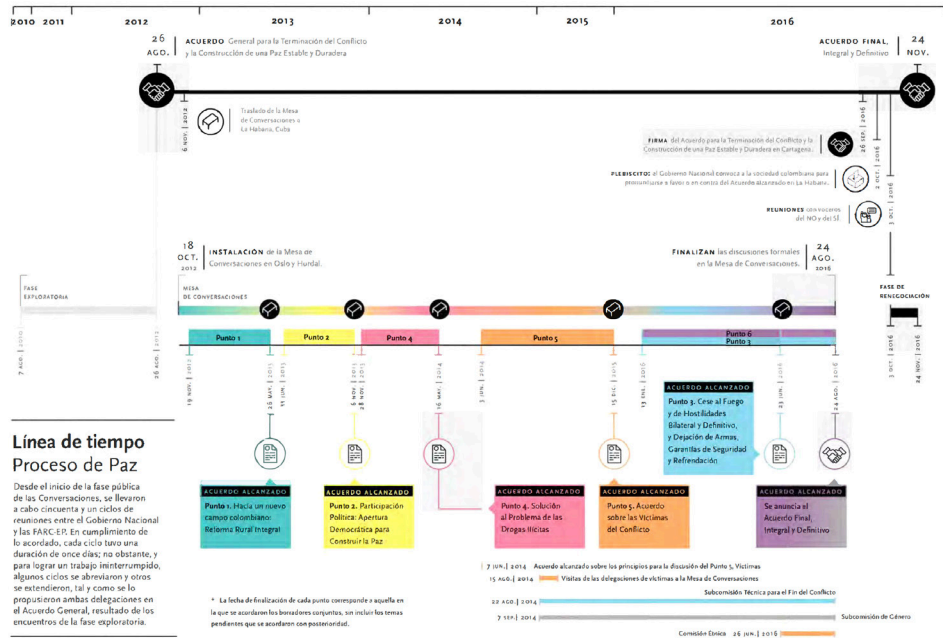


Figura 1. Proceso de paz colombiano

Fuente: Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, Biblioteca del proceso de paz con las FARC-EP.

En este trabajo no profundizamos sobre los antecedentes y el contexto político-social que precedieron al Acuerdo. Sin embargo, una breve explicación resulta necesaria. Para ello nos remitimos al prólogo del libro *Los Debates de La Habana. Una mirada desde adentro* (Bermúdez [coord.], 2018). En esta obra se puede leer que:

A finales de la década de 1990, Colombia era prácticamente un Estado fallido. Las guerrillas, los paramilitares y los grupos narcotraficantes le disputaban al Estado el monopolio del uso de las armas y controlaban grandes extensiones del territorio nacional. [...] En 2002 se inició un proceso de transformación positiva para el país con la puesta en marcha de la denominada “política de seguridad democrática”. [...] La primera fase de esa estrategia —entre 2002 y 2010—, liderada por el Gobierno del presidente Álvaro Uribe Vélez, estuvo marcada por el aumento de la capacidad de prestar seguridad en todo el territorio, gracias al fortalecimiento de la Fuerza Pública con los recursos del Plan Colombia negociado con el Gobierno de Estados Unidos. [...] La segunda fase de esta transformación —entre 2010 y 2018—, liderada por el Gobierno del presidente Juan Manuel Santos, buscó construir sobre lo construido y aprovechar el mejoramiento en las condiciones de seguridad para lograr el fin de las Farc como grupo armado. [...] El cambio en la correlación de fuerzas le permitió a Santos iniciar un proceso de conversaciones que condujo a la firma de un acuerdo de paz con las Farc en el año 2016. [...] De todos modos, resulta conveniente retroceder un poco en el tiempo y remontarnos “a mediados del siglo XX, cuando en Colombia se libraba una época conocida como ‘La Violencia’ un confrontación bipartidista, entre dos corrientes políticas, los liberales y los conservadores, que tuvo como consecuencia la creación de autodefensas campesinas”. En este contexto, en el

año 1964, nació en las montañas del centro de Colombia un enclave fundado por dos hombres, entre los que se destaca a Pedro Antonio Marín, alias ‘Tirofijo’, quien hasta su muerte en 2008 fue la figura más emblemática de la entonces naciente guerrilla de las FARC (p. 13).

En las décadas del 80 y 90 se frustraron varios intentos por lograr la paz con las FARC. En 1982, el entonces presidente Belisario Betancur inició los primeros acuerdos de paz.

En 1998, hubo un nuevo intento de acuerdo de paz impulsado por el expresidente Andrés Pastrana. Esta iniciativa no prosperó, hasta que recién en 2002, como se señala más arriba, el expresidente Uribe Vélez inicia la negociación de otro acuerdo de paz.

Es decir, los Acuerdos de La Habana surgieron como consecuencia de distintos intentos, todos ellos tendientes a disminuir la violencia y generar una paz duradera para Colombia.

3.3. El punto 5 del Acuerdo: antecedentes, texto y aplicación

Antes de describir el punto 5, merece citarse una parte del Preámbulo dado su utilidad como contexto general del Acuerdo para iluminar ese artículo desde la perspectiva de los objetivos del propio Acuerdo. Dice el Preámbulo que:

Recordando que los diálogos de La Habana entre delegados y delegadas del Gobierno Nacional, presidido por el Presidente Juan Manuel Santos y delegados y delegadas de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo, con la decisión mutua de poner fin al conflicto armado nacional, tuvieron origen como resultado del Encuentro Exploratorio sucedido en la capital de la República de Cuba entre el día 23 de febrero y el día 26 de agosto de 2012.

Estimando que como resultado de los diálogos exploratorios referidos se produjo un Acuerdo General para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, firmado en la fecha última citada ante testigos nacionales y ante delegados de la República de Cuba y del Reino de Noruega que sirvieron igualmente como testigos, y que, desde entonces, asienten el proceso como países garantes [...] (Oficina del Alto Comisionado para la Paz, 2016, p.1).

Considerando que como consecuencia de lo atrás enunciado el 24 de agosto del año que cursa las partes suscribieron un Acuerdo Final Para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera; que dicho acuerdo fue objeto de consulta al pueblo en los términos de un plebiscito acogido por las partes en su correspondiente momento, en fecha establecida para tal propósito (el pasado 2 de octubre), y mediando sentencia proferida por la Corte Constitucional que indicó al país los términos y condiciones del camino escogido; Reconociendo que el veredicto de las urnas arrojó la prevalencia del NO sobre el SI, sin que ello significara rechazo al derecho a la paz ni a los derechos fundamentales [...] (Oficina del Alto Comisionado para la Paz, 2016, p.1).

Es decir, el objetivo del Acuerdo es “la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”. Difícilmente se pueda estar en desacuerdo con este objetivo. La pregunta es si se puede hacer un acuerdo aún a costa de lo que dicen los estándares internacionales, si la pretensión es que el acuerdo sea efectivo.

Ya entrando en el punto 5, el documento oficial sobre el Acuerdo explica que:

El acuerdo crea el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, que contribuye a la lucha contra la impunidad combinando mecanismos judiciales que permiten

la investigación y sanción de las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, con mecanismos extrajudiciales complementarios que contribuyan al esclarecimiento de la verdad de lo ocurrido, la búsqueda de los seres queridos desaparecidos y la reparación del daño causado a personas, a colectivos y a territorios enteros. El Sistema Integral está compuesto por la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición; la Unidad Especial para la Búsqueda de Personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado; la Jurisdicción Especial para la Paz; las Medidas de reparación integral para la construcción de la paz; y las Garantías de No Repetición (Oficina del Alto Comisionado para la Paz, 2016, p.8).

A continuación describiremos únicamente las partes del punto 5 que solo se refieren al modo de selección de los casos para investigar y las consecuencias de esas investigaciones.

El llamado “Sistema Integral” es una combinación de mecanismos judiciales que permitirían la investigación y sanción de las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario. Ello se lleva delante de acuerdo con los términos dispuestos por la Jurisdicción Especial para la Paz. A ello se le agregan mecanismos extrajudiciales complementarios que tendrían como objeto el esclarecimiento de la verdad de lo ocurrido.

Este “Sistema Integral” está compuesto por la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, la Unidad especial para la búsqueda de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado, la Jurisdicción Especial para la Paz y las Medidas de reparación integral para la construcción de la paz.

De acuerdo con lo que surge del texto oficial¹⁶, la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición es un órgano temporal y de carácter extrajudicial, que busca conocer la Verdad de lo ocurrido y contribuir al esclarecimiento de las violaciones e infracciones.¹⁷ La Jurisdicción Especial para la Paz se integra por una serie de salas de justicia, entre las que se incluye una Sala de Amnistía e Indulto, y un Tribunal para la Paz, para administrar justicia e investigar, esclarecer, perseguir y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario. Y las Medidas de reparación integral para la construcción de la paz, son las que buscan asegurar la reparación integral de las víctimas.

En cuanto a la concesión de amnistías e indultos, el Acuerdo es claro. En primer lugar, el Acuerdo establece que la propia Constitución de Colombia permite otorgar amnistías o indultos por el delito de rebelión y otros delitos políticos y conexos. En tal sentido, agrega:

23.- A la finalización de las hostilidades, de acuerdo con el DIH, el Estado colombiano puede otorgar la amnistía “más amplia posible”. A los rebeldes que pertenezcan a organizaciones que hayan suscrito un acuerdo final de paz, [...] así como a aquellas personas que hayan sido acusadas o condenadas por delitos políticos o conexos mediante providencias proferidas por la justicia, se otorgará la más amplia amnistía posible, respetando lo establecido al respecto en el presente documento [...] (Oficina del Alto Comisionado para la Paz, 2016, p. 147).

Dicho esto, el Acuerdo establece que:

¹⁶ Ver pág. 129.

¹⁷ La comisión presentó su informe final a mediados de 2022 y dejó de funcionar.

No serán objeto de amnistía ni indulto ni de beneficios equivalentes los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra [...], la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, [...]. Tampoco son amnistiables o indultables [...], los delitos comunes que carecen de relación con la rebelión, conforme a lo determinado en la ley de amnistía¹⁸ (Oficina del Alto Comisionado para la Paz, 2016, p. 151).

En relación con las investigaciones de los delitos cometidos, el Acuerdo se hace cargo que: “En materia de justicia, conforme al DIDH, el Estado colombiano tiene el deber de investigar, esclarecer, perseguir y sancionar las graves violaciones del DIDH y las graves infracciones del DIH” (Oficina del Alto Comisionado para la Paz, 2016, párr. 22).

Para hacerlo, se establece un mecanismo de selección de casos que está a cargo de la “Sala de reconocimiento de verdad y responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas”. Esta Sala es la encargada de “decidir si los hechos y conductas atribuidas a las distintas personas son competencia del Sistema por haber sido cometidos en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno o con ocasión de este.” (Oficina del Alto Comisionado para la Paz, 2016, párr. 22, 48). En otras palabras, esta Sala tiene dos funciones distintas: verificar la competencia de la JEP sobre los casos (párr. 48a); y llevar a cabo un proceso de selección y priorización para centrarse en los casos graves y representativos (48 s y p).

Esta tarea, tal vez similar a lo que conocemos como “juez de instrucción” es compleja y el Acuerdo establece que la Sala recibirá informes tanto de organismos oficiales¹⁹, como de organizaciones no gubernamentales de víctimas o defensoras de derechos humanos, entre otros, que endilguen responsabilidad por delitos cometidos. Con estos informes la Sala puede considerar que las conductas existieron, y, en tal caso, poner en conocimiento a los involucrados para que decidan comparecer o no comparecer a efectuar el reconocimiento de verdad y de responsabilidad; o bien comparecer para defenderse de las imputaciones (párr. 48.h).

Esta Sala tiene amplias facultades, dado que puede desde recibir declaraciones de admisión de responsabilidad, hasta valorar un reconocimiento de verdad como completo o incompleto; e incluso puede enviar casos a la “Unidad de investigación y acusación” para que esta proceda a la investigación y eventualmente a la acusación ante el Tribunal para la Paz (párr. 51.a).

Finalmente, respecto de las sanciones, ellas son impuestas por el “Tribunal para la Paz” y tienen una variación dependiendo si hubo reconocimiento de verdad y de responsabilidad de los perpetradores o si hubo ausencia de ello.

En el Acuerdo se determina que:

60.- Las sanciones tendrán como finalidad esencial satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz. Deberán tener la mayor función restaurativa y reparadora del daño causado, siempre en relación con el grado de reconocimiento de verdad y responsabilidad que se haga [...] mediante declaraciones individuales o colectivas.

¹⁸ Ver párrafos 40 y 41, pág. 150.

¹⁹ Por ejemplo de la Fiscalía General de la Nación, los órganos competentes de la justicia penal militar, la Comisión de acusaciones de la Cámara de Representantes o el órgano que la reemplace, la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República y cualquier jurisdicción que opere en Colombia, que tengan investigaciones en curso.

Las sanciones propias de la JEP, que se impondrán a quienes reconozcan verdad y responsabilidad ante la Sala de Reconocimiento, respecto a determinadas infracciones muy graves, tendrán un mínimo de duración de cumplimiento de las funciones reparadoras y restauradoras de la sanción de cinco años y un máximo de ocho años. El periodo máximo de cumplimiento de sanciones propias, por la totalidad de las sanciones impuestas, incluidos los concursos de delitos, será de ocho años. Comprenderán restricciones efectivas de libertades y derechos, tales como la libertad de residencia y movimiento, que sean necesarias para su ejecución, y además deberán garantizar la no repetición. [...]

Las sanciones alternativas para infracciones muy graves que se impondrán a quienes reconozcan verdad y responsabilidad ante la Sección de enjuiciamiento, antes de Sentencia, tendrán una función esencialmente retributiva de pena privativa de la libertad de 5 a 8 años. El periodo máximo de cumplimiento de sanciones alternativas, por la totalidad de las sanciones impuestas, incluidos los concursos de delitos, será de 8 años.

Para los anteriores supuestos, las normas de desarrollo determinarán de qué manera se graduarán las sanciones y en cuáles casos corresponden sanciones inferiores a los 5 años a quienes no hayan tenido una participación determinante en las conductas más graves y representativas, aun interviniendo en ellas. En este caso el mínimo de sanción será de dos años y el máximo de 5 años, por la totalidad de las sanciones impuestas, incluidos los concursos de delitos.

Las sanciones ordinarias que se impondrán cuando no exista reconocimiento de verdad y responsabilidad, cumplirán las funciones previstas en las normas penales, sin perjuicio de que se obtengan redenciones en la privación de libertad, siempre y cuando el condenado se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo, capacitación o estudio durante el tiempo que permanezca privado de libertad. En todo caso la privación efectiva de libertad no será inferior a 15 años ni superior a 20 en el caso de conductas muy graves. El periodo máximo de cumplimiento de sanciones ordinarias, por la totalidad de las sanciones impuestas, incluidos los concursos de delitos, será de 20 años (Oficina del Alto Comisionado para la Paz, 2016, p. 165-166).

Con toda esta información, pasemos ahora a las conclusiones.

4. Análisis

Este trabajo no tuvo el objetivo de haber realizado un análisis exhaustivo y acabado de los estándares del sistema interamericano de derechos humanos y del sistema universal que debieron ser considerados durante la negociación de los Acuerdos de La Habana. Tampoco hemos tenido la aspiración de indagar las dificultades políticas y el complejo contexto que pudieron encontrarse durante la negociación para que el texto de los Acuerdos sea el que finalmente hemos analizado. Por ello, sería posible reconocer que el resultado era lo mejor que podía aspirarse para lograr la paz en Colombia que demandaba y que aún demanda. Sin embargo, cómo decimos al comienzo, y, a pesar de los esfuerzos y de la buena fe de la negociación, en este trabajo nos permitimos cuestionar si estos Acuerdos contribuirán a cumplir con ese fin.

Resulta evidente que un acuerdo que pretenda ser eficaz debe servir para el conocimiento de la verdad de lo sucedido y para la impartición de justicia adecuada como consecuencia de las violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario ocurridas durante el conflicto armado. Verdad y justicia, entre otros, son los estándares mínimos que, como vimos, requiere la Corte Interamericana de Derechos Humanos para validar este tipo de acuerdos.

René Ureña, profesor asociado de la Escuela de Derecho de la Universidad de los Andes, describe en un trabajo publicado en 2017, lo que llama “la sombra de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Dice Ureña, en relación con negociaciones previas a las que finalmente dieron lugar a los Acuerdos de La Habana, que:

While the OTP remained silent, the Alternative Sentencing Bill triggered a strong backlash from human rights organizations in Colombia. These advocates argued that the bill promoted impunity in violation of the victims’ rights, and pointed to the fact that it undermined the standards developed by the Inter-American System of Human Rights. The Inter-American Court of Human Rights’ (IACtHR) jurisprudence, especially in relation to the democratic transition in Latin America, had by this time repeatedly emphasized the obligation of states to ensure victims’ rights to the truth, a judicial process, and full reparations for wrongdoing. Most importantly, the IACtHR had already rejected blanket amnesties in transitional justice enacted in Peru, which gave perpetrators of atrocities short sentences. The leading case that posed an obstacle for the Colombian government was *Barrios Altos*, which held that “auto-amnesties” constituted a violation of the American Convention on Human Rights, and therefore “lacked legal effects.” The combined pressure of human rights advocacy and the looming threat of the *Barrios Altos* decision made it seem like a real possibility that the IACtHR would invalidate the Alternative Sentencing Bill, and because of that, the Colombian government decided to withdraw it from consideration by the Colombian Congress in 2003 (p. 109).

La pregunta es, siguiendo este razonamiento, si tanto cambió desde aquellos primeros borradores respecto de los Acuerdos firmados. La respuesta no parece contar con una visión uniforme. Siguiendo a Ureña:

On October 2, 2016, the people of Colombia narrowly rejected the peace agreement in a national referendum. Interestingly, a major concern animating the “no” campaign was the perception that effective punishment would not be delivered under the peace agreement. In particular, this approach seemed to echo the early, more restrictive case law of the IACtHR and was vigorously promoted by the international NGO Human Rights Watch, for whom actual prison time was required for crimes falling under the jurisdiction of the ICC. In contrast, local NGOs and the OTP—which had previously taken the hardest line on the need for robust punitive measures—were ready to lend cautious support to the deal. And yet, they seem to have exceeded the bounds of leniency that could be tolerated by the Colombian people (albeit by a narrow margin of 0.4 percent). Following the failed referendum, the parties were forced back to the negotiation table, and a revised deal was achieved a couple of weeks later. To avoid a new political defeat, the new deal was not put up to vote, but was approved by the Colombian Congress in November 30, 2016 (p. 121).

Es decir, los Acuerdos no solo no tuvieron apoyo en el referéndum, sino que se mantuvieron, aunque ahora no de manera uniforme, las críticas que tenían los primeros intentos de acuerdo. Fundamentalmente el tema de preocupación era la investigación de los casos y las penas que se impondrían.

Respecto de la investigación, vimos que el Acuerdo genera un mecanismo que, razonable en el texto, puede ser de difícil ejecución práctica si los órganos encargados de investigar no cuentan con la experiencia y los recursos adecuados para hacerlo.

Pero el acuerdo incluye lo que llama criterios de “priorización y de selección” (párr. 48.s, 50.c, 50.g, 51.d) de ciertos casos que no queda claro cómo se aplicarán y que podrían directamente dejar de investigar ciertas conductas. Ello surge de las funciones que tiene la llamada “Sala de definición de situaciones jurídicas” que, según dice el párrafo 50 del acuerdo tiene entre sus funciones

Con el fin de que se administre pronta y cumplida Justicia, determinar los posibles mecanismos procesales de selección y priorización para quienes no reconozcan verdad y responsabilidad. En la adopción de sus determinaciones esta Sala valorará las decisiones adoptadas por la Sala de Reconocimiento respecto de la concentración de sus funciones en los casos más representativos, según lo establecido en los literales l y p del numeral 48 de este documento (Oficina del Alto Comisionado para la Paz, 2016, p.158).

Esos mecanismos no están expresos, y sobre este tipo de cuestiones, ya hace más de 10 años que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos hubo de manifestar preocupación luego de una visita a Colombia:

el concepto de priorización sería en principio consistente con la importancia y necesidad de lograr el establecimiento judicial de la responsabilidad de los líderes más importantes. Sin embargo, la CIDH encuentra preocupante el concepto de selectividad y la posibilidad contemplada de renunciar a la investigación y procesamiento de graves violaciones a los derechos humanos, en cuanto a que serían incompatibles con las obligaciones del Estado. El sistema interamericano de derechos humanos ha dicho reiteradamente que las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos tienen derecho a la protección y las garantías judiciales para lograr la investigación y procesamiento penal de los perpetradores en la jurisdicción ordinaria. La jurisprudencia del sistema interamericano señala además que la obligación de asegurar la protección judicial necesaria para proteger derechos fundamentales no se encuentra sujeta a suspensión, aún en tiempos de guerra (OEA, 2012).

Por supuesto esta preocupación se refería a otro texto, pero subyace en el texto actual de los Acuerdos el mismo problema: no se sabe cuáles serán los criterios de selectividad y priorización que efectivamente se implementarán.

Por otro lado, resulta difícil sostener a la luz de los estándares del derecho internacional vigentes que en casos de admisión de responsabilidades y de aportar elementos para la investigación, el máximo de la pena por delitos que involucran violaciones a derechos humanos se tan sólo de ocho años.

En consecuencia, es muy dudoso acordar con la idea de cumplir con la proporcionalidad de las penas para este tipo de delitos sobre todo si se analiza que en Colombia se aplican penas mucho mayores en caso de lesiones de bienes jurídicos de valoración mucho menor a las que se refieren los Acuerdos de La Habana.

En este sentido, solo basta con repasar el Código Penal vigente de Colombia. Pero aún más: recientemente el Ministerio de Justicia y del Derecho presentó una Iniciativa legislativa “Por medio de la cual se humaniza la política criminal y penitenciaria para contribuir a la superación del estado de cosas inconstitucional y se dictan otras disposiciones”. Esta iniciativa incluye modificaciones al Código Penal “para la humanización de la política criminal”.

No es objeto de este trabajo emitir una opinión sobre esta iniciativa. Solo nos interesa señalar que las penas en Colombia pueden llegar hasta los cuarenta o cincuenta años de prisión.

Por ello los estándares internacionales sobre la proporcionalidad de las penas no se cumplen. Y, consecuentemente, es de esperar que, salvo un cambio en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puede especularse que en unos años cuando se presenten casos de víctimas que la Corte deba juzgar, la Corte invalide el Acuerdo y condene al Estado colombiano a reabrir investigaciones para imponer penas adecuadas. Ello también podría pasar en el ámbito de la CPI debido al acuerdo suscrito por el Fiscal y el Estado colombiano.

Es cierto que esto es una especulación, pero mientras esa puerta quede abierta, parecería claro que los perpetradores de las violaciones de derechos humanos durante el conflicto armado no tendrán incentivos para presentarse voluntariamente y declarar en el marco de lo que dispone el Acuerdo para obtener los beneficios que el propio Acuerdo les otorga. En otras palabras, si quien busca ser condenado a una pena menor sabe que en el futuro su caso puede ser reabierto, difícilmente contribuya con las investigaciones.

No haría falta agregar mucho más. De aplicarse los estándares vigentes, ni para la Corte Interamericana, ni para el sistema universal, los Acuerdos de La Habana sobreviven.

Pero si esto es tan evidente, ¿por qué no se advirtió en las negociaciones? Y aquí tal vez otra especulación: tal vez sí lo advirtieron, pero como decíamos, desde un punto de vista político era imposible hacerse otra cosa.

Hay un dato que no es menor para dar por cierta esa especulación. Ese dato es la cita del voto del Juez García Sayán en el caso el Mozote.

Ese voto es el único texto de toda la jurisprudencia de la Corte que puede ser leído como favorable para hacer encajar los Acuerdos de la Habana con los estándares internacionales.

Pongámoslo de otro modo: García Sayán en un voto aislado afirma sin dudar que la reducción de penas, si contribuye a la búsqueda de la verdad, se puede considerar. Casi diez años después, Salvioli afirma que, si las sanciones no son proporcionales aún en casos que pudieran contribuir a la búsqueda de la verdad, esas sanciones no cumplen con el derecho internacional. Y la Corte Interamericana, en el caso de la Unión Patriótica, veinte años después del voto aislado de García Sayán, deja claramente abierta la puerta para analizar en el futuro si las decisiones de la JEP cumplen con los criterios de proporcionalidad de la pena.

Es decir, pareciera que los negociadores se esforzaron para hacer coincidir lo que acordaban con los estándares internacionales, y no les quedó otra que echar mano al único argumento, por cierto, aislado, que surgía de la Corte Interamericana.

Por todo lo expresado antes, la consideración de los estándares actuales, al menos en lo que hace a la impartición de justicia, impiden asegurar que los Acuerdos de La Habana podrán ser sostenidos en el futuro en instancias internacionales. Por supuesto que esos estándares pueden cambiar, pueden flexibilizarse, y pueden transformar la visión aislada de García Sayán en la visión mayoritaria. No es objeto de este trabajo pronunciar alguna preferencia.

Tal vez, los negociadores, una vez que obtuvieron el rechazo popular al Acuerdo, podrían haber seguido otro camino, por ejemplo, solicitando una opinión consultiva a la Corte Interamericana para tratar de garantizar que el Acuerdo era válido a la luz de la Convención Americana. No podemos aventurar por qué no lo hicieron, ni tampoco afirmar que la Corte hubiera abierto la consulta.

Lo que sí podemos afirmar es que los estándares vigentes, si se ratifican, no ayudarán a sostener internacionalmente los Acuerdos de La Habana. Si esta especulación se confirma, la situación creada por los Acuerdos puede ser peor: ellos no cumplirán con los objetivos que declamaron quienes los negociaron y quienes los firmaron.

5. Conclusiones

Al finalizar la lectura de este trabajo es posible llegar a una conclusión pesimista sobre el futuro de los Acuerdos de la Habana. Sin embargo, esta conclusión puede ser apresurada dado que por todo lo expuesto entendemos que hay al menos dos miradas sobre el tema que hemos desarrollado.

La primera mirada adopta una “posición normativista” (o estática). Según ella, solo aceptamos de manera fosilizada la jurisprudencia de la Corte Interamericana hasta ahora tal como ha sido descripta; lo mismo sobre la visión del mandato específico sobre justicia transicional del sistema universal de protección de los derechos humanos. De acuerdo con esta posición normativista los Acuerdos de la Habana no pasan el tamiz, ni lo pasarán porque se asume que los estándares vigentes no cambiarán, especialmente en relación con la selección de casos y con la imposición de penas proporcionales a los delitos cometidos. Esta es una posición que puede considerarse pesimista, pero también es un llamado de atención para quienes ahora están implementando o interpretando los Acuerdos, sobre todo las altas Cortes de Colombia y la Justicia Especial para la Paz, quienes deberían corregir las incongruencias de los Acuerdos con esos estándares fosilizados.

La segunda mirada adopta una “posición dinámica”, donde el llamado de atención es para los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y para el sistema universal, quienes por las particulares situaciones de conflictos como el de Colombia deberían modificar su jurisprudencia y opiniones emitidas hasta el presente. Por ejemplo, la Corte Interamericana podría acercar su jurisprudencia al voto particular del exjuez García Sayán, dado que como hemos explicado por ahora es una posición aislada y no puede considerarse como jurisprudencia de la Corte.

Es posible que el riesgo que la Corte Interamericana impugne los Acuerdos de la Habana en materia de selección de los casos para investigar y de la imposición de las penas, pueda ser un riesgo “sobredimensionado” dado que la Corte debería incorporar en su razonamiento el complejo sistema que se propuso en los Acuerdos de La Habana, pero sobre todo analizarlos a la luz de la otra obligación internacional que tienen los Estados y que se refiere a realizar todos los esfuerzos para conseguir la paz. Podría concluirse que teniendo en cuenta esta cuestión, sumado a que en el tema de la proporcionalidad de las penas también deberá tener en cuenta esa obligación estatal, el riesgo de una condena al Estado Colombiano por cómo están concebidos los Acuerdos de la Habana sería bajo.

También puede ser considerado bajo el riesgo si se tiene en cuenta lo que para algunos es un “guiño” que ya hizo la Corte Interamericana en los casos que se mencionan en este trabajo. Por ejemplo, la distinción expresa que hace la Corte entre el caso “Masacres del Mozote” y el caso “Gelman” permitiría concluir que la Corte tratará distinto casos donde existen conflictos armados respecto de casos donde no los hay. Además, en el caso “Unión Patriótica” el párrafo anterior al que citamos más arriba, la Corte Interamericana expresamente dice que

483. Por otra parte, para esta Corte, en lo que respecta las líneas lógicas de investigación, en varios casos, en particular en épocas más remotas, en su mayoría, estaban enfocadas a la determinación de la responsabilidad individual sin una perspectiva de crimen de sistema. Sin perjuicio de lo anterior, en épocas más recientes, y tal como lo reconoce la Comisión, se ha podido ver una sofisticación de las hipótesis de investigación tanto en el ámbito de la justicia ordinaria como en la jurisdicción especial de Justicia y Paz, así como en la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), las cuales abordan la criminalidad contra integrantes y militantes de la UP de una forma sistémica (CIDH , 2022, párr. 483).

En conclusión, adoptar una u otra posición (la normativista estática o la dinámica) parece más un acto de futurología que de análisis jurídico. Es imposible anticiparnos con certeza sobre cómo decidirán los tribunales de Colombia, por un lado, o sobre cómo decidirá la Corte Interamericana en la supuesta de que le llegue un caso sobre víctimas que no fueron consideradas en la jurisdicción colombiana o sobre víctimas que no estuvieron de acuerdo con las sanciones impuestas a quienes violaron sus derechos humanos.

Referencias bibliográficas

- Ureña, R. (2017). *Prosecutorial Politics: The ICC's Influence in Colombian Peace Processes, 2003–2017*. American Journal of International Law, Volume 111, Issue 1.
- Oficina del Alto Comisionado para la Paz (2016). *Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*.
- Bermúdez, A (ed. y coord.). (2018). *Los Debates de La Habana. Una mirada desde adentro*. Fondo de Capital Humano para la Transición Colombiana, Instituto para las Transiciones Integrales (IFIT).
- Ver ONU, doc A/HRC/48/60 del 9 de julio de 2021.
- Presidencia de la República de Colombia. (2018). Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, Biblioteca del proceso de paz con las FARC-EP. Bogotá; Oficina del Alto Comisionado para la Paz.
- Ureña, Rene. (2017) “Prosecutorial Politics: The ICC’s Influence in Colombian Peace Processes, 2003–2017”. *American Journal of International Law* 111 (1):104 – 125.

Sentencias

- Corte IDH (2006). Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154
- Corte IDH (2010). Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219
- Corte IDH (2011). Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221
- Corte IDH (2011). En el caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221
- Corte IDH (2010). Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213
- Corte IDH (2022). Caso Integrantes y Militantes de La Unión Patriótica Vs Colombia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de julio de 2022. Serie C No. 455
- Corte Constitucional de Colombia (2013). Instrumentos Jurídicos de Justicia Transnacional. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C-579/13

Observaciones, opiniones, recomendaciones e informes

- Organización de Estados Americanos (2012). Comisión Interamericana de Derechos humanos. *Observaciones preliminares de la CIDH sobre la visita Loco a Colombia*. 7 de diciembre de 2012

- Consejo de Derechos Humanos (2021). *Rendición de cuentas: enjuiciar y sancionar las violaciones manifiestas de los derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario en procesos de justicia transicional*. 13 de septiembre a 1 de octubre de 2021
- Corte Penal Internacional (2012). The Office of the Prosecutor. *Reporte Intermedio de la Situación en Colombia*. Noviembre 2012. <https://www.oas.org/es/cidh>

DESAFIANDO BARRERAS Y REIVINDICANDO DERECHOS: EL ACCESO A LA JUSTICIA PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN GUATEMALA

Challenging Barriers and Claiming Rights: Access to Justice for People with Disabilities in Guatemala

SANTOS ROMEO BARRIENTOS ALDANA¹

Universidad de San Carlos de Guatemala, Ciudad de Guatemala, Guatemala

Resumen

El presente texto analiza las consideraciones, desde el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad, sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad en Guatemala. A la vez, se presenta un balance crítico, a más de una década de que el Estado de Guatemala ratificara la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, desde una concepción social, garantista y protectora. En este sentido, se evidencian las principales vulneraciones al acceso de la justicia a las personas con discapacidad, a partir de tres escenarios: falta de condiciones óptimas, políticas públicas deficientes y sistémico-estructural.

Palabras clave

Bloque de constitucionalidad, Control de convencionalidad, Acceso a la justicia, Personas con discapacidad, Modelo social.

Abstract

This text analyzes the considerations, from the constitutionality block and conventionality control, on access to justice in Guatemala. At the same time, a critical balance is presented, more than a decade after the State of Guatemala ratified the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, from a social, guaranteeing, and protective conception. In this sense, the main violations of access to justice for people with disabilities are evident, based on three scenarios: lack of optimal conditions, deficient public policies, and systemic-structural.

Keywords

Block of Constitutionality, Control of Conventionality, Access to Justice, People with Disabilities, Social Model.

1. Introducción: el modelo social de la discapacidad y los derechos humanos

De forma abundante se ha expresado que la evolución de los derechos humanos no se agota en la mera positivación de las distintas generaciones (primera, segunda y tercera). Entendiendo que los derechos humanos se deben de interpretar de manera progresiva. Es así como se comprende desde una visión proteccionista y evolutiva. Por ello, a partir de la Segunda Guerra

¹ Estudiante de Maestría en Derecho Constitucional en la Universidad de San Carlos de Guatemala. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario por la Universidad de San Carlos de Guatemala. Auxiliar Judicial en el Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente por Procesos de Mayor Riesgo, Organismo Judicial. Correo electrónico: santosbarrientos3@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7213-1304>. Investigación realizada con financiamiento propio.



Mundial se constitucionalizaron los derechos humanos; por esta razón, se insiste que en la segunda mitad del siglo XX se robustecen los marcos normativos de los países de la región.

Sin embargo, cabe destacar que este modelo protector, garantista y evolutivo constituye no solo un rasgo *intra* y *supra* estatal (más allá del Estado) sino, además, comporta el ideario social. De esta cuenta, el modelo social llevado al *corpus iuris* internacional de los derechos humanos y al contexto nacional, sustancialmente, comprende *grosso modo* la dinámica democrática de los regímenes políticos de Latinoamérica.

Bajo esta perspectiva de dinámicas y pluralidades sociales se introduce el modelo social, en concreto, de las personas con discapacidad. Un modelo teórico (que tiene sus bases en la sociología y la antropología), en primer lugar; y jurídico, después. Decimos modelo teórico porque ha sido la literatura social y antropológica la que ha abordado la discapacidad desde una dimensión paradigmática, aunque de manera breve y, a veces, imprecisa. Ello en virtud de que el tratamiento de las personas con discapacidad ha mostrado tres construcciones históricas:

1. El modelo de prescindencia.
2. El modelo médico o rehabilitador.
3. El modelo social.

De esta cuenta, es importante acercarse a cada uno de estos modelos con el fin de observar la transición hacia el modelo social. En primer lugar, el modelo de prescindencia se distingue porque su construcción se basa en la marginación, el desprecio a las personas con discapacidad. Se vale de un sentido religioso, como un tipo de castigo de la divinidad. Para Palacios (2008), dentro de este modelo se distinguen dos submodelos: el eugenésico y el de marginación. En el primero, la autora realiza una descripción a partir de la apropiación por la antigüedad clásica, en donde se establece que las personas con discapacidad eran consideradas “inservibles” para la sociedad, por lo que no merecían vivir, a tal punto que los niños y niñas que nacían con alguna “diversidad funcional” eran castigados con la muerte (infanticidio). En el caso del segundo submodelo, manifiesta la autora que se caracteriza por la exclusión y por un efecto meramente caritativo.

En cuanto al modelo médico o rehabilitador, señala Lizama (2012), nace a principios del siglo XX como un proceso de asistencialismo social a las personas con discapacidad. Es decir, ya no eran consideradas como objeto de caridad o marginación por algún “defecto” divino, sino que se consideraba que eran funcionales en la medida en que fueran rehabilitados y encausados a la sociedad. Es decir, este modelo considera a las personas con discapacidad con una enfermedad que debe ser tratable.

Por último, el modelo social es una respuesta alentadora que nace en los años 60 del siglo XX. En este modelo ya no se considera a las personas con discapacidad como enfermas que deben ser tratadas, sino que centra la idea en que son personas autónomas que tienen derechos en igualdad de condiciones y que son las barreras del entorno las que limitan el ejercicio pleno de sus derechos (Lizama, 2012).

En este escenario, se aborda la implicación de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por el Estado de Guatemala en el año 2008. Pese al tiempo, se evidencian las constantes violaciones al derecho humano de gozar autonomía y libertad y, asimismo, el nivel caritativo y objetivado con que se representaba esta concepción, seguida de una forma idealista.

Se hace patente la visión violatoria al derecho de acceso a la justicia a las personas con discapacidad, desde la construcción formal de tres escenarios: falta de condiciones

óptimas, políticas públicas deficientes y sistémico-estructural. Con ello se evidencia que la tarea por llevar a la práctica real la ordenación jurídica debe responder al enfoque social de derechos humanos, en la cual se genere el entorno propicio para las personas con discapacidad, acentuando las limitaciones en las barreras sociales y no en la persona.

Por otro lado, se aporta de forma general la protección hacia este grupo vulnerable, desde el control de convencionalidad y el bloque de constitucionalidad, con el objeto de establecer un marco normativo que demuestre el robustecimiento garantista que, en su conjunto, requiere de voluntad política por parte del Estado de Guatemala para concretar políticas públicas que resalten y respeten la dignidad de este grupo social invisibilizado.

2. El bloque de constitucionalidad, el control de convencionalidad y el acceso a la justicia en la perspectiva guatemalteca

En lo interno de los Estados de América Latina, luego de las constantes revisiones del parámetro de control constitucional, se ha incorporado en la doctrina legal el criterio, *prima facie*, de bloque de constitucionalidad². Este se comprende, desde una visión general, como una construcción metajurídica. En tal sentido, el bloque de constitucionalidad es un edificio en el cual se integra y se interpreta a partir de la constitucionalización de derechos; ya no solo se rigen *stricto sensu* las disposiciones contenidas en las Constituciones de posguerra y leyes de carácter constitucional, sino que su derivación comporta la jurisprudencia emanada de los Tribunales Constitucionales —Corte de Constitucionalidad, en el caso de Guatemala—, los principios que informan el derecho constitucional y demás normativa elevada a rango constitucional (verbigracia, normativa internacional en materia de derechos humanos).

En concreto, el bloque de constitucionalidad, en el caso guatemalteco, integra el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad. Esto revela un avance en el Estado democrático de derecho guatemalteco. Pero cabe destacar que estos usos terminológicos son para hacer referencia a la noción interpretativa con búsqueda del robustecimiento y protección de las personas que históricamente han sido invisibilizadas; el caso, por ejemplo, de las personas con discapacidad.

En Guatemala, la Constitución Política consagra, en el artículo 29, la garantía de acceso a la justicia sin distinción alguna. Y esta implicación jurídica establece, en un sentido general, no solo el libre acceso a los tribunales sino, además, realizar todos los actos legales, sin discriminación por motivos de sexo, etnia, color, discapacidad, entre otros. Al respecto, la Corte de Constitucionalidad (2006) se ha expresado, argumentando que el acceso a la justicia:

implica la posibilidad efectiva de ocurrir ante el órgano jurisdiccional y la de realizar ante el mismo, todos los actos legales encaminados a la defensa de sus derechos en juicio, en la forma y con las solemnidades prescritas en las leyes respectivas (p. 3).

En este mismo orden de ideas, el citado Tribunal Constitucional, dentro de los expedientes acumulados 6096-2018 y 6097-2018 (2019), expresaría que:

tales normas concatenadas con la Constitución Política de la República de Guatemala, la cual establece en su artículo 29 que, toda persona tendrá acceso a plantear sus peticiones, requerimientos, recursos, etcétera, ante los órganos jurisdiccionales, dependencias y oficinas

² Para un estudio profundo sobre el bloque de constitucionalidad, véase: César Augusto Londoño Ayala, *Bloque de Constitucionalidad* (Colombia: Ediciones Nueva Jurídica, 2015), 39-81.

del Estado, para ejercer sus acciones y hacer valer sus derechos, pero siempre, refieren los preceptos anteriormente citados, —de conformidad con la ley—, es decir que las mismas cumplan con la norma aplicable a cada caso concreto (pp. 27-28).

De esta cuenta, el criterio sostenido por la Corte de Constitucionalidad ha sido enfocado en la determinación jurídica garantista, protectora de los menos favorecidos; con implicaciones, valga decir, de orden igualitario y en busca de fortalecer la dignidad humana, tal como se consagra en la propia Norma Fundamental (1985) en el artículo 4: “Libertad e igualdad. En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos”. Criterio sostenido en los expedientes 355-93 (sentencia 19-1-94), 141-92 (sentencia 16-6-92). En los que, adicionalmente, se incorpora el sentido de que es conveniente dar un tratamiento distinto a las diferentes situaciones que se presenten y que el derecho a la libertad y dignidad humana solo pueden restringirse por los mismos preceptos normativos que integran el *corpus iuris* nacional.

En efecto, dentro de este esquema jurídico se ha establecido un modelo racional del enfoque social y progresivo de los derechos humanos. Y para robustecer este enfoque se hace necesario acudir al derecho convencional. En tal sentido, *prima facie*, observemos lo que establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 1.1 al indicar que

los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

A este respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), dentro de su criterio jurisprudencial, se ha pronunciado sobre el libre acceso a la justicia. Veamos, por ejemplo, la sentencia del caso Goiburú y otros Vs. Paraguay (2006), en donde la Corte afirma que “el acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional” (párr. 131). Asimismo, en esta línea jurisprudencial, dentro del Digesto Themis (s.f.) se establece que:

Vinculando el acceso a la justicia con el derecho a la verdad y haciendo referencia a los art. 8 y 25, la Corte señala en varios casos que el derecho de acceso a la justicia debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y se sancione a los eventuales responsables (párr. 147).

Por un lado, es necesario notar que el pronunciamiento de la Corte IDH basa sus presupuestos normativos en un sentido general, que no agota en su conjunto la dimensión social y política que abarca el acceso a la justicia. Es decir, el acceso a la justicia (por proponer el aspecto paradigmático social) no solo consiste en la libertad de acudir a los tribunales de justicia y hacer valer el derecho que le asiste a los sujetos de derecho. Sino, además, debe de articular un modelo social basado en el multiculturalismo; lo que significa combinar las aspiraciones universales que comprenden la dignidad humana. En otro aspecto, y en igual sentido, la doctrina nacional ha procurado establecer la garantía de acceso a la justicia entorno a las siguientes consideraciones:

1. El derecho a acudir a los órganos jurisdiccionales.

2. El derecho a plantear peticiones ante los órganos encargados de administrar justicia.
3. El derecho a un juicio justo (tutela judicial efectiva), y a la reparación digna (Corte de Constitucionalidad, Expediente 3222-2022, 2023; Expediente 1513-2023, 2023; Expediente 224-2023, 2023).

Como se prevé, la dinámica jurídica se ha desarrollado en torno a un aspecto meramente mecanicista y no en un aspecto de fondo. El primer sentido revela la condición humana de acudir a los órganos de justicia, presentar sus peticiones sin discriminación alguna y demás circunstancias previstas en la normativa analizada; lo que constituye tan solo un aspecto mecanicista que no abarca un problema de fondo. En cambio, por su parte, la condición de fondo involucra el aspecto no solo formal-mecanicista, sino el social-político vinculado con políticas públicas que resuelvan un problema real y no un ideal social.

Pese a ello, es importante resaltar que el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH y las nuevas dinámicas adoptadas por el Tribunal Constitucional de Guatemala demuestran que los avances en materia de derechos humanos son un proceso en constante evolución, atendiendo a las exigencias sociales que se plantean en lo interno de los Estados. De esa cuenta, se arguye que no es una fugaz ensoñación la construcción de marcos normativos consolidados en el respeto a la dignidad humana. Así, se hace patente que la preocupación —en lo que va del siglo XXI— de los organismos internacionales para la defensa y protección de los derechos humanos ha sido orientada en el sentido de profundizar en los aspectos sociales, en aras de contribuir en un flujo comunicativo eficiente entre las colectividades y pluralidades invisibilizadas, históricamente marginadas.

Para dar cuenta de esta concepción evolutiva de los derechos humanos, se analizará a continuación el aspecto normativo, jurisprudencial (nacional e internacional), en específico de las personas con discapacidad y el acceso a la justicia, vinculado con la propuesta de políticas públicas.

2.1. Acceso a la justicia de las personas con discapacidad

Las consideraciones observadas constituyen la tarea fundamental por abordar de manera jurídica y con sentido crítico un problema que afecta en las distintas latitudes de América Latina. No es un problema para la sociedad sino de la sociedad. Esta construcción problemática se presenta por la no aceptación de las personas con discapacidad, es decir, por considerarlas un obstáculo en el obrar ciudadano y no un sujeto político activo en el conglomerado social. Esto, en efecto, es un problema de la sociedad.

Ha sido objeto de estudio que los países del continente americano presentan altas tasas de desigualdad y discriminación³. Por ello, históricamente existen personas vulnerables, que tienen que sobrevivirle al hecho de estar en sociedad, pese a las condiciones inhumanas que reciben. En tal sentido, la constante evolución de los derechos humanos y las garantías que les asisten a los grupos vulnerables comportan el ideario honesto como un ajuste de cuentas con el pasado. Es ahí en donde el derecho actúa como objeto de control social.

En aras de buscar el respeto a la dignidad humana, la Corte IDH ha enmarcado su pronunciamiento en el respeto y garantía de los derechos humanos, generando responsabilidad directa de los Estados para cumplir, *erga omnes*, los derechos convencionales (caso Gelman Vs. Uruguay, 2011).

³ Véase: CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe), *Panorama Social de América Latina y el Caribe 2022: la transformación de la educación como base para el desarrollo sostenible* (Santiago: CEPAL, 2022), 50-67.

Bajo estos aspectos, un claro ejemplo de discriminación (aunque indirecta) se observa en la propia Constitución Política de la República de Guatemala (1985), al tratar a las personas con discapacidad como “minusválidas” dentro del artículo 53⁴. Esto responde claramente a un tratamiento de discriminación a través del lenguaje y no de garantía a los derechos que les asisten. En el mismo sentido, sigue la Corte de Constitucionalidad (2001) al indicar que: “Es obligación del Estado proteger a los *minusválidos* [énfasis añadido] y personas que adolecen de limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales” (p. 5). Nótese que la misma Corte hace referencia a la concepción de “minusválidos”, acentuando la limitación en las personas bajo un modelo médico-rehabilitador. De acuerdo con Yupanqui et al. (2016):

la utilización de términos como *minusválido*, *inválido*, *incapacitado*, *lisiado*, *retrasado* o *sub-normal*, desde un enfoque lingüístico, corresponden a adjetivos calificativos, cuya función es promover la calificación o caracterización de sujetos, y en este caso, mediante connotaciones sociales despectivas, de inferioridad, de ineptitud, de dependencia (p. 152).

Dentro de otra sentencia, el tribunal constitucional hace referencia a las personas con discapacidad, aplicando el uso terminológico más adecuado, preciso, para evitar caer en discriminación de orden conceptual, por ello refiere que: “la obligación de cumplir con la normativa constitucional señalada para las *personas con discapacidad* [énfasis añadido] deberá obedecer a las características de progresividad y gradualidad” (Corte de Constitucionalidad, 2007, p. 11). Asimismo, se observa que se adopta el enfoque social de derechos humanos a través de la implementación de los ajustes razonables.

En la sentencia precitada se observa, siguiendo el principio de progresividad de los derechos humanos, el tratamiento respetuoso hacia las personas con discapacidad. Resulta importante resaltar que el trato digno empieza a través del lenguaje para evitar la estigmatización y humillación dentro de la sociedad. Por ello, hablar de “personas con discapacidad”, responde a una determinación adecuada para realzar el carácter igualitario. Cabe agregar que en el uso cotidiano se observan expresiones como: “anormal”, “discapacitado”, “disminuido”, “enfermo”, “incapacitado”, “inválido”, “minusválido”, entre otros (Campos, 2021). Asimismo, designaciones como “personas con retos especiales”, “personas con capacidades diferentes”, “personas con capacidades especiales”, no contribuyen a la precisión terminológica, ya que cualquier persona podría encajar dentro de estas categorías y lo que se produce es discriminación al tratar de individualizar a este colectivo y crear identidades para su designación (Garzón Díaz, 2007). De esta cuenta, más bien se refuerza la discriminación de forma indirecta. Entonces, decir personas con discapacidad comporta el ideal del paradigma social en el cual se involucra la tarea de romper las barreras de desigualdad, el de cruzar el surco de limitaciones que la misma sociedad ha previsto (de manera directa o indirecta) hacia este colectivo.

Los argumentos de “especial” y “diferente” hacen referencia al aspecto humano de la persona (a las deficiencias) y no a las barreras que enfrentan las personas con discapacidad para ser ciudadanos autónomos, con capacidad jurídica. Por ello, el uso de estas expresiones no son aún las más precisas para dirigirse dignamente a las personas con discapacidad.

Luego de observar estas precisiones terminológicas, es importante agregar que, como ya se mencionó anteriormente, el acceso a la justicia debe verse desde una perspectiva

⁴ Artículo 53. “Minusválidos. El Estado garantiza la protección de los minusválidos y personas que adolecen de limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales. Se declara de interés nacional su atención médico-social, así como la promoción de políticas y servicios que permitan su rehabilitación y su reincorporación integral a la sociedad”.

de fondo y, con los avances en materia de derechos humanos, la Corte IDH en el Caso Chinchilla Sandoval Vs Guatemala (2016) estableció que:

El derecho a la accesibilidad desde la perspectiva de la discapacidad comprende el deber de ajustar un entorno en el que un sujeto con cualquier limitación puede funcionar y gozar de la mayor independencia posible, a efectos de que participe plenamente en todos los aspectos de la vida en igualdad de condiciones con las demás. En el caso de personas con dificultades de movilidad física, el contenido del derecho a la libertad de desplazamiento implica el deber de los Estados de identificar los obstáculos y las barreras de acceso y, en consecuencia, proceder a eliminarlos o adecuarlos, asegurando con ello la accesibilidad de las personas con discapacidad a las instalaciones o servicios para que gocen de movilidad personal con la mayor independencia posible (párr. 214).

De aquí se desprende lo que con anterioridad se dejó anotado, sobre establecer las condiciones de accesibilidad a las personas con discapacidad, creando espacios propicios (reales), a través de políticas públicas; de esta cuenta, la misma Corte IDH ha resaltado el establecimiento de políticas públicas que introduzcan el ideario garantista para participar activamente en los procesos judiciales, y, asimismo, la capacitación a los operadores de justicia para promover un trato igualitario (Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina, 2012, párr. 137).

Asumir estas exigencias de orden normativo responden al modelo social garantista de las personas con discapacidad, y en el entorno social de un régimen democrático esto resulta un avance en favor de la dignidad humana.

2.1.1. La igualdad de condiciones y el paradigma del garantismo constitucional

En una democracia se busca la apropiación de los valores políticos instaurados dentro de un contexto social, generar condiciones adecuadas para construir un *corpus iuris* basado en el respeto a las libertades, desde lo formal y lo sustancial.

La igualdad de condiciones, como principio del derecho constitucional, resulta ser una condición esencial de un régimen democrático. A su vez, constituye un esfuerzo por afianzar la garantía de libertad de los ciudadanos. De esta manera lo ha expresado el Tribunal Constitucional de Guatemala en el Expediente 5352-2013 (2014): “De lo que se trata es de alcanzar la optimización de los valores libertad e igualdad como pilares del régimen democrático” (p. 105).

De ahí que se comprenda la libertad e igualdad como dos principios inseparables, porque uno es condición del otro. Es decir, sin libertad no puede existir la igualdad, y sin este último es improbable pensar en la libertad. Aunque son principios con concepción distinta, se escinden en la consecución de un mismo fin: el bien común⁵.

Pero la igualdad no debe ser comprendida en su sentido literal, tal como expresaría Bobbio (1991):

Esta expresión no debe ser entendida literalmente, debe ser interpretada. Y una vez interpretada, se ve que no es ya tan obvia. Que los seres humanos nacen libres e iguales quiere decir en realidad que deben ser tratados como si fuesen libres e iguales. La expresión no es la descripción de un hecho, sino la prescripción de un deber (p. 40).

⁵ En la Constitución Política de la República de Guatemala se encuentra regulada la consecución de este fin (art. 1).

Entonces, de lo que se trata es de normar la conducta del ser humano hacia el carácter ideal del fin perseguido. Y es allí donde se instituye la idea de paradigma garantista, formulado por Ferrajoli⁶. El paradigma garantista constitucional es, en este sentido, el cambio estructural de los Estados basados, luego de la constitucionalización de derechos fundamentales, en el carácter democrático, político y social para hacer efectiva la protección de los derechos humanos.

Así, además de lo expuesto por Bobbio, resulta importante citar lo que la Corte de Constitucionalidad guatemalteca ha expresado con relación a la igualdad ante la ley:

la igualdad ante la ley, proclamada con carácter de derecho fundamental en la norma constitucional, consiste en que no deben establecerse excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, sean estas positivas o negativas; es decir, que conlleven un beneficio o un perjuicio a la persona sobre la que recae el supuesto contemplado en la ley (Expediente 2377-2009, 2010, p. 4).

Se observa, entonces, que el Tribunal Constitucional introduce un doble aspecto: el trato igualitario sin distinción alguna, y la esfera de lo decidible, regida por los alcances normativos.

El primer aspecto resulta entendible. En cuanto al segundo, comporta el sentido de actuar regido por la ley y las limitaciones establecidas. De esta cuenta, la Corte IDH (Opinión Consultiva OC-18/03, 2003) ha expresado:

El principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens* (párr. 101).

Tres elementos por resaltar a partir de lo expuesto por la Corte IDH son:

1. El *jus cogens* como principio rector del orden jurídico internacional.
2. La igualdad y no discriminación.
3. La evolución de los derechos humanos, tanto nacional como internacional.

Como se ha advertido, el *jus cogens* constituye el principio fundamental para la aplicabilidad de los derechos internacionales en materia de derechos humanos. En esencia, es la encarnación directa e imperativa de aplicabilidad de los derechos fundamentales regidos por la sociedad internacional. Este principio se encuentra regulado en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, en el que se define como un conjunto normativo del derecho internacional de carácter imperativo, y que para este caso específico la igualdad y no discriminación han entrado en el dominio de tal principio (Caso Yatama Vs. Nicaragua, 2005, párr. 184).

⁶ Para un estudio detallado, véase: Luigi Ferrajoli, *La democracia a través de los derechos: El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político* (Madrid: Editorial Trotta, 2015), 56-61.

En cuanto a la igualdad y no discriminación, reflejan, en un sentido general, un continente y un contenido. Es decir, la igualdad es el continente, lo general; lo que se logra observar de una manera amplia. La discriminación es el contenido, una de las consecuencias del principio de igualdad. Pero se hace imprescindible retratar el tema discriminatorio de una manera aparte en virtud de las desigualdades visibles en los países de la región. En tal sentido, un hecho notable de discriminación es el que se efectúa contra las personas con discapacidad⁷, aunado a la condición de ser parte de algún grupo indígena y, además, ser mujer. Lo que provoca aún más el efecto desigual, por las históricas desigualdades generadas a partir del encuentro entre Occidente y las culturas precolombinas en lo que en la actualidad es América Latina⁸ y, para el caso en concreto, la sociedad guatemalteca⁹.

Ahora bien, el tercer elemento resulta claro en la constante preocupación por las instituciones de carácter internacional que velan por la progresividad de los derechos humanos. De esta cuenta, la normativa interna del Estado guatemalteco ha mostrado aceptación hacia el avance garantista y protector de las colectividades vulnerables, en específico las personas con discapacidad. Prueba de ello es que el Estado de Guatemala dentro de su normativa interna ha garantizado los derechos de este colectivo, pese que merece ser actualizada en contraste con el modelo social de discapacidad. Sin embargo, estos efectos normativos no han sido visibles en la práctica social guatemalteca, revelando que la tarea por construir una sociedad basada en el respeto y dignidad humana no solo parte de la positivización de derechos fundamentales, sino que es deber del Estado crear políticas públicas atinentes a lo establecido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (principio *pro persona*).

3. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su aplicación al ámbito guatemalteco

Se apuntó arriba el carácter regulatorio en que se construye el ordenamiento jurídico guatemalteco; y regido por el principio *pro persona*, conviene observar, a grandes rasgos, las tentativas por construir un marco regulatorio fuerte y no discriminator, partiendo de lo establecido por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Así es importante establecer algunas consideraciones relativas a la Convención luego de haber transcurrido un poco más de una década desde su ratificación por el Estado de Guatemala:

- i) La Convención es un avance normativo para la región, puesto que contiene abordajes y expresiones vinculadas a la exaltación de valores humanos. Sin

⁷ Vale la pena aclarar que, de acuerdo con Palacios (2008), el silencio en la literatura respecto de la condición de las personas con discapacidad revela la insignificancia que ha mostrado su función en las sociedades, revelando la marginación en que se encuentra este colectivo.

⁸ Carlos Guzmán Böckler, *Donde enmudecen las conciencias: Crepúsculo y aurora en Guatemala* (Guatemala: Catafixia Editorial, 2017); Mario Roberto Morales, *La articulación de las diferencias o el síndrome de Maximón. Los discursos literarios y políticos del debate interétnico en Guatemala* (Guatemala: Consucultura, 2008); Severo Martínez Peláez, *La patria del criollo. Ensayo de interpretación de la realidad colonial guatemalteca* (Guatemala: Fondo de Cultura Económica-Piedrasanta, 2021).

⁹ Bastaría una mirada de soslayo a la amplia bibliografía acerca de la historia de América Latina para conocer el origen de las grandes desigualdades perpetuadas en las sociedades, desde el sur de México hasta la Patagonia. A partir del descubrimiento y conquista, como oficialmente se le conoce al arribo o invasión de los europeos al “Nuevo Mundo”, empezó un proceso de negación del “otro”, que no ha cesado hasta nuestros días. Desde Hernán Cortés, Pedro de Alvarado, Bernal Díaz del Castillo y las macabras descripciones de fray Bartolomé de las Casas (2006) en su *Brevísima relación de la destrucción de las indias, hasta Masacres de la selva* de Ricardo Falla (2014), las poblaciones han tenido que sobrevivirle a la esclavitud, al crimen, a la segregación y a otras formas abyectas que el ser humano ha inventado para someter a quien tiene diferentes costumbres y formas de vida.

embargo, desde una perspectiva hermenéutica, su aplicación en la realidad concreta ha sido tan solo un ideal de Estado, regido por una tradición de exclusión de los más débiles.

- ii) Los inicios del siglo XXI traen consigo un avance hacia sólidos y profundos cambios en los ordenamientos jurídicos de la región. En tal contexto, el discurso de los avances en materia de derechos humanos se vuelve un lugar común dentro de los Estados de América Latina, configurando, por un lado, el bloque de control de convencionalidad; y, en otro, el establecimiento de pueblos democráticos. Así se dibuja un paisaje normativista y político-social, en el que nacen tratados y convenciones internacionales en materia de derechos humanos. Producto de ese esfuerzo es la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- iii) El logro innegable hacia formas garantistas de las personas con discapacidad, que se ha provocado desde la ratificación de la Convención por parte del Estado de Guatemala no dista de levantar preocupaciones, entre ellas:
 - a) Romper el esquema social de exclusión, tanto directa como indirecta, que se observa en el comportamiento del ciudadano promedio en Guatemala.
 - b) Consolidar instituciones que protejan y garanticen los derechos de las personas con discapacidad, incluyendo el establecimiento de prácticas concientizadoras y políticas de inclusión para la consecución de tal fin.
 - c) Organizar el ordenamiento jurídico nacional en armonía con la Convención, para que con ello se construya un *corpus iuris* sólido y de respeto hacia quienes viven en condiciones de vulnerabilidad social.

En este sentido, para romper con ese esquema de exclusión, es importante realizar las reformas a la normativa interna que a través del lenguaje genera estigmatización en el “imaginario social instituyente” (Castoriadis, 2018, p. 320-330). Por ejemplo, ya se anotó que la propia Constitución Política de la República de Guatemala discrimina a las personas con discapacidad al estar bajo el modelo médico-rehabilitador. Se resaltó que en el artículo 53 se hace alusión de forma humillante a las personas con discapacidad como “minusválidos”. Sin embargo, hay que resaltar también que en el artículo 102 inciso m de la Norma Fundamental se observa este término. Adicionalmente, hay que hacer mención que el Código Civil (1964) debe hacer una transición jurídica hacia el modelo social, porque persiste la idea acentuada en la persona y no en las barreras sociales que generan la discapacidad. Ello se evidencia porque no existe el otorgamiento de la plena capacidad jurídica en la manifestación de voluntad, pues no se le asigna el uso de apoyos requeridos por la persona (es decir que la propia persona en el uso de su propia capacidad lo manifieste) de acuerdo con sus necesidades, no existe un régimen de asistencia como tal, como si existe en Perú, por ejemplo¹⁰.

En dicho contexto, se considera oportuno citar el artículo 9 (“incapacidad”) del Código Civil de Guatemala, en el cual de manera desproporcionada sigue consintiendo la discapacidad en razón de la persona (actitudinal) y no en las barreras sociales que impiden la participación plena en sociedad, pues establece que “pueden [...] ser declarados en estado de interdicción, las personas que por abuso de bebidas alcohólicas o de estupefacientes, se exponen ellas mismas o

¹⁰ Enrique Varsi-Rospigliosi y Romina Santillán Santa Cruz, *Manifestación de voluntad de las personas con discapacidad en la teoría general del acto jurídico y la nueva perspectiva basada en los apoyos. Un estudio de derecho peruano* (Lima: Actualidad Jurídica Iberoamericana, 2021), 1060-1081.

exponen a sus familias a graves perjuicios económicos”. En un sentido similar y que es preciso evidenciar se observa en los tipos de testamento regulados en el mismo cuerpo normativo, pues discrimina de manera indirecta en palabras como “el testamento del ciego”, “el testamento del sordo” y las formas en que estos pueden otorgar testamento, acentuando la caracterización, una vez más, en la persona y no en la desventaja que presenta dicha persona al momento de interactuar con la sociedad. Es decir, no se toma en cuenta el modelo social bajo parámetros de ajustes razonables, con el objeto de dotar de capacidad jurídica a las personas con discapacidad.

Por su parte, la propia Ley de Atención a las Personas con Discapacidad de Guatemala genera incertidumbre al seguir manteniendo el modelo médico-rehabilitador. Prueba de ello es el contenido de los artículos 1 (“declaración”) y 3 (“definición”). En el artículo 1 se establece que:

Se declara de beneficio social el desarrollo integral de las personas con discapacidad física, sensorial, intelectual o con trastornos de talla y peso genético y congénito o adquirido, en igualdad de condiciones para su participación en el desarrollo educativo, económico, social y político del país.

Este artículo, lejos de establecer un modelo social, se centra en un sentido de rehabilitación, con el que se declara que las personas con discapacidad son un beneficio social, comprendiendo que debe buscarse desarrollar de manera integral a este colectivo para que puedan ser incorporados en la sociedad. Ello deviene discriminatorio y no asiste al cambio de paradigma, porque las personas con discapacidad no pueden ser consideradas como un beneficio social (una vez más se inserta el problema en la persona y no en las limitaciones que enfrenta por las barreras del entorno) ya que en el imaginario de la sociedad decir “beneficio social” abona en el sentido asistencialista (Finsterbuch, 2016, p. 229) y de seguridad social (Lizama, 2012, p. 25).

En el artículo 3 de este cuerpo normativo se observa que se define discapacidad como “cualquier deficiencia física, mental, sensorial, trastornos de talla y peso, genéticas, congénitas o adquiridas, que limite substancialmente una o más actividades consideradas normales para una persona”. La noción conceptualizada en este artículo no está en armonía con el propósito perseguido por la Convención, porque en este artículo se centra la atención en el término “discapacidad” a partir de dos aspectos: la persona y en lo considerado normal por la sociedad. Este segundo aspecto genera discriminación, porque lo contrario de normal sería anormal. Entonces, se debe advertir que este tipo de lenguaje contribuye a los discursos de desprecio hacia este colectivo.

El Código de Notariado de Guatemala (1947) contiene disposiciones en donde se instituye la prohibición de ejercer notariado y ser testigos a los “ciegos”, “sordos” y “mudos”¹¹. Estas disposiciones parten de la concepción de que las personas con discapacidad no tienen capacidad jurídica a partir de la enunciación de “deficiencias”, obviando la importancia de generar condiciones inclusivas en la sociedad, con el objeto de romper esas barreras que limitan el libre acceso a la capacidad jurídica, estableciendo los ajustes razonables a través del test de proporcionalidad, ya que es notable que no solo se vulnera el derecho a ser un profesional, también se vulnera el derecho fundamental de trabajo.

De este modo, desde la propia normativa interna de Guatemala se acota que se inscribe en el modelo médico-rehabilitador y no en el modelo social. Sin embargo, un intento

¹¹ Artículo 3. “Tienen impedimento para ejercer el notariado: [...] 3. Los ciegos, sordos o mudos, y los que adolezcan de cualquier otro defecto físico o mental que les impida el correcto desempeño de su cometido”; artículo 53. “No podrán ser testigos: [...] 3. Los sordos, mudos o ciegos”.

por lograr la armonización de la normativa interna con la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se encuentra en el proyecto de ley 5125 que dispone aprobar la Ley de Personas con Discapacidad, propuesta en 2016 por la Comisión de Asuntos Sobre Discapacidad del Congreso de la República de Guatemala en donde se establece una concepción evolutiva en el marco de las reformas a algunas leyes nacionales en contraste con el principio de ajustes razonables, entre estas leyes se encuentran: el Código Penal, el Código de Trabajo, Código Municipal, Ley de Acceso a la Información Pública, Ley del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura y otros Tratos o Pena Crueles, Inhumanos o Degradantes, Ley de Educación Nacional y la derogación de la actual Ley de Atención a las Personas con Discapacidad. Sin embargo, en dicha iniciativa hace falta agregar las reformas al Código Civil y al Código de Notariado. Pese a los esfuerzos por lograr la actualización de la normativa interna hacia una perspectiva garantista de los derechos humanos y antidiscriminatoria, se evidencia que no existe voluntad política y jurídica para alcanzar el cambio del tratamiento médico de la discapacidad en el país. Ello es así porque desde el año 2017 dicha iniciativa se quedó con tercer debate aprobado, quedando pendiente la aprobación por artículos y redacción final (Proyecto de Ley de Personas con Discapacidad, iniciativa de Ley 5125 de 2016).

La tarea es ardua, por lo que es necesario un fuerte compromiso social y voluntad política. Y, a este respecto, se suma que el Estado de Guatemala no ha estructurado de forma sistemática este enfoque de orden ético y social, de rupturas de esquemas enraizados en los sujetos sociales y operadores jurídicos.

La Convención ha configurado una exigencia, aunque insuficiente, imperativa: el respeto a la dignidad humana de las personas con discapacidad.

4. Tres escenarios sobre la violación al derecho humano de acceso a la justicia a las personas con discapacidad en el ámbito guatemalteco

Ya se ha apuntado la crisis que enfrenta el ordenamiento jurídico guatemalteco al no aplicar la normativa en la realidad tangible. Esto hace pensar que existe violación al derecho humano de acceso a la justicia a las personas con discapacidad, puesto que, al no focalizar los esfuerzos institucionales en lograr la disminución de la desigualdad, lo que ocurre es el efecto heredado de otros períodos para realizar expresiones de exclusión a las personas con discapacidad.

Por esta razón, es importante problematizar sobre los efectos negativos y las violaciones al derecho a la igualdad y no discriminación, que para el derecho internacional constituyen principios de carácter imperativo y de cumplimiento obligatorio (*erga omnes*) para los estados parte.

Así, siguiendo estas líneas, conviene que agreguemos, sin caer en el reduccionismo teórico, tres escenarios principales en donde se visualiza con mayor extensión la violación al derecho humano de acceso a la justicia a las personas con discapacidad. Para ello tenemos que, como se ha señalado, los innegables avances en los derechos humanos han construido un orden normativo basado en el respeto a los valores humanos. Sin embargo, el derecho como transformación social es tan solo una retórica jurídica cuando los encargados de aplicarlo no lo hacen con el debido apego a lo establecido por la normativa. Esto, en esencia, constituye a la vez un retroceso en el modelo garantista de los derechos humanos.

De este modo, procedamos a ver los escenarios en concreto.

4.1. Falta de condiciones óptimas de acceso a la justicia (primer escenario)

Importante resulta aproximarse a los tipos de discapacidad que existen, al respecto se puede enunciar la tipología que admite la Convención: física, sensorial e intelectual o psíquica. Esta tipología,

a diferencia de la establecida en la normativa interna, comprende el sentido de que las personas con discapacidad al interactuar con las diversas barreras sociales no logran su plena inclusión.

Dicho esto, es importante señalar que las condiciones de infraestructura para el acceso a la justicia a las personas con discapacidad en el ámbito guatemalteco son ineficaces. Es más, no existe una infraestructura adecuada que les permita a las personas con discapacidad acceder a los órganos jurisdiccionales. Esto aparentemente pareciera no ser un problema. Pero viéndolo de fondo, sí constituye un problema de orden fundamental. Sin infraestructura adecuada, es imposible que las personas con discapacidad puedan acceder a hacer valer sus derechos como ciudadanos.

De esta cuenta, la infraestructura comprende un orden fundamental para el adecuado acceso a la justicia a las personas con discapacidad y esto representa, en su conjunto, una modalidad de igualdad, como principio de los derechos humanos.

Y es que dentro del principio de igualdad como derecho fundamental se involucra un orden normativo amplio que alcanza a las personas con discapacidad. Esto contribuye a establecer que un problema no puede tratarse de forma aislada, sin entender las distintas consideraciones que se originan a partir de la comprensión social.

El Estado de Guatemala no ha cumplido, con gran parte de la normativa internacional atinente al acceso a la justicia a las personas con discapacidad. A este respecto, el art. 3 de la Convención regula los principios por los cuales se rige, y que es obligación de los Estados adoptar políticas progresivas que permitan, en este caso específico, el acceso a la justicia a las personas con discapacidad; es un hecho que el Palacio de Justicia del Estado de Guatemala no cumple con las condiciones mínimas de infraestructura para dirigirse a los órganos encargados de administrar justicia. Esto, a su vez, comprende una falta de compromiso con los menos favorecidos de la realidad social guatemalteca.

Además, el problema de acceso a la justicia no se agota en la simple enunciación de las barreras estructurales que no permiten la movilidad. Por ejemplo, en Guatemala también existen barreras actitudinales, de comunicación y políticas. Esto se evidencia porque no existe adecuada capacitación a los operadores de justicia en el uso de lengua de señas para el caso de personas que tengan dificultad sensorial. En el caso de personas que tienen limitaciones intelectuales, como se vio, el Código Civil establece que se les debe declarar en estado de interdicción, pero no señala la función del apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica y mucho menos los ajustes razonables (Finsterbusch Romero, 2016).

Como un ajuste de cuentas con el pasado, el Estado de Guatemala debe cumplir con garantizar el acceso a la justicia a las personas con discapacidad, quienes, por su condición, enfrentan barreras que no les permiten el acceso a la justicia. Por tal razón, las políticas públicas (Méndez Martínez, 2020, p. 31-39) constituyen el enfoque estratégico que debe adoptarse para garantizar el libre acceso a la justicia.

4.2. Políticas públicas deficientes (segundo escenario)

Durante el análisis holístico sobre los retos que enfrentan las personas con discapacidad para garantizarles el acceso a la justicia, se ha mencionado las políticas públicas; pero ¿a qué nos referimos al hablar de políticas públicas? Pareciera que todos los errores pudieran resolverse con la sola planificación por parte de los órganos de la administración pública; sin embargo, esto solo se traduce en uno de los tantos problemas por ir solucionando. Hay que avanzar y de eso se trata. Así que una política pública incluye una serie de pasos concatenados por parte del Estado para la consecución de un bien común. Siguiendo estas líneas, Méndez Martínez (2020) nos dice que política pública es “un conjunto, paquete o serie de acciones por parte

del Estado (o de la sociedad por delegación del mismo [*sic*]) dirigido a resolver un problema estatal y proveer un bien público” (p. 50-51).

El Estado de Guatemala, a través del Organismo Judicial y del Consejo Nacional para la Atención de las Personas con Discapacidad, ha adoptado la Política Nacional de Atención de las Personas con Discapacidad (Stang Alva, 2011; Consejo Nacional para la Atención de las Personas con Discapacidad, 2006) y la Política de Acceso a la Justicia para Personas en Situación de Discapacidad y Plan de Implementación para su Cumplimiento (s.f.). En el caso de la política nacional existe rezago hacia el tratamiento de las personas con discapacidad ya que no se encuentra actualizada de conformidad a las nuevas perspectivas sociales, sigue distinguiendo términos como “minusvalías” y discapacidad entorno a la persona y no en el entorno que lo hace “discapacitante” (Palacios, 2008).

Por otro lado, la Política de Acceso a la Justicia para Personas en Situación de Discapacidad es un esfuerzo conjunto en donde se observa la buena intención por avanzar hacia el modelo social, pero los esfuerzos se agotan en la retórica. En tal sentido, se enunciarán algunos de los ejes de la política y se contrastará con la realidad social guatemalteca.

El primer eje se centra en la gestión humana para la igualdad de las personas en situación de discapacidad. El propósito de este eje consiste en una cuestión meramente administrativa, orientada a la capacitación del personal del Organismo Judicial a efecto sensibilizar sobre los derechos de las personas con discapacidad; también se incluye en el eje el acceso de las personas con discapacidad para que puedan laborar dentro de ese Organismo. Entre los indicadores para evaluar el cumplimiento se encuentran dos que llaman la atención: porcentaje de personas con discapacidad que laboran en el Poder Judicial, y grado de transversalización de la perspectiva de la discapacidad en los instrumentos de captación, selección y contratación de personal. En el primer indicador es importante destacar que actualmente hay laborando en el Organismo Judicial un total de 12,781 personas (Organismo Judicial, 2023) de las cuales 33 son personas con discapacidad (Organismo Judicial, s.f.). De ahí se colige que no se ha logrado la inclusión de personas laborantes en situación de discapacidad. En el segundo indicador, es importante resaltar que no se han creado los mecanismos tecnológicos y mucho menos material de captación de personal con perspectiva transversal, puesto que no existen documentos elaborados con sistema braille.

El segundo eje se enfoca en el aspecto de la accesibilidad a los servicios que presta el Organismo Judicial. Sin embargo, en cuestiones de infraestructura en la mayoría de inmuebles no se cuenta con la disponibilidad de rampa para el ingreso; no existen mecanismos de lectura fácil, para personas con discapacidad intelectual; para el caso de personas con discapacidad auditiva, existe poco personal de seguridad capacitado en lengua de señas o signos ya que ellos son el primer contacto con el público; para personas con discapacidad visual, se debe implementar el uso del sistema braille en los pasillos y lugares de mayor tránsito, como también la información documental en este tipo de sistema.

Ahora bien, el otro eje que nos interesa observar es el enfocado en el ámbito jurisdiccional, el número 5 de la política. En este se establece la tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad. Entre lo destacable de este eje se encuentra: 1. Realizar ajustes razonables para el acceso a la justicia a las personas con discapacidad. 2. Implementar buenas prácticas de gestión judicial con perspectiva de las personas con discapacidad. Para evaluar el cumplimiento de este eje se establece que deben existir datos estadísticos de cuántas personas con discapacidad tienen acceso a la justicia guatemalteca. Sin embargo, en los sistemas de acceso al público del Organismo Judicial no existen datos estadísticos sobre la cantidad de personas con discapacidad que hacen uso de los servicios que brinda este poder del Estado, los únicos

datos estadísticos de este tipo son los que se encuentran en la Política de Acceso a la Justicia para Personas en Situación de Discapacidad (s.f.), en la cual se establecen datos aproximados distribuidos de la siguiente forma: un total de 1594 personas con discapacidad física, 1637 con discapacidad visual, 1038 con discapacidad auditiva, 292 personas con acondroplasia y 552 con discapacidad intelectual acceden a los servicios del Organismo Judicial (p. 17)¹². De esta cuenta, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2016) al emitir sus observaciones finales sobre el informe inicial de Guatemala, refirió su preocupación al escaso acceso a la justicia de las personas en situación de discapacidad (párr. 35). El hecho de no contar con datos actualizados hace difícil la tarea por establecer mecanismos adecuados para eliminar las barreras que no permiten el acceso a la justicia.

De esta cuenta, las políticas públicas involucran un compromiso estatal por crear las condiciones mínimas de acceso a la justicia a las personas con discapacidad. Estos fines concretos comportan el ideario llevado a la normativa convencional y que en el derecho interno ha mostrado avances que no se han llevado a la práctica.

El Reglamento de la Ley de Atención de las Personas con Discapacidad¹³ regula entre las funciones de los delegados la de crear anualmente políticas públicas (art. 9 inciso e), pero estos se realizan sin que se cumplan. Cayendo en la falsa ilusión de lo buscado. Esa resistencia, a nuestro juicio, comprende dos razones: i) la historia de desigualdad en que se ha desarrollado el país y; ii) falta de compromiso estatal.

4.2.1. Los operadores de justicia y el tratamiento a las personas con discapacidad

Los retos que enfrenta el Estado de Guatemala para incorporar políticas públicas eficaces no se agotan en la sola tarea de un sector, esto comporta un grupo de actores, no solo sociales sino funcionarios y sujetos encargados de aplicar las políticas de gobierno. Bajo esta perspectiva, los operadores de justicia tienen el deber social de actuar con apego a la ley, lo que se traduce en el tratamiento igualitario hacia las personas con discapacidad.

Sin embargo, es difícil observar un trato igualitario cuando no ha existido capacitación adecuada para la comunicación de señas, por ejemplo. Asimismo, es necesario que el Poder Judicial cree la unidad responsable para el cumplimiento de la Política de Acceso a la

¹² Vale añadir que se solicitaron datos estadísticos de los años 2022 y 2023 al Centro de Información, Desarrollo y Estadística Judicial (CIDEJ) para una mejor ilustración y señalaron que para 2022 tuvo acceso a los servicios del Organismo Judicial un total de 191 personas con discapacidad, distribuidas así: 89 con discapacidad física, 35 con discapacidad intelectual, 19 con discapacidad psicosocial, 16 con discapacidad visual y 32 con discapacidad auditiva. Para lo que va del año 2023 un total de 198 personas con discapacidad han tenido acceso a la justicia, distribuidas de la siguiente manera: 71 con discapacidad física, 44 con discapacidad intelectual, 35 con discapacidad psicosocial, 19 con discapacidad visual y 29 con discapacidad auditiva. Estos datos solo pueden contrastarse con la cantidad de población con discapacidad en el país; para ello, los indicadores estadísticos que registra el Consejo Nacional para la Atención de las Personas con Discapacidad (s.f.) destacan que 1 408 736 de personas cuenta con alguna condición de discapacidad a nivel nacional. Entonces, a partir de estos datos podríamos determinar que alrededor de 0,02% ha contado con acceso a la justicia.

¹³ Es importante añadir que el Reglamento del Decreto 135-96 del Congreso de la República (Ley de Atención a las Personas con Discapacidad) tiene entre sus objetivos el de organizar y establecer las funciones de las instituciones encargadas para la atención de las personas con discapacidad. Lo preocupante resulta del hecho que no es una norma que tenga rango de ley, sino que es un reglamento que desarrolla lo contenido en la Ley de Atención a las Personas con Discapacidad, por lo que su extensión podría tornarse limitada al ámbito de su aplicación. Por otro lado, debe resaltarse que Stang (2011) refiere que “la mayor parte de las normas que regulan el ámbito de la discapacidad en los países latinoamericanos tiene carácter de ley [...] [sin embargo] solo en los casos de El Salvador, Guatemala y Honduras se trata de un decreto” (p. 33). Esta afirmación de la autora no es aplicable para el caso de Guatemala. Pues si bien es cierto está denominado como decreto, es una normativa que sí tiene carácter de ley por ser emitida por el Congreso de la República y seguir todo el proceso legislativo. Quizá el desacuerdo de la autora deviene porque en el país existe esta técnica legislativa al momento de establecer la denominación de las normas. Lo explicado es para fines de precisión, pero eso no resta que en Guatemala debe realizarse una adaptación de los preceptos legales en armonía con el modelo social de discapacidad, como ya se ha anotado.

Justicia para Personas con Discapacidad (s.f.) con el objeto de atender con lo regulado en la Convención y realizar los ajustes razonables.

En otro orden de ideas, es importante indicar que en el Organismo Judicial han sido pocas las capacitaciones que se han realizado en torno a los derechos de las personas con discapacidad¹⁴. Además, dentro de los órganos jurisdiccionales se solicita a la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia el apoyo de otras entidades como: el Consejo Nacional para la Atención de las Personas con Discapacidad y el Benemérito Comité Pro-Ciegos y Sordos de Guatemala, cuando el caso lo amerita, siendo necesario que dentro del propio Organismo existan los mecanismos que faciliten el acceso a la justicia a las personas con discapacidad; ello deviene para desburocratizar la esfera pública, llevar a cabo de manera inmediata el proceso judicial y garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva. En este sentido, es menester que se capacite a los operadores de justicia con el objeto de que exista un adecuado acceso a las personas con discapacidad para que no se promueva la distinción y se establezca el involucramiento con los demás sectores sociales.

Finalmente, es importante cumplir con lo establecido en las Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, como en el protocolo adoptado por el Organismo Judicial para la Atención a las personas con discapacidad; pero adoptarlo no como mera retórica, sino como un verdadero compromiso social.

4.3. La discriminación como un problema sistémico-estructural (tercer escenario)

A lo largo de la literatura esbozada hemos observado los grandes retos que enfrentan las personas con discapacidad, entre los que se encuentran la desigualdad y discriminación, lo que representa en la historia del país un problema de orden social sistémico-estructural. Decimos que es un problema de esta naturaleza en virtud de que han transcurrido más de diez años en los cuales no se ha construido un comportamiento social basado en el respeto y dignidad humana. Esto conlleva a sostener que en Guatemala existe un problema sistémico-estructural que comprende la exclusión y la discriminación.

Lo expuesto se demuestra en el acceso a la justicia a las personas con discapacidad. Ya que al no existir una adecuada infraestructura y eficaces políticas públicas el problema se agrava y se une a estimar un sistema poco incluyente. De tal suerte que este problema se refleja, también, por el hecho de que la normativa interna del Estado de Guatemala no es robusta para el acceso a la justicia a las personas con discapacidad. Solo existe el protocolo de acceso a la justicia establecido por el Organismo Judicial, mismo que no ha sido desarrollado en diferentes formatos, como sistema Braille, audio u otra forma que coadyuve al conocimiento general y no restringido, con el objeto de que se conozcan los derechos y garantías que gozan las personas con discapacidad al momento de acceder a la justicia del país.

5. A manera de conclusión

Se ha esbozado sobre las principales problemáticas que enfrentan las personas con discapacidad para acceder a la justicia. Pese a la existencia de normativa interna (poco robusta) e internacional con respecto a los derechos y garantías proteccionistas a las personas con discapacidad, no se ha logrado, como se ha expuesto, establecer políticas públicas eficaces que en la práctica contribuyan al establecimiento del bien común.

¹⁴No se cuenta con datos estadísticos de la cantidad de personas que han sido capacitadas, pese a que según la propia Política de Acceso a la Justicia para Personas en Situación de Discapacidad se deberá contar con este tipo de información con el objeto de crear mecanismos adecuados para el acceso a la justicia a las personas con discapacidad.

Temas que resultan imprescindibles y que aún representan retos en la práctica garantista institucional de Guatemala, es la falta de producción normativa en sistema Braille¹⁵; intérpretes de señas o signos en los procesos judiciales, donde resulte necesario; la falta de mecanismos tecnológicos para las personas con discapacidad; la implementación de resoluciones judiciales de lectura fácil; la actualización normativa; la falta de infraestructura adecuada que les permita el acceso a la justicia y la evidente discriminación de orden sistémico-estructural. Esto demuestra que las diferentes disposiciones legales en Guatemala han sido tan solo un ideal que no se ha conseguido en la realidad social. Además, se evidenció que la normativa interna se inserta dentro del modelo médico-rehabilitador, y no se ha llevado a cabo la transición hacia el modelo social en armonía con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; en tal sentido, queda pendiente el establecimiento de los ajustes razonables para el adecuado acceso a la justicia y el otorgamiento de capacidad jurídica para actuar.

Por tanto, es necesario que el Organismo Judicial, los sujetos de derecho y la sociedad civil, introduzcan no solo un cambio de paradigma para el tratamiento a las personas con discapacidad, sino que implementen prácticas incluyentes con el objeto de garantizar los derechos de este colectivo, a efecto de romper con las barreras que les limitan poder desenvolverse en sociedad.

Referencias bibliográficas

- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid: Editorial Sistema.
- Boussinot Nuila, C. J., Chajón Aguilar, F. d., Briere Samayoa, J. P., Figueroa Resen, M. M., Cappa Rosales, M. E., Késtler Velásquez, R., Morán Reyes, S. N. (2 de Agosto de 2016). *Proyecto de Ley de Personas con Discapacidad, iniciativa de Ley 5125*. Obtenido de https://www.congreso.gob.gt/detalle_pdf/iniciativas/963#gsc.tab=0
- Campos, G. M. (2021). La discapacidad en el lenguaje o el lenguaje para la discapacidad. *Diálogos*, 23(1), 78-89. doi: <https://doi.org/10.5377/dialogos.v23i1.14756>
- Casas, B. d. (2006). *Brevísima relación de la destrucción de las Indias*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Obtenido de <https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcjm259>
- Castoriadis, C. (2018). *Hecho y por hacer: pensar la imaginación. Las encrucijadas del laberinto V*. Madrid: Enclave de libros.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (2022). *Panorama social de América Latina y el Caribe 2022: la transformación de la educación como base para el desarrollo sostenible*. Santiago: CEPAL. Obtenido de <https://hdl.handle.net/11362/48518>
- Comité Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2016). *Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre el informe inicial de Guatemala*. Ginebra: Naciones Unidas. Obtenido de <https://conadi.gob.gt/web/wp-content/uploads/2018/08/Observaciones-Finales-Guatemala-CDPD.pdf>
- Consejo Nacional para la Atención de las Personas con Discapacidad. (2006). *Política Nacional de Atención de las Personas con Discapacidad*. Guatemala: CONADI. Obtenido de <https://conadi.gob.gt/web/wp-content/uploads/2022/03/Politica-Nacional.pdf>
- Consejo Nacional para la Atención de las Personas con Discapacidad. (s.f.). *Indicadores y estadísticas de personas con discapacidad de Guatemala*. Obtenido de <https://datos-estadisticos.conadi.gob.gt/>

¹⁵ Violándose lo que establece la Ley del Organismo Judicial, relativo a que la ignorancia de la ley es condenable (art. 3).

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2022) *Digesto Themis*. Actualizado hasta diciembre de 2022. https://www.corteidh.or.cr/cf/themis/digesto/digesto.cfm#Toc_138.
- Falla, R. (2014). *Masacres de la selva. Ixcán, Guatemala (1975-1982)*. Guatemala: Editorial Universitaria.
- Ferrajoli, L. (2015). *La democracia a través de los derechos: El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Madrid: Editorial Trotta.
- Finsterbusch Romero, C. (2016). La extensión de los ajustes razonables en el derecho de las personas en situación de discapacidad de acuerdo al enfoque social de derechos humanos. *Ius et Praxis*, 22(2), 227-252. doi: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122016000200008>
- Garzón Díaz, K. (2007). Discapacidad y procesos identitarios. *Revista Ciencias de la Salud*, 5(2), 86-91. Obtenido de chrome-extension://efaidnbmnnnibpajpcglclefindmkaj/<http://www.scielo.org.co/pdf/recis/v5n2/v5n2a9.pdf>
- Guzmán Böckler, C. (2017). *Donde enmudecen las conciencias: Crepúsculo y aurora en Guatemala*. Guatemala: Catafixia Editorial.
- Lizama, V. V. (2012). Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico. *Revista empresa y humanismo*, XV(1), 115-136. doi: <https://doi.org/10.15581/015.15.4179>
- Londoño Ayala, C. (2015). *Bloque de Constitucionalidad*. Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.
- Martínez Peláez, S. (2021). *La patria del criollo. Ensayo de interpretación de la realidad colonial guatemalteca*. Guatemala: Fondo de Cultura Económica - Piedrasanta.
- Méndez Martínez, J. L. (2020). *Políticas públicas: Enfoque estratégico para América Latina*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Morales, M. R. (2008). *La articulación de las diferencias o el síndrome de Maximón. Los discursos literarios y políticos del debate interétnico en Guatemala*. Guatemala: Consucultura.
- Organismo Judicial . (8 de Septiembre de 2023). *Personal del Organismo Judicial*. Obtenido de <http://www.oj.gob.gt/index.php/estadisticas-sm-p>
- Organismo Judicial. (s.f.). *Cantidad de personas con discapacidad que actualmente laboran para el Organismo Judicial*. Obtenido de <http://www.oj.gob.gt/Archivos/AtencionPersonasConDiscapacidad/Documentos%20de%20interes/Empleados%20con%20discapacidad%20laborantes%20en%20el%20Organismo%20Judicial.pdf>
- Organismo Judicial. (s.f.). *Política de Acceso a la Justicia para Personas en Situación de Discapacidad y Plan de Implementación para su Cumplimiento*. Guatemala: Organismo Judicial. Obtenido de <http://www.oj.gob.gt/Archivos/AtencionPersonasConDiscapacidad/Documentos%20de%20interes/Politica%20de%20Acceso%20a%20Justicia%20Personas%20en%20situacion%20de%20Discapacidad%20y%20Plan%20Implementaci%c3%b3n.pdf>
- Palacios, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Cermi. Obtenido de https://books.google.es/books?hl=es&lr=lang_es&id=VYlbqDLsrzUC&oi=fnd&pg=PA437&dq=el+modelo+social+de+discapacidad+agustina+palacios&ots=PCp5mXb8zX&sig=O_dRtth1B7w6lv3r0JIOzShqNCw
- Stang Alva, M. F. (2011). Las personas con discapacidad en América Latina: del reconocimiento jurídico a la desigualdad real. *Cepal*(103), 5-64. Obtenido de https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7135/S1100074_es.pdf?sequence=1 https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7135/S1100074_es.pdf?sequence=1

- Varsi-Rospigliosi, E., & Santillán Santa Cruz, R. (2021). Manifestación de voluntad de las personas con discapacidad en la teoría general del acto jurídico y la nueva perspectiva basada en los apoyos. Un estudio de derecho peruano. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 1060-1081. Obtenido de <https://hdl.handle.net/20.500.12724/12640>
- Yupanqui C, A., González B, M. A., LLancalahuév V, M., Quilodrán O, W., & Toledo A, C. (2016). Lenguaje, discriminación y discapacidad en el contexto educativo de Magallanes. Un enfoque de derechos humanos desde la terapia ocupacional. *Magallania (Punta Arenas)*, 44(1), 149-166. doi:<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-22442016000100009>

Legislación

- Asamblea Nacional Constituyente (1985). *Constitución Política de la República del Guatemala*. Promulgada el 31 de mayo de 1985. <http://institutodejusticiaconstitucional.cc.gob.gt/assets/doctos/CPRG.pdf>
- Congreso de la República de Guatemala. *Decreto número 314, Código de Notariado*. Diario de Centroamérica tomo XLVIII, núm. 25, p. 373. 01 de enero de 1947. <http://ww2.oj.gob.gt/es/QueEsOJ/EstructuraOJ/UnidadesAdministrativas/CentroAnálisisDocumentacionJudicial/cds/CDs%20codigos/NOTARIADO/codigo.html#t1>
- Congreso de la República de Guatemala. *Decreto número 135-96, Ley de atención a las personas con discapacidad*. Diario de Centroamérica tomo CCLV, núm. 62, p. 1740-1744. 09 de enero de 1997. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0147.pdf>
- Congreso de la República de Guatemala. *Decreto número 2-89, Ley del Organismo Judicial*. Diario oficial 28 de marzo de 1989. <https://mingob.gob.gt/wp-content/uploads/2020/10/ley-del-organismo-judicial.pdf>
- Congreso de la República de Guatemala. *Reglamento del Decreto 135-96 (Ley de Atención a las Personas con Discapacidad)*. Diario oficial, 1967. https://www.mintrabajo.gob.gt/imagenes/Servicios/DEL/Informe_del_Empleador/ Ley_135-96_Atenci%C3%B3n_a_Personas_con_Discapacidad.pdf
- Jefe de Gobierno de la República de Guatemala en Consejo de Ministros. *Decreto ley 106, Código Civil*. Diario de Centroamérica tomo CLXVIII, núm. 84, p. 1-181. 01 de julio de 1964. <https://mcd.gob.gt/wp-content/uploads/2013/07/codigo-civil.pdf>

Decisiones Judiciales

- Corte de Constitucionalidad de Guatemala (2019). *Amparo en única instancia*. Expedientes acumulados 6096-2018 y 6097-2018 de 16 de julio de 2019. <https://consultajur.cc.gob.gt/wcJur/Portal/wfNumExpediente.aspx>
- Corte de Constitucionalidad de Guatemala (2006). *Apelación de sentencia de Amparo*. Expediente 676-2005 de 28 de marzo de 2006. <https://consultajur.cc.gob.gt/wcJur/Portal/wfNumExpediente.aspx>
- Corte de Constitucionalidad de Guatemala (2007). *Apelación de sentencia de Amparo*. Expediente 2863-2006 de 25 de abril de 2007. <https://consultajur.cc.gob.gt/wcJur/Portal/wfNumExpediente.aspx>
- Corte de Constitucionalidad de Guatemala (2023). *Apelación de sentencia de Amparo*. Expediente 3222-2022 de 7 de febrero de 2023. <https://consultajur.cc.gob.gt/wcJur/Portal/wfNumExpediente.aspx>

- Corte de Constitucionalidad de Guatemala (2023). *Apelación de sentencia de Amparo*. Expediente 1513-2023 de 30 de agosto de 2023. <https://consultajur.cc.gob.gt/wcJur/Portal/wfNumExpediente.aspx>
- Corte de Constitucionalidad de Guatemala (2023). *Apelación de sentencia de Amparo*. Expediente 224-2023 de 4 de octubre de 2023. <https://consultajur.cc.gob.gt/wcJur/Portal/wfNumExpediente.aspx>
- Corte de Constitucionalidad de Guatemala (2014). *Expediente 5352-2013*. Dictamen de 11 de julio de 2014. <https://consultajur.cc.gob.gt/wcJur/Portal/wfNumExpediente.aspx>
- Corte de Constitucionalidad de Guatemala (2010). *Inconstitucionalidad general parcial*. Expediente 2377-2009 de 02 de diciembre de 2010. <https://consultajur.cc.gob.gt/wcJur/Portal/wfNumExpediente.aspx>
- Corte de Constitucionalidad de Guatemala (1992). *Inconstitucionalidad en caso concreto*. Expediente 141-92 de 16 de junio de 1992. <https://consultajur.cc.gob.gt/wcJur/Portal/wfNumExpediente.aspx>
- Corte de Constitucionalidad de Guatemala (1994). *Inconstitucionalidad en caso concreto*. Expediente 355-93. de 19 de enero de 1994. <https://consultajur.cc.gob.gt/wcJur/Portal/wfNumExpediente.aspx>
- Corte de Constitucionalidad de Guatemala (2001). *Inconstitucionalidad en caso concreto*. Expediente 917-2000 de 06 de abril de 2001. <https://consultajur.cc.gob.gt/wcJur/Portal/wfNumExpediente.aspx>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016). *Caso Chinchilla Sandoval Vs. Guatemala*. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia (ser. C) No. 312 de 29 de febrero, 2016. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_312_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). *Caso Furlan y familiares Vs. Argentina*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia (ser. C) No. 246 de 31 de agosto, 2012. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011). *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia (ser. C) No. 221 de 24 de febrero, 2011. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia (ser. C) No. 153 de 22 de septiembre, 2006. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005). *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia (ser. C) No. 127 de 23 de junio, 2005. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2003). *Opinión Consultiva OC-18/03 de fecha 17 de septiembre de 2003*. Serie A No. 18. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf>

Instrumentos internacionales

- Organización de las Naciones Unidas (ONU). *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. 27 de enero, 1980. [chrome-extension://efaidnbmnmbnibpcajpcgclcfndmkaj/https://www.oas.org/XXXVGA/espanol/doc_referencia/Convencion_Viena.pdf](https://www.oas.org/XXXVGA/espanol/doc_referencia/Convencion_Viena.pdf)

Organización de los Estados Americanos (OEA). *Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”*. 22 de Noviembre, 1969. <https://www.refworld.org/es/docid/57f767ff14.html>

Unión Europea. *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. 13 de Diciembre, 2006. <https://www.refworld.org/es/docid/5d7fbf13a.html>

Iuris Dictio

Entrevistas

Nº. 32
JULIO-DICIEMBRE 2023
E-ISSN 2528-7834

Entrevistas.

ENTREVISTA A ÁLVARO BOTERO NAVARRO¹
MIGRACIÓN EN LATINOAMÉRICA TRAS LA PANDEMIA:
DESAFÍOS Y OPORTUNIDADES
Interview with Álvaro Botero Navarro
Migration in Latin America After the Pandemic:
Challenges and Opportunities

MARÍA PAZ LEÓN MORENO²

Universidad San Francisco de Quito, Quito, Ecuador

Resumen

La entrevista aborda los cambios en los flujos migratorios en América Latina post Covid-19. Tras una disminución inicial debido a restricciones, se observó un aumento relacionado con la criminalidad y los impactos económicos. Estados Unidos ha sido históricamente el principal destino, y la migración venezolana es notable, con medidas de protección aplicadas. Cuba también experimenta un aumento migratorio. Colombia adopta un enfoque humanitario, mientras que Estados Unidos implementa medidas innovadoras y colabora con países vecinos. Las políticas se ejecutan mediante decretos ejecutivos, con desafíos en la integración de estándares de derechos humanos. Se destaca la importancia de garantizar canales seguros y accesibles, la protección contra la devolución y la promoción de la integración, combatiendo la xenofobia.

Palabras clave

Migración, Derecho humanitario, Pandemia, Xenofobia.

Abstract

The interview discusses changes in migration flows in Latin America post-COVID-19. After an initial decrease due to restrictions, an increase was observed, linked to criminality and economic impacts. The United States has historically been the main destination, with significant Venezuelan migration and applied protective measures. Cuba also experiences a rising migration trend. Colombia adopts a humanitarian approach, and the United States implements innovative measures and collaborates with neighboring countries. Policies are executed through executive decrees, with challenges in integrating human rights standards. Emphasis is placed on ensuring safe and accessible channels, protection against deportation, and the promotion of integration while combating xenophobia.

¹ Miembro del Comité de las Naciones Unidas de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y trabaja como especialista en derechos humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en la Relatoría sobre Derechos de los Migrantes. Es abogado colombiano, egresado de la Universidad Del Norte, y tiene un Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid (España). Realizó Estudios sobre Migración Internacional en *Georgetown University* en Washington, D.C. (Estados Unidos) y ha realizado programas sobre derechos humanos y estancias de estudio en varias universidades en Finlandia, Italia, Francia y España. Fue Becario Rómulo Gallegos de la CIDH (2008-2009).

² Estudiante de derecho de la Universidad San Francisco de Quito, con subespecialización en Derecho Empresarial. Asistente legal en el estudio jurídico TOBAR ZVS. Correo electrónico: mariapaz.leon15@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-4925-8638>.



Key words

Migration, Humanitarian Law, Pandemic, Xenophobia.

María Paz León (M.P.L.) ¿Cuáles son los principales cambios en los flujos migratorios en la región latinoamericana luego de la pandemia de Covid-19?

Álvaro Botero Navarro (A.B.N.) En relación con los cambios provocados por la pandemia de Covid-19, es relevante destacar que, al comienzo de la crisis y debido a las restricciones implementadas en la mayoría de los países de la región, los movimientos migratorios disminuyeron considerablemente en 2020. Esta disminución es evidente en las estadísticas migratorias clave de la región. Por ejemplo, según la División de Población de las Naciones Unidas, en 2020, año en que se declaró oficialmente la pandemia, había aproximadamente 73,5 millones de migrantes internacionales en el continente americano, de un total de 281 millones a nivel mundial. Aunque estas cifras no se han actualizado después de la pandemia, otras fuentes muestran un aumento en los flujos migratorios. Por ejemplo, en 2020, la ACNUR registró cerca de 1751 millones de solicitantes de asilo en la región. Para 2021, tras el levantamiento de las restricciones, esta cifra aumentó a 2,1 millones, y en 2022, se elevó a casi 2,8 millones, representando un aumento del 58% entre 2020 y 2022.

Además, se observa una correlación entre el aumento de la migración y factores como la criminalidad organizada, que ha impactado negativamente en la seguridad de la región. Por ejemplo, en Ecuador, antes de la pandemia, no se registraba un aumento significativo en la migración de ecuatorianos, pero después de la pandemia y debido a la actividad de grupos delictivos en el país, esto cambió drásticamente. Estos fenómenos no solo se deben al levantamiento de las medidas sanitarias, sino también a la capacidad de los países para enfrentar los efectos económicos y sociales de la pandemia. La región experimentó un aumento en la pobreza, la desigualdad, la inseguridad alimentaria y retrocesos en términos de estabilidad política y democracia. Además, otros factores, como la degradación ambiental, los desastres y los impactos del cambio climático, también influyen en la decisión de las personas de emigrar en busca de una mejor calidad de vida.

En resumen, los movimientos migratorios se vieron significativamente afectados por la pandemia, y los cambios en la región están relacionados con una serie de factores complejos, incluyendo los impactos económicos, la inseguridad y los cambios en la calidad de vida de las personas.

(M.P.L.) ¿Y cuáles serían los países de origen y destino más comunes en los flujos migratorios en Latinoamérica?

(A.B.N.) En la región, Estados Unidos ha sido históricamente el principal destino para migrantes a nivel global y en América del Sur. Además, países como Colombia, Chile, Perú y Ecuador han sido receptores de migrantes y personas que necesitan protección internacional. Personalmente, como colombiano, recuerdo las medidas que Ecuador tomó para brindar protección a las personas colombianas que huían del conflicto armado en Colombia.

Según el ACNUR, a finales de 2022, había alrededor de 800.000 personas refugiadas y 5,2 millones de personas necesitadas de protección internacional en las Américas. La mayoría de estas personas eran de origen venezolano. La dinámica más significativa en términos de migración y desplazamiento forzado en la actualidad involucra a personas

venezolanas. Según las cifras de la plataforma R4V en agosto de este año, más de 7,7 millones de personas venezolanas habían migrado o buscaban refugio en otras partes del mundo. De manera destacada, 6,5 millones de estas personas se encontraban en países de América Latina y el Caribe.

Es relevante mencionar que muchos de estos migrantes venezolanos han obtenido algún tipo de permiso de residencia o estatus regular en los países receptores. Según la plataforma R4V, se han concedido 4.485.470 permisos de residencia y estancia regular en la región, lo cual es un enfoque sin precedentes en comparación con otras dinámicas migratorias en el mundo. En cuanto a los movimientos migratorios a través del Darién desde Sudamérica hacia Centroamérica y Norteamérica, las principales nacionalidades incluyen a personas venezolanas en primer lugar, seguidas de ecuatorianos, haitianos, chinos y colombianos. Además, es importante señalar que factores como la inseguridad y la violencia en Colombia han contribuido a esta dinámica.

En resumen, la migración en la región se ve influenciada por múltiples factores, siendo la migración venezolana un fenómeno significativo en la historia reciente. Los países receptores han adoptado enfoques inusuales para proporcionar estatus regular a los migrantes venezolanos, y las dinámicas migratorias a través del Darién involucran a diversas nacionalidades y factores complejos.

(M.P.L.) Es sorprendente el impacto de las cifras y la migración en Ucrania debido a conflictos. Me sorprende que Venezuela sea un país con una migración tan significativa, pero también esperaba que Cuba estuviera entre los países con altas tasas de migración. ¿Podrías decirme si Cuba sigue teniendo una migración relevante en la actualidad o si ha disminuido en comparación con Venezuela?

(A.B.N.) En efecto, puedo confirmarte que hubo noticias a principios de este año que informaron sobre un aumento en la migración cubana hacia países de la región, especialmente con destino a los Estados Unidos. Muchas de estas personas tienen familiares que residen en los Estados Unidos desde hace décadas o años, principalmente en Florida y otras partes del país. Este repunte en la migración cubana en tiempos recientes parece estar relacionado con una serie de factores que se agravaron debido a los efectos de la pandemia de Covid-19.

Cuando observamos las cifras en el contexto del tránsito por el Darién, vemos una lista de principales nacionalidades que incluye a Venezuela, Ecuador, Haití, China, Colombia, Chile, India, Brasil, Afganistán, Perú, Nepal, Bangladesh, Camerún, Somalia, Pakistán y Cuba. Aunque Cuba puede no ocupar los primeros lugares en esta lista, se evidencia un aumento notorio en la migración de personas cubanas. Este aumento puede estar relacionado tanto con los impactos económicos generados por la pandemia como con situaciones de represión violenta por parte del Estado cubano en respuesta a protestas que pedían mejores condiciones de vida y mayor acceso a libertades. Cuba es, sin duda, uno de los países de la región con dinámicas migratorias significativas. Nicaragua es otro país con una dinámica migratoria importante, derivada en gran medida de la represión violenta de las protestas de 2018, lo que ha resultado en un aislamiento internacional del Estado nicaragüense.

En resumen, países que enfrentan graves alteraciones al orden democrático y a las libertades fundamentales, y que, a su vez, no han resuelto todos sus problemas en términos de pobreza y calidad de vida, suelen experimentar una migración significativa, a menudo forzada. Esto se observa claramente en Venezuela, Haití, Cuba, Nicaragua, así como en países receptores como Ecuador, Colombia y Perú.

(M.P.L.) Es muy interesante lo que mencionas. Siguiendo el tema, ¿podrías destacar las medidas políticas que se han tomado en respuesta a estas significativas oleadas migratorias en la región? ¿Existen políticas notables o, por el contrario, se ha implementado escasamente alguna medida política?

(A.B.N.) En primer lugar, quisiera señalar un aspecto importante relacionado con el uso de términos en este contexto. Como siempre decimos en el ámbito de la migración, las palabras importan. Es fundamental evitar términos como ‘olas’ u ‘hordas’, ya que tienden a crear la idea de movimientos masivos y despersonalizan a las personas. Imaginar una ‘ola’ de seres humanos llegando a una frontera no es preciso ni respetuoso. Es más adecuado hablar de ‘movimientos masivos’, un término técnico que no deshumaniza tanto. Respecto a las respuestas políticas ante el aumento de los movimientos migratorios en la región, estas han sido variadas. Algunos países han adoptado enfoques innovadores y disruptivos en contraposición a las respuestas tradicionales, que solían incluir la contención de los flujos migratorios, el cierre de fronteras, la detención de migrantes en situación irregular y las deportaciones. Esto era particularmente común en la política migratoria de Estados Unidos y sus países vecinos, como México y naciones de Centroamérica.

Sin embargo, hemos observado un cambio significativo en la política migratoria de países como Colombia, en respuesta a la migración de venezolanos. Colombia ha adoptado un enfoque más humanitario y pragmático. El Estado colombiano ha flexibilizado los criterios para la regularización migratoria, mediante la creación del Estatuto Temporal de Protección. Este estatuto tiene como objetivo permitir a los migrantes venezolanos que se encuentran en el país pasar de un régimen de protección temporal a uno migratorio ordinario, lo que les otorga una visa de residente y una medida de protección durante 10 años. Esta medida promueve la regularización y la integración de estas personas en la sociedad colombiana. Según las cifras de la plataforma 4B, Colombia ha recibido cerca de 2,9 millones de personas venezolanas, lo que representa un gran desafío. De estas, 1,6 millones ya cuentan con el estatuto de protección, y 666.631 están en proceso de acogerse al mismo hasta octubre de 2022. Esto demuestra que las personas optan por acogerse a mecanismos de protección y regularización cuando existen. La regularización facilita la integración de las personas en la sociedad y les permite contribuir de manera más efectiva al país anfitrión. Aunque al principio requieren asistencia, una vez que cuentan con un estatus regular, pueden normalizar su proceso de adaptación a la nueva vida en el país receptor.

Además, en los últimos años, se han establecido medidas políticas, incluyendo acuerdos bilaterales y multilaterales, para abordar el aumento de la migración en la región. Estos acuerdos, en gran medida impulsados por Estados Unidos, buscan contener la migración proveniente de Sudamérica, Centroamérica y otras regiones. Ejemplos de estas medidas son la externalización de fronteras, las devoluciones sumarias, los procesamientos en terceros países y la creación de centros de procesamiento de migrantes en países intermedios. Por ejemplo, desde febrero de este año, el gobierno de Biden trabajado en acciones conjuntas con los gobiernos de Panamá y Colombia para reducir el tránsito de migrantes irregulares en la región.

(M.P.L.) ¿Estas políticas están diseñadas para atender a grupos prioritarios o son más bien de carácter general, aplicables a cualquier tipo de migrante? También me pregunto si estas medidas están focalizadas en poblaciones específicas como niños, adultos mayores, personas con discapacidad, o si son de alcance general.

(A.B.N.) En lo que respecta a las medidas adoptadas, en particular por Estados Unidos y en conjunción con las estrategias de externalización, se han habilitado canales regulares para la migración hacia los Estados Unidos, en especial para personas en situación de vulnerabilidad. Por lo tanto, es seguro decir que algunas medidas se han enfocado en grupos prioritarios. En primer lugar, muchos de estos enfoques han estado relacionados con la nacionalidad. Por ejemplo, Estados Unidos recientemente implementó un Estatuto de Protección Temporal para personas venezolanas, que beneficiará a más de 500.000 venezolanos que se encontraban en situación irregular en el país. Esto pone de manifiesto que el enfoque se ha centrado en las principales nacionalidades de origen de migrantes y personas que necesitan protección internacional, como los centroamericanos.

Dentro de estas nacionalidades, también se han establecido criterios para promover o acelerar las solicitudes de grupos en situaciones de mayor vulnerabilidad. Sin embargo, no se han implementado políticas específicas para grupos muy específicos, como mujeres víctimas de violencia sexual que buscan migrar. Es importante destacar que algunas medidas han tenido en cuenta una combinación de factores. Por ejemplo, el año pasado, Argentina adoptó una serie de visados para personas centroamericanas y mexicanas afectadas por desastres naturales y los impactos del cambio climático. Esto muestra cómo se pueden focalizar en ciertas nacionalidades (centroamericanas y mexicanas), al tiempo que se considera la vulnerabilidad relacionada con desastres naturales y el cambio climático. Un factor adicional que no siempre se menciona, pero que claramente se vincula con estas medidas, es que los desastres naturales y los impactos del cambio climático suelen afectar de manera desproporcionada a personas en situación de pobreza y a aquellas que históricamente han sido vulnerables, como comunidades indígenas y afrodescendientes, entre otras.

(M.P.L.) ¿Cómo se han reflejado las modificaciones de estas políticas migratorias en los marcos normativos nacionales? En este sentido, ¿se han implementado principalmente a través de decretos ejecutivos o han requerido cambios legislativos más amplios en los distintos países?

(A.B.N.) A menudo, el proceso de implementación de estas políticas puede variar en rapidez y alcance, y puede depender de si se utilizan decretos ejecutivos o se requieren cambios legislativos más amplios en los distintos países. En la región, particularmente en el caso de medidas relacionadas con migrantes y refugiados venezolanos, y las recientes políticas adoptadas por el gobierno de Estados Unidos, se ha observado un gran poder en manos del Ejecutivo. La mayoría de las medidas han sido implementadas mediante decretos ejecutivos, con el objetivo de flexibilizar los criterios para la regularización de estas personas y adaptarse a las nuevas dinámicas migratorias en la región. Esto brinda al poder Ejecutivo un amplio margen de maniobra.

Sin embargo, este enfoque también tiene sus desafíos históricos. Históricamente, la política migratoria se ha considerado como un tema en el que los Estados tienen un poder soberano para determinar quién puede ingresar, permanecer y salir de su territorio. Esta premisa a menudo se interpreta como un poder absoluto de los estados y sus funcionarios para controlar la inmigración. No obstante, es importante reconocer que, con el avance de los derechos humanos, este poder soberano se ha visto limitado por las normas de derechos humanos que los estados han asumido. Estas limitaciones se han establecido con base en los derechos humanos de las personas migrantes y refugiadas.

El poder ejecutivo tiene un margen de autonomía en el que puede influir en la adopción de políticas como la creación del Estatuto Temporal de Protección, como lo hizo

el gobierno colombiano, o la implementación del TPS para migrantes venezolanos en los Estados Unidos. Estas son cuestiones en las que el poder ejecutivo tiene una gran influencia y puede determinar políticas migratorias. Por otro lado, las reformas más amplias en la política migratoria y el acceso a la regularización permanente, como las que se han estado debatiendo durante años en los Estados Unidos, implican un proceso más largo y un mayor consenso. Estas reformas probablemente requieren pasar por el Congreso o el Parlamento de los países, y en naciones donde existe una gran polarización política, como en los Estados Unidos, esto puede ser un desafío significativo.

(M.P.L.) Y siguiendo en esta línea, ¿consideras que la integración de estándares de derechos humanos en las normativas nacionales de movilidad humana es un desafío en la gobernanza de la migración? Si es así, ¿cómo ha evolucionado esta integración en la región en los últimos años?

(A.B.N.) Sin duda, la integración de estándares de derechos humanos en las normativas nacionales de movilidad humana es un desafío en la gobernanza de la migración en la región. Esta cuestión es especialmente compleja debido a la fragmentación de organismos internacionales y procesos a nivel mundial, regional y subregional, involucrados en la gobernanza de la migración. Aunque no existe un único órgano internacional que regule toda la movilidad humana, organizaciones como la ONU, la OEA y diversas conferencias regionales y subregionales desempeñan un papel en este ámbito.

En los últimos 15 años, hemos observado un progreso en la incorporación de estándares de derechos humanos en las políticas de migración de la región, aunque este proceso continúa siendo gradual. Los avances incluyen la integración de normas y estándares de derechos humanos a nivel interno en varios países. Estos avances están lejos de ser completos, pero marcan un cambio en la percepción de la migración. Históricamente, la migración ha sido considerada un problema que debe ser restringido y controlado. Sin embargo, se reconoce cada vez más que la migración es un fenómeno natural en la historia de la humanidad y que debe gestionarse de manera efectiva y beneficiosa para todas las partes involucradas. Esto implica una visión más comprensiva y humanitaria de la migración.

En muchos países, se han observado cambios en las políticas migratorias, como la adopción de leyes que incorporan estándares del sistema interamericano de derechos humanos, como los establecidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En ocasiones, las sentencias de cortes nacionales hacen referencia directa a estos estándares. A pesar de estos avances, aún se requiere una mayor difusión y capacitación de funcionarios públicos en materia de derechos humanos y migración. La normalización del fenómeno migratorio y la integración de estándares de derechos humanos son esenciales en la construcción de políticas migratorias más justas y humanas.

(M.P.L.) En ese sentido, ¿cómo se puede garantizar de manera efectiva el derecho humano a migrar, incluyendo la creación de canales accesibles y seguros para la movilidad de las personas, la protección contra la devolución y la promoción de la integración de los migrantes en los países de destino?

(A.B.N.) El reconocimiento del derecho humano a migrar conlleva la necesidad de establecer canales accesibles y seguros para la movilidad de las personas. Esto incluye la creación de diversas vías migratorias, como visas o humanitarias y la posibilidad de solicitar y recibir

asilo para aquellos que huyen de persecución, violencia y otros factores de riesgo. El respeto al derecho de solicitar y recibir asilo es esencial en este contexto.

Dado que el fenómeno migratorio es dinámico y está influenciado por una variedad de factores, es crucial desarrollar nuevos mecanismos y canales migratorios que se adapten a las nuevas dinámicas. Por ejemplo, desastres naturales y el cambio climático están motivando el desplazamiento de poblaciones. Si bien muchas de estas personas pueden quedarse en sus países de origen o en áreas internas del mismo país, algunos pueden optar por migrar a otros países en busca de mejores condiciones de vida. En este sentido, es fundamental garantizar el principio de no devolución, especialmente para aquellas personas que huyen de situaciones de persecución y violencia. Esto implica que no deben ser regresadas al país del cual están huyendo ni a terceros países que posteriormente los devolverían, lo que se vincula con los procesos de externalización.

La integración es otro aspecto fundamental para normalizar la migración en las políticas migratorias. A menudo, las personas más vulnerables enfrentan mayores desafíos para migrar legalmente. Habilitar canales accesibles y seguros para estas personas es esencial para prevenir la migración irregular. Además, la integración de las personas migrantes en sus países de destino es un proceso que debe abordarse de manera efectiva, incluyendo aspectos como el aprendizaje del idioma y la comprensión de las normativas locales. En resumen, el derecho humano a migrar implica no solo el reconocimiento del derecho en sí, sino también la creación de vías seguras y accesibles para ejercer este derecho y la garantía de la no devolución, así como la promoción de la integración de las personas migrantes en sus nuevos entornos.

(M.P.L.) ¿Cómo podemos garantizar una integración efectiva de las personas migrantes en nuestras sociedades, evitando que terminen en situaciones de vulnerabilidad y promoviendo valores de solidaridad y respeto en lugar de xenofobia?

(A.B.N.) Integrar a las personas migrantes de manera exitosa es un desafío que va más allá de simplemente permitir su llegada a un país. Requiere políticas de integración social, económica y cultural. Para lograrlo, se deben considerar varios aspectos:

- **Canalización de la migración:** Los países deben establecer canales de migración accesibles y seguros, como visas laborales y humanitarias, y garantizar que las personas que huyen de la persecución o la violencia puedan solicitar y recibir asilo de manera efectiva.
- **Protección contra la devolución:** Es fundamental garantizar que las personas que buscan refugio no sean devueltas a sus países de origen si corren peligro. Esto implica respetar el principio de no devolución y asegurarse de que las personas refugiadas no sean enviadas a terceros países que puedan devolverlas.
- **Abordar nuevas dinámicas de migración:** La migración no es estática y está influenciada por una variedad de factores, como desastres naturales y el cambio climático. Los países deben estar preparados para abordar estas nuevas dinámicas y crear mecanismos migratorios que respondan a ellas.
- **Integración en políticas públicas:** La integración de personas migrantes debe ser transversal a diversas áreas de políticas públicas, como salud, educación, empleo y vivienda. Las políticas deben asegurarse de que las personas migrantes tengan acceso a servicios esenciales y oportunidades de empleo y educación.

- Lucha contra la xenofobia y discriminación: Es esencial implementar medidas proactivas para combatir la xenofobia y la discriminación contra las personas migrantes. Esto puede lograrse a través de campañas educativas y de concienciación que promuevan valores de solidaridad y respeto hacia los migrantes.

En última instancia, la integración efectiva de personas migrantes no solo beneficia a los migrantes, sino también a las sociedades de acogida. A través de la promoción de políticas inclusivas y la educación, es posible cambiar la percepción pública de la migración y crear entornos más acogedores y respetuosos para todos.

INTERVIEW WITH GARY B. BORN¹
PERSPECTIVES AND EXPERIENCES IN INTERNATIONAL ARBITRATION
Entrevista a Gary B. Born
Perspectivas y experiencias en arbitraje internacional

STEVEN VÁSCONEZ JÁCOME²

Universidad San Francisco de Quito, Quito, Ecuador

Abstract

In this interview, Gary B. Born, a highly regarded lawyer in the field of international arbitration and dispute resolution, offers a deeper insight into both his influence in this area as well as his track record in dispute resolution. In addition, he discusses the role of technology in arbitration proceedings, with a particular focus on Artificial Intelligence. Born argues that it is too early to determine and regulate the impact that this emerging technology may have. This interview seeks to share the opinion of a leading arbitration professional on topics of interest, with the aim of reflecting on the use of new technologies and their implications.

Keywords

International Arbitration, Artificial Intelligence, Disputes.

Resumen

En esta entrevista, Gary B. Born, abogado altamente reconocido en el área del Arbitraje Internacional y resolución de conflictos, ofrece una visión más profunda de su influencia en el campo y su trayectoria en la resolución de disputas. Además, analiza el papel de la tecnología en los procedimientos arbitrales, con especial atención sobre la Inteligencia Artificial. Born sostiene que es muy pronto para determinar y regular el impacto que puede tener esta tecnología emergente. Esta entrevista busca dar a conocer la opinión de un destacado profesional del arbitraje sobre temas de interés, con el objetivo de reflexionar sobre el uso de nuevas tecnologías y sus implicaciones.

Palabras clave

Arbitraje internacional, Inteligencia Artificial, Disputas.

¹ Gary B. Born is the Chair of the International Arbitration Practice Group at WilmerHale. He is widely recognized for his role as a practitioner and arbitrator across various types of arbitrations, and his contributions to the field of International Arbitration through his publications. Additionally, Mr. Born has an impressive track record as counsel in over 675 international arbitrations, including four of the largest ICC arbitrations and several of the most significant ad hoc arbitration cases in recent history. His significant publications include 'International Commercial Arbitration' (Kluwer, 3rd ed. 2021), a leading treatise in the field, along with other works on international arbitration, international litigation, and alternative dispute resolution methods.

² Undergraduate student at the School of Law, Universidad San Francisco de Quito. E-mail address: steven.vas1305@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-9672-2511>. The interview was revised by Megan Edwards.



Steven Vásconez Jácome (S.V.J.) You are widely known in the field of international arbitration, since you have participated in countless cases, written several books, and taught as a professor at important academic institutions. Being one of the most influential figures in the field of international arbitration, could you tell us a little about the path you have taken to reach all these achievements?

Gary B. Born (G.B.B.) I think, like many lawyers, the path that I took was not entirely predetermined, or even planned. I came to arbitration perhaps as much by accident as by calculation. I began my career doing international transactions, large cross border deals of various sorts.

I mean, only when those deals turned out not to be as successful as one or both parties had hoped and disputes arose, did I become involved first in litigation, international litigation, and subsequently, arbitration.

I had a somewhat unusual experience of representing not a business, not an entrepreneur, not even a country in my first international arbitration, but instead, representing GreenPeace, the international environmental protest group, which among other things seeks to keep the world's oceans clean.

They had a very large dispute, namely the Rainbow Warrior dispute, with the Republic of France, arising out of the unfortunate French bombing of the Rainbow Warrior, the main protest vessel of GreenPeace in Auckland Harbor, New Zealand, during the 1980's. After some back and forth, the French government ultimately agreed to arbitrate GreenPeace's claims against it, over damages arising out of the unlawful sinking of the Rainbow Warrior.

My first arbitration, therefore, began as a negotiation of an arbitration agreement and indeed with an arbitration seated in Switzerland with a very distinguished three-person tribunal in which the issue was the amount of compensation that France would pay to GreenPeace.

The result has been publicly reported. GreenPeace won quite a substantial monetary award at the end of the arbitration. I think it was unusual, by standards of most international arbitration lawyers, for this to be my first experience with international arbitration.

But this demonstrated for me, and I think it illustrates for others as well, how international arbitration can be used to resolve the most diverse, the most eclectic variety of different cases. Even cases involving the most unfortunate uses of force as well as, of course, normal commercial disputes.

(S.V.J.) It is a widely recognized fact that on many occasions states are reluctant to use arbitration mechanisms, both at the international level and in investment matters, for the resolution of their disputes. In the specific context of Latin America, I would like to know your opinion on how this situation has been addressed so far? Also, what is your view on the possible evolution of this trend in the region in the years to come?

(G.B.B.) As you rightly say, there is a complex history of international arbitration in Latin America. There is also a complex history in other parts of the world, but we can focus on Latin America.

Historically, thinking back to Calvo and others with similar thoughts, international arbitration, I think, was regarded with considerable reserve, perhaps even a measure of hostility. It was, and one hears refrains of this even today in other jurisdictions, seen as an affront to national sovereignty, a threat to the ability of states to regulate matters occurring within their borders, on their territory. Especially with respect to natural resources, the Andean Commission's Decision No. 24, which is of course well known, carried that kind of hostility, if one can put it that way, into the 20th century.

At the same time, I think there's always been a desire on the part of Latin American states to encourage investment in Latin America, to resolve international disputes with other Latin American states, or investors from either Latin America or elsewhere in a peaceful and constructive manner, and there have been, certainly, good examples of arbitration being used between Latin American states, but also between foreign investors and Latin American states.

I think there's an inevitable tension between, on the one hand, the desire of states everywhere in the world, perhaps specifically Latin America, to resolve their disputes in the most efficient, constructive, and least damaging way. And, on the other, to ensure that they have maximum scope for local regulatory authority or satisfying local political constituents. One can certainly imagine that such a debate will never be resolved. I meant, and as one may have seen, certainly in Ecuador, Bolivia, Venezuela, manifestations of reservations, if one can put it that way, about investment arbitration.

My own view, and perhaps it's because I am always optimistic, is that at the end of the day, the desire of populations for better living standards and the desire of local politicians for more popular approval, will push towards increased use of international arbitration. I think, when disputes are resolved peacefully, when investment is encouraged and promoted, it's better for all concerned but especially for ordinary people. And I think, when cool heads prevail, when political passions, whether on the extreme left or the extreme right are not incited and provoked, the desire for peaceful and constructive resolution of disputes, and building of bridges and roads and dams and other things for the future, will prevail.

(S.V.J.) The world is changing by leaps and bounds, both. In the use of technology and how it modifies human relations, facts that are not alien to arbitration. In your opinion and experience, what are some of the most important challenges facing international arbitration today regarding the use of technology?

(G.B.B.) I think you are right that technology has dramatically affected the practice of international arbitration. And I think, generally, keeping with my optimistic viewpoints, in a positive way, if one remembers back to the pre-Covid world, to date just the most recent set of technological innovations which have truly bedded down, there virtually never were meaningful remote hearings.

Sometimes, one might have a procedural conference by conference call, or by telephone call. Sometimes one might have a witness at a hearing, an in-person hearing, testify remotely, but the notion of a week-long, even a one day long, or a two or three day-long hearing by Zoom or Teams, or some other remote provider, was unheard of and even in some sense, unimageable.

The ICC rules when they talk about hearings, for example, spoke of in person hearings and I think most arbitration practitioners, if you cast your mind back to 2018, 2019, would have seen in person hearings, all participants being physically present in the same venue as both typical, uniformly followed and indeed necessary.

Obviously, Covid introduced us to new ways of thinking and today, virtual hearings, remote hearings in which the participants all—a little bit like this interview—participate from different locations using some sort of remote technology, has become standard. Of course, if in-person hearings can be conducted with efficiency, as in many cases they can, especially for longer and more complex hearings, parties, and certainly tribunals, may prefer that.

On the other hand, the notion that case management conferences would be held in person today is almost unthinkable. Almost all half day or even one day procedural meetings, conferences to fix future procedures would occur by Teams or Zoom, or some other

remote platform. One or two days hearings for things like interim measures or some sort of partial award on just a discrete issue, particularly if there are no witness examinations planned, would also very often be conducted remotely. Longer hearings can also be conducted as such. Over the last two and a half, three years, I've conducted, I am trying to think, four or five—and now that I think about it seven or eight—hearings of multiple days with multiple witnesses being examined and although there are obvious concerns about improper witness coaching, or time zone alignment, or the connectivity of some participants, in my experience none of those sorts of logistical issues have prevented the use of virtual technology to have quite significant hearings, three, four, five days. I did one that was ten days long.

I think that has huge benefits in terms of efficiency for the parties. It means you don't have to travel away from your place of business, you don't have to pay for the cost of travel accommodations, and similar expenses. And it contributes to one of the basic purposes of international arbitration, the efficient resolution of disputes.

Now, of course, other technological developments that have been important we sometimes forget, but the use of providers like Opus and others who can provide seamless access to the exhibits in a hearing, whether it's remote or in person. The use of real time transcription services, that facilitates cross examination and other kinds of witness examination have all made the dispute resolution process, I think, more expert and more efficient.

The big elephant in the room that I haven't mentioned thus far, because I think he's still or she's still figuring out her place, is AI. My own sense, and this is probably a little inconsistent with what you hear from many people, is that AI will not have as substantial an impact on dispute resolution as is sometimes predicted in other fields. I have law professor friends who tell me that ChatGPT has performed better on their exams than at least some of their students. I can't verify whether that's correct or not, but I think the kinds of problems that one faces in international business, investment disputes are somewhat more complex than many law school exams and I am rather skeptical that ChatGPT or other forms of AI are going to significantly alter international arbitration or international litigation or other forms of dispute resolution.

One area where I do think computer assisted technology has made a difference, will continue to make a difference, is in document disclosure. The ability to electronically search using search terms and the like, which is in some ways more reliable than human intervention, has streamlined the disclosure process, at least in my view, and, again, made it more effective.

(S.V.J.) With the increasing use of technology, economic inequalities are also growing as the process is costly and highly beneficial to the party that can afford it. How would you recommend guaranteeing fairness and transparency in an arbitration process?

(G.B.B.) I am not sure, to be honest, that many of these technological developments that we've just discussed can in fact enhance or magnify economic inequalities. In some ways they may do the opposite and may level the playing field between parties with different economic resources.

A small investor arbitrating against a sovereign state with effectively unlimited taxing power may not be at a disadvantage or at the same disadvantage if the hearings are remote. As I mentioned previously, a remote hearing typically costs less than in-person hearings and thus, the technological advances of remote hearings, virtual hearings, remote testimony, may make the economically weaker party more able to present its case, whether their claims or defenses.

I think that's probably true of AI. I think artificial intelligence, for the most part, is something you can pluck off the internet and therefore I am not at all sure that these technological advances put the wealthier party in a better position. I think in a fair number of

cases, most cases that I can think of, to be honest, they make it easier for parties with limited resources to present their cases.

(S.V.J.) In some way you answer this question, but I want to go deeper a little bit more. Do you think there is any concern about the use of technological tools such as AI within the arbitration process? Will it have some impact in the arbitration process or not?

(G.B.B.) As you rightly say, we touched on that briefly already. I think AI is sufficiently young and evolving that it's difficult to say for certain. It may go in directions that certainly I can't anticipate. My own sense is that it will be a technological tool a little bit like LexisNexis or other internationally used search engines that some parties use, some parties use better, and some parties use less well. I don't think it will dramatically change, particularly in the world of larger disputes, how international arbitration is conducted.

I guess in quite small disputes, perhaps consumer disputes, perhaps one could imagine. But I do think this is just imagination. I think one could imagine Artificial Intelligence playing some role in dispute resolution. But I do think we need to let this elephant in the room grow a little bit more and turn from the newborn infant into at least a teenager before we make too many predictions.

(S.V.J.) Your answer is interesting because some arbitration centers, such as Silicon Valley Mediation and Arbitration Center, started to make regulations about the use of Artificial Intelligence. What advice would you give to arbitration institutions that are considering incorporating technology into their proceedings and regulate Artificial Intelligence?

(G.B.B.) So many institutions are going online with many aspects of their case management: online file systems, online submissions of request for arbitration and other significant written submissions. I think arbitral institutions would be well-advised to wait for Artificial Intelligence to develop more fully before leaping to incorporate it in any meaningful way in institutional rules, or even practice.

I think, one quite honestly doesn't know exactly how useful, or destructive, it might be in different respects. And I do think users of international arbitration, like other forms of international dispute resolution, benefit from predictable and reliable procedures. Introducing something which is quite young, quite untested, and quite certain to evolve in the future probably, quite certain to evolve in unexpected ways, I think would run counter to what it is that many businesses, and many countries, prefer with respect to dispute resolution procedures. So, while being fully open to exploring future possibilities, I think one should let that exploration happen before leaping to embrace, in one way the other, some aspect of AI.

*(S.V.J.) To close and thank you for your valuable answers, I would like to explore in detail the creative process behind your novel entitled *The File*. Was there any influence from your career in arbitration or a case that inspired you to write this work? What was your inspiration?*

(G.B.B.) Thank you so much for mentioning my novel, my spy thriller, *The File*. For readers who are interested you can read reviews and a description of it on Amazon or Goodreads or another online book publisher. If you like spy thrillers, if you like action, if you like female heroes, I encourage you to look at *The File* on whatever online resource is more available to you.

The inspiration came not so much, and I recognize it's unusual, I think, for a lawyer to write a spy thriller that has nothing at all to do with law. There's no reference to arbitration, there's no reference to any courts. The book *The File* has only to do with action and excitement and complicated personal relationships.

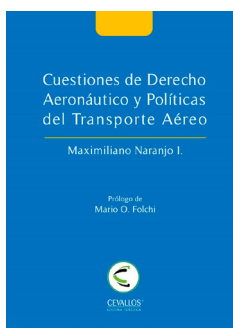
The inspiration didn't come from arbitration or international transactions. It came from other experiences in my life. My international arbitration practice nonetheless provided, in the sense, the opportunity for me to write this spy thriller because on very long trips around the world whether to Santiago, Chile or Sao Paulo, Brazil or Singapore, I had dozens of hours sitting on airplanes to devote to something and I decided at some point that I should devote it to trying to write a spy thriller, which I'd always toyed with. I never quite believed, as I was sitting there in those planes writing out in long hand the manuscript, I never quite believed that it would ever be accepted by any publisher, and be published. I was delighted when it was. I hope if anyone who is reading this ends up reading it and I hope you are as excited about it as I am.

Iuris Dictio.

Reseñas

Nº. 32
JULIO-DICIEMBRE 2023
E-ISSN 2528-7834

Re-
señas.



CUESTIONES DE DERECHO AERONÁUTICO Y POLÍTICAS DE TRANSPORTE AÉREO

Maximiliano Naranjo I.
Editorial Jurídica Cevallos: Quito

SEBASTIÁN REINA BÁEZ¹
Spingarn & Marks, Quito, Ecuador

Introducción

Esta obra fue desarrollada por uno de los profesionales más excelsos del Derecho Aeronáutico en nuestro país, el doctor Maximiliano Naranjo Iturralde, quien elabora un compendio muy dinámico de la materia aeronáutica en aspectos regulatorios y Política Aero comercial. Relata, desde el inicio de la aviación civil hasta la actualidad, toda la evolución que ha tenido la práctica del Derecho Aeronáutico en la región y el Ecuador, así como las políticas de transporte aéreo que han permitido convertirnos en el país de los “Cielos Abiertos”.

El transporte aéreo, en un principio, fue considerado como el fin o el objetivo principal en la industria de la movilidad aérea; sin embargo, a lo largo del desarrollo de esta obra podemos ver que actualmente el fin es el ser humano y su necesidad de transportarse con libertad y sin limitaciones, siendo el objetivo principal la conectividad y el turismo que se pueda generar con el intercambio comercial entre las naciones de la comunidad internacional.

En este proceso reflexivo, espero transmitir en un esquema ejecutivo y creativo todo el contenido brindado por el autor del libro, y que este insumo pueda guiar paso a paso a los estudiantes de Derecho en el análisis y práctica del Derecho Aeronáutico.

Características principales

Esta obra histórica y académica expone todos los competentes del transporte aéreo y enfatiza en la regulación y la política aero comercial que ha venido mutando y perfeccionándose durante la evolución de la humanidad a partir de la necesidad de eliminar las barreras de una regulación excesiva del transporte aéreo proveniente de un proteccionismo radical por parte de los Estados a sus aerolíneas nacionales.

Los Acuerdos de Transporte Aéreo, que surgieron desde 1987, y también el Convenio sobre Aviación Civil Internacional y sus Protocolos de Enmiendas son la Carta Magna de la aviación internacional. Estos se establecieron en los textos oficiales que originaron los principios y reglas del transporte aéreo internacional.

Los primeros conceptos que se instituyeron con estos Acuerdos y Convenios de aviación civil internacional fueron la soberanía de los Estados sobre su espacio aéreo y todas las obligaciones, derechos y relaciones aero comerciales que eso genera. Es así que partiendo

¹ Sebastián Reina tiene más de 10 años de experiencia en la industria del transporte aéreo y el turismo. Inició en el 2010 y en adelante ha asesorado en materia de Derecho Aeronáutico, Política Aero comercial y Derecho Administrativo a varias instituciones públicas relacionadas con la aviación (Ministerio de Transporte y Obras Públicas [MT OP], Consejo Nacional de Aviación Civil [CNAC], Dirección General de Aviación Civil [DGAC] y TAME EP). En el ámbito privado, su práctica se especializa en la asesoría integral (Técnico/Legal) a aerolíneas nacionales y extranjeras en la obtención de permisos de operación en transporte aéreo doméstico e internacional de pasajeros, carga y correo; leasing de aeronaves; acuerdos comerciales; aviation finance; y, empresas de actividades complementarias y conexas al transporte aéreo. Es director de Spingarn Abogados, lidera el Departamento de Aviación y Turismo de la firma. Correo electrónico: sreina@spingarn.ec. ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-6630-1301>.



de la soberanía de los Estados, la comunidad internacional acordó dos libertades básicas para la operación de aeronaves civiles como el sobrevuelo y la escala técnica sin fines comerciales.

Más allá de los sobrevuelos y la escala técnica sin fines comerciales, los Estados tienen plena independencia para negociar los derechos aerocomerciales que les asisten de manera bilateral y multilateral. Para Ecuador, el bilateralismo es la práctica común para negociar libertades de tráfico aerocomercial y el multilateralismo se ha aplicado exclusivamente en el marco del grupo de integración económico regional de la Comunidad Andina.

El Ecuador tiene suscritos más de cuarenta instrumentos bilaterales con distintos Estados en los que predomina desde el 2017 que nuestro país estableció como política de Estado el concepto de “Cielos Abiertos” controlados, esto significa que se reserva el cabotaje exclusivamente para los operadores aéreos constituidos en territorio ecuatoriano que cuenten con Certificado de Operador Aéreo (AOC) emitido por la Autoridad de Aviación Civil del Ecuador.

Es así como el doctor Maximiliano Naranjo Iturralde plasma en su libro la visión del futuro de la aviación desde el 2004, determinando conceptos básicos como la múltiple designación, liberalización de rutas y frecuencias, no limitación en equipos de vuelos, propiedad sustancial y control efectivo de los operadores aéreos, que han permitido que la flexibilidad operacional se desarrolle y fortalezca como una política de Estado.

Para que esta flexibilidad operacional se ejecute en correcta forma necesitamos acuerdos comerciales reconocidos por la comunidad internacional, como lo son los Códigos Compartidos, Interchange, Block Spaces, entre otros. Estas instituciones comerciales son fundamentales para el desarrollo de la industria en el Ecuador, y el autor del libro ya lo tenía muy bien marcado desde el año 2004, año que el país rompió la barrera del estatismo de la aviación y avanzó hacia su liberalización.

Para que la comunidad del Derecho comprenda sobre qué versan estos acuerdos comerciales, a continuación exponemos las definiciones que dispone el Reglamento de Permisos de Operación para la Prestación de los Servicios de Transporte Aéreo Comercial, (en adelante el “Reglamento”):

Art. 61.- Del contrato de Código Compartido.- Este contrato constituye un arreglo comercial mediante el cual una aerolínea (la Parte Operadora) permite a otra aerolínea (la Parte Comercializadora) colocar su código en un vuelo operado por la primera, de manera que ambos puedan ofrecer y comercializar al público el inventario de sillas de dicho vuelo. En la compartición de códigos, una aerolínea (la Comercializadora) publicita y vende los servicios de la aerolínea Operadora como si fueran propios.

Para su autorización, la Dirección General de Aviación Civil tendrá en consideración:

- a) En el Acuerdo de Código Compartido se establezca que la calidad de operador la tendrá la parte que efectivamente realice los vuelos, la cual debe ser calificada y certificada por su gobierno.
- b) El socio operador será el que cuente con los derechos de tráfico en la ruta o tramo de ruta en que se comparte códigos. Los derechos de ruta se conferirán en el respectivo permiso de operación, que será obligatorio obtener de forma previa, para que la aerolínea pueda operar una determinada ruta.

El socio comercializador, tendrá los derechos de ruta en función del documento de Designación otorgado por la autoridad competente del país de bandera de la aerolínea comercializadora, ante la Autoridad Aeronáutica Ecuatoriana, dentro de las rutas convenidas en los respectivos instrumentos bilaterales.

- c) Las condiciones bajo las cuales se operará en códigos compartidos constarán en los respectivos acuerdos bilaterales que celebre el Ecuador con otros Estados.
- d) El usuario estará debidamente informado de cuál es el socio operador y comercializador del servicio.

En todo aquello no previsto en este artículo, se estará a lo establecido en las resoluciones emitidas para el efecto por la Dirección General de Aviación Civil.

Otro aspecto a destacar es la aprobación por parte de la Autoridad de Aviación Civil del Ecuador es la operación con aeronaves de matrícula extranjera en rutas domésticas utilizando acuerdos comerciales de Interchange. Dichos acuerdos permiten a un operador aéreo doméstico intercambiar aeronaves con su compañía matriz o filiales en exterior y poder contar con toda la flota del operador aéreo para atender la alta demanda del mercado ecuatoriano, suplir aeronaves en caso de mantenimiento programado o no programado, y en el caso de beneficiar la conectividad interna y externa del país.

También se debe destacar el estudio constitucional que realiza el autor de la obra sobre el Derecho Constitucional en el transporte aéreo, que resalta la facultad que tiene el Estado de ser el desarrollador y ejecutor de la política de transporte aéreo, instituyendo que la rectoría la ejerce el Ministerio del ramo que en este caso es el Ministerio de Transporte y Obras Públicas (MTO), en coordinación con las Autoridades Aeronáuticas del país, el Consejo Nacional de Aviación Civil (CNAC), organismo colegiado de política aerocomercial, y la Dirección General de Aviación Civil (DGAC), agencia técnica de regulación y control.

El productor de esta obra analiza la naturaleza jurídica constitucional del transporte aéreo, la cual recae en la definición del servicio de transporte aéreo de acceso al público, pero que no tiene las características de un servicio público como lo menciona la Constitución para algunos servicios, entre ellos: el transporte terrestre, marítimo, los servicios portuarios y aeroportuarios, entre otros. Adicionalmente, fundamenta su análisis en la tesis que la Ley de Turismo y la Ley de Aviación Civil establecen la liberalización tarifaria del servicio de transporte aéreo al ser un servicio turístico que únicamente obliga a los operadores aéreos a registrar las tarifas ante la DGAC.

Dentro de la política de liberalización del servicio de transporte aéreo, los procesos de otorgamiento de rutas y frecuencias a operadores aéreos nacionales y extranjeros en rutas domésticas e internacionales también han manifestado una mejora considerable. Esto se resume en procesos más expeditos para que los operadores de servicios aéreos, trabajos aéreos y servicios aeroportuarios ingresen al mercado ecuatoriano. Tal es la flexibilidad de nuestra regulación que las aerolíneas pueden negociar y transferirse frecuencias o rutas entre, como, por ejemplo, una autorización previa del CNAC y DGAC.

El doctor Naranjo es un verdadero visionario considerando que antes del 2017 tenía una política pública muy clara hacia los “Cielos Abiertos”, y esa visión se ha materializado como copia calcada de su pensamiento si nos situamos en la realidad actual, es así como Ecuador tiene suscritos Acuerdos de Transporte Aéreo de Cielos Abiertos con Estados Unidos de América, la República Dominicana, la República Oriental de Uruguay, por mencionar algunos ejemplos.

¿Qué significa que el Ecuador suscriba Acuerdos de Transporte Aéreo de Cielos Abiertos? Esto se resume en la apertura de muchas oportunidades de conectividad aérea que genera dinamismo en la industria del turismo, comercio, convenciones, entre otros. Por tomar el ejemplo más reciente, el Acuerdo de Transporte Aéreo (Cielos Abiertos) suscrito entre los Estados Unidos de América y la República del Ecuador el 16 de diciembre de 2022, ratificado vía Nota Diplomática de 19 de julio de 2023, y publicado en el Registro Oficial No. 385 de 30 de agosto de 2023.

Sobre la base del Acuerdo de Cielos Abiertos citado en el párrafo anterior, el mercado entre Estados Unidos y Ecuador se ha incrementado en un 30% de los números prepandemia, superando las estadísticas del año 2019 que fue un año muy productivo para la industria del transporte aéreo mundial. Actualmente, existen seis operadores aéreos estadounidenses designados y autorizados, y por parte del Ecuador tenemos dos operadores prestando servicios de transporte aéreo entre ambos territorios.

Las frecuencias semanales con nuestro principal socio comercial en materia de transporte aéreo, Estados Unidos de América, superan las cincuenta operaciones semanales en vuelos de ida y vuelta en modalidad regular. Esto genera que la conectividad aérea sea el dinamizador del encadenamiento productivo de subsectores relacionados como el turismo, que involucra hoteles, restaurantes, destinos, parques, entre otros. Por parte de la industria aeroportuaria genera un serio de efectos colaterales en la prestación de servicios complementarios conexos al transporte aéreo en Ecuador.

Opiniones

El libro es un instrumento que nos permite conocer todas las instituciones y conceptos básicos del Derecho Aeronáutico y las Políticas Aerocomerciales. Es un gran aporte a la comunidad estudiantil y profesionales del Derecho para plantear reformas de ley postergadas; actualización de las Regulaciones RDAC; gestión de la infraestructura aeroportuaria; la conectividad como desarrollo de la aviación y el turismo; y el punto más relevante: alcanzar el país de los “Cielos Abiertos”.

Audiencia objetivo

Esta obra, por su especialidad y contenido, la recomendaría a los apasionados por la aviación y los estudiantes de Derecho que estén iniciando su carrera universitaria y deseen tener una noción general y ejecutiva de Derecho Aeronáutico, esto considerando que este libro es una herramienta introductoria a las nociones conceptuales del transporte aéreo, su régimen regulatorio y políticas aerocomerciales.

Conclusión

Este libro debe ser una guía obligatoria para los estudiantes de Derecho que muestren interés por el mundo de la aviación, y los profesionales de Derecho que se encuentran en la asesoría de la materia. La obra establece hitos marcados para continuar con el desarrollo de la aviación y la ejecución de la política de transporte de “Cielos Abiertos”, en el que confluyan todos los actores de la industria, autoridades, aerolíneas, aeropuertos, productores, hoteles, entre otros, con el objetivo de lograr plena y efectiva liberalización del mercado, el intercambio comercial, encadenamiento y cambio de la matriz productiva en Ecuador.

FECHA DE PUBLICACIÓN

Este número de la revista se publicó en el dominio web <http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdiction/index> entre julio y diciembre de 2023.

