

Retos jurídicos de la movilidad humana en América Latina

**Movilidad humana y COVID-19:
violaciones de derechos humanos por el cierre
de fronteras en Brasil**

Lilian Márcia Balmant Emerique

**Niñez migrante en Colombia:
grises del aclamado estatuto temporal de protección**

Gracy Pelacani

**Las mujeres víctimas de trata de personas
con fines de explotación sexual.**

**Los nexos con el patriarcado y un negocio
dentro del capitalismo**

Evelyn Soledad Zurita Cajas

**Los efectos del cambio climático: otra razón
para repensar las políticas migratorias**

*Eduardo Elías Gutiérrez López, Hugo José Regalado Jacobo
y María del Carmen Leticia Miranda Galindo*

Revista del Área de Derecho
UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
Sede Ecuador

ISSN 1390-2466 e-ISSN 2631-2484

Enero-junio 2022 • Número 37

FORO: Revista de Derecho recoge trabajos de alto nivel que enfocan problemas jurídicos en los ámbitos nacional, regional e internacional resultantes de los procesos de análisis, reflexión y producción crítica que desarrollan profesores, estudiantes y colaboradores nacionales y extranjeros. *FORO* es una revista del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, creada para cumplir con el rol institucional de promoción y desarrollo del conocimiento, cuya dinámica nos exige respuestas innovadoras a las complejas situaciones que se producen cotidianamente.

DIRECTORA DEL ÁREA: Dra. Claudia Storini, UASB-E (Ecuador).

EDITOR DE LA REVISTA: Dr. César Montaña Galarza, UASB-E (Ecuador).

EDITORA ADJUNTA: Dra. María Augusta León, UASB-E (Ecuador).

EDITORA TEMÁTICA: Dra. Claudia Storini, UASB-E (Ecuador).

COEDITOR TEMÁTICO: Dr. Christian Masapanta, UASB-E (Ecuador).

COMITÉ EDITORIAL: Dra. Roxana Arroyo (Instituto de Altos Estudios Nacionales. Ecuador), Dra. Lilian Balmant (Universidade Federal do Rio de Janeiro. Brasil), Dr. Santiago Basabe (Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Ecuador), Dra. Liliana Estupiñán (Universidad Libre de Colombia. Colombia), Dr. Rafael Lara (Universidad Pública de Navarra. España), Dr. Germán Pardo Carrero (Universidad de Rosario. Colombia), Dr. Fernando Serrano Antón (Universidad Complutense de Madrid. España), Dra. Elisa Sierra (Universidad Pública de Navarra. España).

COMITÉ ASESOR INTERNACIONAL: Dr. Víctor Abramovich (Universidad de Buenos Aires. Argentina), Dr. Alberto Bovino (Universidad de Buenos Aires. Argentina), Dr. Antonio de Cabo de la Vega (Universidad Complutense de Madrid. España), Dr. Miguel Carbonell (Universidad Nacional Autónoma de México. México), Dra. Silvia Bagni (Universidad de Bolonia. Italia), Dr. Andrés Gil Domínguez (Universidad de Buenos Aires. Argentina), Dra. Aimeé Figueroa Neri (Universidad de Guadalajara. México), Dr. Rodrigo Uprimny (Universidad Nacional de Colombia. Colombia), Dr. Alberto Zelada (Universidad Andina Simón Bolívar, La Paz. Bolivia), Dr. Francisco Zúñiga (Universidad de Chile. Chile), Dra. María Cristina Gómez (Universidad de Antioquia. Colombia).

ASISTENTE ACADÉMICO-EDITORIAL: Mg. Fausto Quizhpe Gualán.

DIAGRAMACIÓN Y SUPERVISIÓN EDITORIAL: Jorge Ortega. **CORRECCIÓN:** Fernando Balseca. **CUBIERTA:** Edwin Navarrete. **IMPRESIÓN:** Editorial Ecuador, Santiago Oe2-131 y Versailles, Quito.



FORO es una publicación gestionada por su comité editorial que circula semestralmente desde noviembre de 2003. Para la selección de ensayos se utiliza el sistema de doble ciego (*peer review*). Las ideas emitidas en los artículos son de responsabilidad de sus autores. Se permite la reproducción si se cita la fuente.

FORO aparece en los siguientes índices: DOAJ, ERIH PLUS, Catálogo 2.0 de Latindex, REDIB, Dialnet, y es miembro de LatinREV (Red Latinoamericana de Revistas).

Contenido

	Editorial	
	<i>Claudia Storini y Christian Masapanta</i>	3
TEMA CENTRAL	RETOS JURÍDICOS DE LA MOVILIDAD HUMANA EN AMÉRICA LATINA	
	Sección monográfica	
	Movilidad humana y COVID-19: violaciones de derechos humanos por el cierre de fronteras en Brasil <i>Lilian Márcia Balmant Emerique</i>	9
	Niñez migrante en Colombia: grises del aclamado estatuto temporal de protección <i>Gracy Pelacani</i>	33
	Las mujeres víctimas de trata de personas con fines de explotación sexual. Los nexos con el patriarcado y un negocio dentro del capitalismo <i>Evelyn Soledad Zurita Cajas</i>	53
	Los efectos del cambio climático: otra razón para repensar las políticas migratorias <i>Eduardo Elías Gutiérrez López, Hugo José Regalado Jacobo y María del Carmen Leticia Miranda Galindo</i>	75
	Sección abierta	
	La construcción de la sociedad del buen vivir en tiempos de globalización <i>Julieta Magaly Soledispa Toro</i>	97
	Cambios tecnológico-productivos del trabajo: problemática jurídica ecuatoriana <i>Carolina Jacqueline Rodríguez Mendoza y Milton Enrique Rocha Pullopaxi</i>	117
	Análisis comparado del hábeas corpus en Bolivia, Colombia y Ecuador <i>Camilo Emanuel Pinos Jaén</i>	139
	Las penas perdidas: los nudos críticos del sistema carcelario en el Ecuador <i>Marcella da Fonte Carvalho, Viviane Monteiro Santana y José Andrés Charry Dávalos</i>	159
	Castigo y exclusión en Ecuador desde la teoría criminológica crítica <i>María Fernanda Echeverría Andrade y Adrián Alejandro Alvaracín Jarrín</i>	181
	Colaboradores	203
	Normas para colaboradores	205

Content

	Preface	
	<i>Claudia Storini and Christian Masapanta</i>	3
CENTRAL THEME	LEGAL CHALLENGES OF HUMAN MOBILITY IN LATIN AMERICA	
	Monographic section	
	Human Mobility and COVID-19: Human Rights Violations resulting from the Closure of National Borders in Brazil	
	<i>Lilian Márcia Balmant Emerique</i>	9
	Migrant Children in Colombia: Greys of the Applauded Temporary Protection Statute	
	<i>Gracy Pelacani</i>	33
	Women as Victims of Sexual Exploitation because of Human Trafficking, its Relationship with Patriarchalism and a Business Inside of Capitalist System	
	<i>Evelyn Soledad Zurita Cajas</i>	53
	The Effects of Climate Change: Another Reason to Rethink Migration Policies	
	<i>Eduardo Elías Gutiérrez López, Hugo José Regalado Jacobo and María del Carmen Leticia Miranda Galindo</i>	75
	Open section	
	The Construction of the Society of Good Living in Times of Globalization	
	<i>Julieta Magaly Soledispa Toro</i>	97
	Technological-Productive Changes in Work: Ecuadorian Juridical Issues	
	<i>Carolina Jacqueline Rodríguez Mendoza and Milton Enrique Rocha Pullopaxi</i>	117
	Comparative Analysis of Habeas Corpus in Bolivia, Colombia and Ecuador	
	<i>Camilo Emanuel Pinos Jaén</i>	139
	The Lost Penalties: Critical Tangle about Ecuador's Prison System	
	<i>Marcella da Fonte Carvalho, Viviane Monteiro Santana and José Andrés Charry Dávalos</i>	159
	Punishment and Exclusion in Ecuador. An Approach from Critical Criminological Theory	
	<i>María Fernanda Echeverría Andrade and Adrián Alejandro Alvaracín Jarrín</i>	181
	Collaborators	203
	Rules for Collaborators	205

Editorial

Esta edición de la revista FORO n.º 37 aborda como tema central los retos jurídicos de la movilidad humana en América Latina. La movilidad humana se ha constituido actualmente en uno de los temas que ha generado mayor debate en los distintos estados del mundo; ya que, si bien desde una perspectiva jurídica se ha pretendido instaurar la protección integral de este derecho, ya sea mediante su constitucionalización o por medio de procesos de integración, paradójicamente en nuestra región siguen imponiéndose barreras jurídicas que tienen a limitar dicha movilidad.

La dinámica social revela la necesidad de deconstruir el concepto clásico de fronteras como líneas de separación y distanciamiento entre naciones y personas, obligando a repensarlas desde una nueva perspectiva en donde surjan procesos de interacción entre la población local y la migrante, superando la noción clásica de ciudadanía como un elemento diferenciador y excluyente, para convertirlo en un concepto universal en donde simbióticamente se logre un desarrollo y cooperación mutua.

La pandemia por la que ha atravesado la humanidad ha generado además una alarma respecto a los derechos de la población que se encuentra en situación de movilidad, toda vez que el cierre de las fronteras por parte de los distintos estados del orbe ha generado paradójicamente una crisis en cuanto a la población migrante, quienes en muchas ocasiones han sido sujetos de discriminación, y hasta criminalización. En aquel sentido, el artículo de Lilian Balmant “Movilidad humana y COVID-19: violaciones de derechos humanos por el cierre de fronteras en Brasil” aborda este problema, evidenciando cómo mediante normativa secundaria (ordenanzas ministeriales) el Estado brasileño fue paulatinamente cerrando sus fronteras durante la pandemia, generando medidas restrictivas y desproporcionadas para las personas que se encontraban en situación de movilidad, especialmente dirigidas a la población venezolana, disposiciones que no son acordes con los estándares internacionales de protección de los derechos humanos. De igual manera, Gracy Pelacani en “Niñez migrante en Colombia: grises del aclamado estatuto temporal de protección” refleja desde una perspectiva crítica la normativa implementada por el Estado colombiano para la protección de los derechos de niños y niñas migrantes venezolanos, denotando que el requisito de contar con un estatus migratorio regular se constituye en

un limitante para el ejercicio pleno de los derechos de este grupo vulnerable de la sociedad, ante lo cual debería repensarse esta normativa desde un enfoque de niñez.

Evelyn Zurita en “Las mujeres víctimas de trata de personas con fines de explotación sexual. Los nexos con el patriarcado y un negocio dentro del capitalismo” refleja la cruenta realidad por la que atraviesan la mujeres víctimas de esta actividad ilícita, invitando a un análisis que supere el contexto punitivista con el que tradicionalmente se lo trata, para enfocarlo desde una perspectiva interdisciplinar, permitiendo de este modo visibilizar la trata como una práctica en donde convergen clivajes patriarcales e intereses económicos dentro de un sistema capitalista que ha cosificado a los seres humanos.

De la mano con las graves secuelas que la humanidad atraviesa producto del deterioro del medioambiente, Eduardo Gutiérrez, Hugo Regalado y María del Carmen Leticia Miranda nos muestran en “Los efectos del cambio climático: otra razón para repensar las políticas migratorias” que la migración es un fenómeno multicausal, ante lo cual la relación existente entre la migración y el cambio climático debería ser una de las problemáticas más serias que deben ser analizadas en el presente y un futuro próximo por los distintos gobiernos, toda vez que el cambio climático es un fenómeno que impacta a todas las sociedades y sistemas políticos, generándose actualmente debido a factores medioambientales amplios procesos migratorios, tornándose en un imperativo el establecer una migración sostenible que vaya de la mano con la protección medioambiental.

En la sección abierta de la revista se incorporan artículos que analizan críticamente la realidad del sistema penitenciario ecuatoriano, visibilizando una crisis carcelaria sin precedentes en la historia del Ecuador, producto de una serie de problemas, entre los que se destacan: la deficiente normativa penitenciaria, la falta de personal e infraestructura carcelaria, las permanentes carencias que la población carcelaria atraviesa, lo cual provoca una vulneración permanente de sus derechos, eclosionando en el círculo de violencia en las cárceles del país. En aquel sentido, Marcella da Fonte, Viviane Monteiro y José Charry en “Las penas perdidas: los nudos críticos del sistema carcelario en el Ecuador” nos muestran esa realidad a partir de tres ejes: la función de la pena, las obligaciones internacionales del Estado ecuatoriano en materia de derechos humanos, y la política criminal; demostrando que las condiciones de encarcelamiento en el Ecuador son incompatibles con los derechos humanos de las personas privadas de libertad. En esa misma línea, María Fernanda Echeverría y Adrián Alvaracín, en “Castigo y exclusión en Ecuador desde la teoría criminológica crítica” analizan los efectos de la prisión y del expansionismo punitivista que afecta no solo a los privados de la libertad sino también a sus familias, en donde la insatisfacción de sus necesidades básicas y la falta de una política penitenciaria eficiente genera masacres como las vividas en el país en 2021.

Desde la perspectiva de las garantías jurisdiccionales, Camilo Pinos realiza un “Análisis comparado del hábeas corpus en Bolivia, Colombia y Ecuador”, mostrándonos los puntos nodales y elementos diferenciadores de esta acción constitucional desde una perspectiva del derecho comparado, profundizando su análisis en la realidad ecuatoriana, y siendo crítico con las modalidades y derechos conexos que son tutelados en Ecuador mediante esta garantía, lo cual en la práctica ha generado problemas en cuanto a su efectividad.

Magaly Soledispa en “La construcción de la sociedad del buen vivir en tiempos de globalización” profundiza en el estudio de este instituto jurídico, mostrándonos cómo desde el constitucionalismo andino el buen vivir se convierte en una forma de vida, una filosofía, una cosmovisión y un mecanismo de resistencia frente al modelo económico, social y cultural occidental, convirtiéndose en palabras de la autora en la plataforma que viabiliza la economía popular y solidaria existente en Ecuador. Finalmente, Carolina Rodríguez y Milton Rocha en “Cambios tecnológico-productivos del trabajo: problemática jurídica ecuatoriana” exponen la importancia de los cambios tecnológicos en la esfera laboral y los desafíos que la incorporación de la tecnología e innovación traerá para las relaciones laborales en el Ecuador, exponiendo la necesidad de adaptación del mercado laboral a estas nuevas dinámicas.

Como equipo editorial de la revista FORO n.º 37, agradecemos a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, a los revisores académicos, y a cada uno de los autores de los artículos por su compromiso y dedicación en la producción de esta edición; estamos seguros de que su contenido profundizará el debate académico en Latinoamérica sobre problemáticas comunes y a la vez permitirá desde el ámbito jurídico cimentar sociedades más equitativas y justas.

Claudia Storini

Directora del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar

Quito, Ecuador

claudia.storini@uasb.edu.ec

ORCID: 0000-0002-5604-8615

Christian Masapanta

Docente de la Universidad Andina Simón Bolívar

Quito, Ecuador

christian.masapanta@uasb.edu.ec

ORCID: 0000-0001-8417-3301

TEMA CENTRAL:

**RETOS JURÍDICOS
DE LA MOVILIDAD HUMANA
EN AMÉRICA LATINA**

Movilidad humana y COVID-19: violaciones de derechos humanos por el cierre de fronteras en Brasil

*Human Mobility and COVID-19:
Human Rights Violations resulting
from the Closure of National Borders in Brazil*

Lilian Márcia Balmant Emerique

Docente de la Universidade Federal do Rio de Janeiro

Río de Janeiro, Brasil

lilianbalmant@direito.ufrj.br

ORCID: 0000-0003-3944-3872

Artículo de investigación

DOI: <https://doi.org/10.32719/26312484.2022.37.1>

Fecha de recepción: 29 de junio de 2021

Fecha de revisión: 26 de agosto de 2021

Fecha de aceptación: 15 de septiembre de 2021

Fecha de publicación: 3 de enero de 2022

Licencia Creative Commons



RESUMEN

La pandemia COVID-19 desencadenó una serie de medidas restrictivas para la movilidad humana en todo el mundo con el fin de contener la propagación del virus; sin embargo, muchas de ellas son inapropiadas o desproporcionadas para los fines previstos de salud pública o violan disposiciones de derechos humanos. Este artículo trata la cuestión de cómo algunas respuestas de emergencia para contener una crisis de salud, a través de medidas que restrinjan el ingreso de extranjeros a un país violan los derechos humanos de las personas en situación de movilidad, utilizando el caso brasileño como contexto de análisis. El artículo problematiza el debate sobre la seguridad de fronteras en el contexto de la pandemia. La metodología utilizada consiste en un análisis de todas las ordenanzas ministeriales (administrativas) emitidas por el gobierno federal en 2020 sobre restricciones temporales al ingreso de extranjeros en Brasil durante la pandemia COVID-19, y critica las disposiciones que violan los derechos humanos de las personas en situación de movilidad, que se desvían de los estándares establecidos en la normativa en materia de salud y derechos humanos.

PALABRAS CLAVE: movilidad; extranjero; restricciones de entrada en Brasil; derechos humanos; COVID-19; puesta en seguridad; fronteras; violaciones.

ABSTRACT

The COVID-19 pandemic has triggered a series of restrictive measures for human mobility worldwide to contain the spread of the virus, however many of them are unreasonable or disproportionate for the intended purposes of public health or violate human rights provisions. This article deals with the question of how emergency responses to contain a health crisis, by means of measures restricting the entry of foreigners into a country, can violate the human rights of persons in mobility, having as context of analysis the Brazilian case. The article discusses the debate on the securitization of borders in the context of the pandemic. The methodology used consists of the critical analysis of the all ministerial ordinances (administrative ordinances) issued by the federal government in 2020 on temporary restrictions of foreign entry into Brazil during the COVID-pandemic19, criticising its provisions that violate the human rights of people in mobility, who are outside the standards established in health and human rights regulations.

KEYWORDS: mobility; foreigners; entry restrictions into Brazil; human rights; COVID-19; securitization; borders; violations.

FORO

INTRODUCCIÓN

Después de un período más favorable para la libre circulación dentro y fuera de los diferentes países, la movilidad¹ actualmente está sujeta a importantes limitaciones debido al COVID-19, incluidas las que involucran a las democracias más sólidas, pues la pandemia instituyó nuevos estándares de salud, afectó la salud pública, las economías nacionales y el movimiento internacional de personas.

La preocupación por la amenaza del exterior, que también estuvo presente en Brasil, prácticamente se apoderó de todos los países y justificó el cierre de fronteras en una lucha activada por el miedo a un enemigo que viene de afuera, en una especie de reacción inmunológica social.² De hecho, además del virus, el cierre de fronteras impide la circulación de personas. Sin embargo, en la configuración que cada país le dio al modelo regulatorio en términos de restricciones a la movilidad internacional, surgieron estándares cuestionables desde la perspectiva de los derechos humanos, y, desde un punto de vista práctico, puede no ser parte de la mejor o más humana estrategia para la promoción de la salud pública, especialmente si se basa en un sesgo de seguridad fronteriza.

Las respuestas al COVID-19 en varios países están marcadas, en gran medida, por la ineficiencia en la promoción y protección de la salud, así como por problemas y abusos en materia de derechos humanos y democracia. En este complicado escenario continúan ocurriendo varias violaciones de derechos humanos, especialmente de los grupos más vulnerables socialmente como los extranjeros en desplazamiento temporal, migrantes y refugiados, entre otros.

En Brasil, las restricciones excepcionales y temporales al ingreso de extranjeros tomaron diferentes formas en cuanto a sus efectos y excepciones, según el lugar de origen de la persona, generando discriminación y reforzamiento de los discursos de seguridad de fronteras, especialmente en un intento de remoción de los “indeseables” o aquellos que supuestamente representan un riesgo para la salud pública, incluso sin

-
1. El término movilidad humana incluye la migración internacional, entendida como la salida voluntaria de una persona (migrante) del territorio de su Estado de origen, por motivos diversificados y complejos, y el desplazamiento forzado, en particular refugio, que indica la entrada de una persona (refugiado) en un territorio que no sea su Estado de origen. Para Deisy Ventura, la percepción de que la migración y el refugio son fuentes de miedos y problemas justificaría la inclusión de los temas de movilidad humana en las agendas de seguridad nacional e internacional y en el campo de la salud, la comprensión de la movilidad humana sería vista como una “amenaza” o “riesgo” para ser gestionado globalmente. Deisy Ventura, “Mobilidade Humana e saúde global”, *Revista USP*, n.º 107 (2015): 59.
 2. Byung-Chul Han, “La emergência viral y el mundo de mañana”, en *Sopa de Wuhan: pensamento contemporâneo em tempos de pandemias*, ed. Giorgio Agamben et al. (ASPO, 2020): 97-112.

el debido y necesario respaldo científico. Por ello, es fundamental analizar las medidas tomadas para comprender mejor cómo la normativa vigente viola los derechos humanos de las personas en situaciones de movilidad, pues determinadas disposiciones infringen documentos internacionales en la materia y verifican los contornos de la política de movilidad durante la pandemia de COVID-19, cuyo contenido excepcional y temporal explica ciertos retrocesos en la materia regulatoria de la movilidad practicada en Brasil.

A partir de la discusión en torno a las referencias de seguridad fronteriza, emergencia sanitaria y derechos humanos, pretendemos enfrentar la siguiente pregunta: ¿cómo la normativa de restricción al ingreso de extranjeros a Brasil durante la pandemia de COVID-19 puede vulnerar derechos humanos de personas en situación de movilidad y reforzar una política de seguridad de fronteras?

Este artículo presenta un análisis de la securitización de la movilidad humana y las violaciones de derechos humanos durante la pandemia COVID-19 causada por las restricciones al ingreso de extranjeros a Brasil por vía terrestre, aérea o acuifera, reguladas en 23 ordenanzas emitidas en 2020 de manera conjunta por los ministros de Brasil. (Estado): Casa Civil; Justicia y Seguridad Pública; Sanidad e Infraestructura (este último solo aparece en algunas ordenanzas) a saber: Ordenanza n.º 120 de 17/03/2020; n.º 125 del 19/03/2020; n.º 126 del 19/03/2020; n.º 132 de 22/03/2020; n.º 133 de 23/03/2020; n.º 152 de 27/03/2020; n.º 158 de 31/03/2020; n.º 08 de 04/02/2020; n.º 195 del 20/04/2020; n.º 203 de 28/04/2020; n.º 204 de 29/04/2020; n.º 255 de 22/05/2020; n.º 319 del 20/05/2020; n.º 340 del 30/06/2020; n.º 01 de 29/07/2020; n.º 419 del 26/08/2020; n.º 456 de 26/08/2020; n.º 470 de 10/02/2020; n.º 478 del 14/10/2020; n.º 518 del 12/11/2020; n.º 615 del 12/11/2020; n.º 630 del 17/12/2020 y n.º 648 del 23/12/2020.

Se utilizó el método deductivo y descriptivo utilizando bibliografía nacional y extranjera, empleando la metodología de análisis documental de todas las ordenanzas ministeriales emitidas en 2020 por el Gobierno Federal de Brasil que abordan restricciones excepcionales y temporales a la entrada de extranjeros en Brasil en el contexto de la Pandemia de COVID-19, buscando confrontar su normativa en relación con las disposiciones nacionales e internacionales de protección de los derechos humanos.

El estudio que aquí se propone, en medio de los sucesos en curso de la pandemia, está en línea con el pensamiento de Boaventura de Souza Santos, pues en momentos como estos la academia necesita asumir una postura de retaguardia más que de vanguardia. Así, dada la realidad caótica y excepcional que provocó la pandemia, lo mejor es trabajar con prudencia epistémica y en modo su-teorizador: “se acabó la época de los intelectuales de vanguardia. Los intelectuales deben aceptarse a sí mismos como intelectuales en segundo plano, deben ser conscientes de las necesidades y as-

piraciones de los ciudadanos comunes y saber utilizarlas para teorizar”.³ Así, la investigación avanza en líneas iniciales en un contexto complejo y buscando comprender los hechos en el transcurso de los propios procesos, con las limitaciones resultantes de esta mirada inmersa en los problemas relacionados con la movilidad analizados en el presente trabajo.

DIMENSIONES GENERALES SOBRE SEGURIDAD Y DERECHO

La COVID-19 manifiesta fracturas sociales, ya que ninguna epidemia es solo un problema médico, sino histórico y político. La enfermedad requiere respuestas que coincidan con su complejidad, y no es posible tratarla solo con medidas paliativas. Incluso porque varios factores influyen en su curso, entre los cuales los biomédicos pueden, en determinadas circunstancias, no ser necesariamente los más influyentes pudiendo incluso dar lugar a otros puntos de referencia en su desarrollo.

Los males de la globalización identificados en atentados terroristas, en relación a los movimientos migratorios, suscitaron diversas reacciones políticas centradas en un modelo de “seguridad” que consiste en una política característica de la posdemocracia:⁴ defensora de la construcción de muros/cercos (simbólicos o físicos) y violencia en las fronteras, así como la guerra contra el terrorismo.

El blindaje de fronteras resultante de la proliferación de muros y cercos materiales o simbólicos pone en duda el hecho de que los estados necesitan conciliar la autoridad soberana que tienen para proteger y controlar sus fronteras, y el deber de respetar los derechos humanos; es decir, así es como se enfrentan al desafío de asegurar las fronteras sin desproteger a las personas, el cierre completo de fronteras es una ilusión, ya que acaba resultando en una entrada irregular.⁵ Como resultado de las barreras de entrada muchas personas vulnerables cuando logran migrar lo hacen en condiciones dolorosas e inhumanas, dada la escalada de seguridad, estabilidad y mantenimiento del *statu quo* a nivel global.

3. Boaventura de Souza Santos, *A cruel pedagogia do vírus* (Coimbra: Almedina, 2020), 14.

4. Para una mirada en profundidad a la posdemocracia: Colin Crouch, *Post-Democracy* (Cambridge: Polity, 2017); Rubens Casara, *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis* (Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2017); Steven Levitsky, Daniel Ziblatt, *Como as democracias morrem* (Rio de Janeiro: Zahar, 2018); Yascha Mounk, *O povo contra a democracia* (São Paulo: Companhia das Letras, 2019); David Ruciman, *Como a democracia chega ao fim* (São Paulo: Todavía, 2018); Manuel Castells, *Ruptura* (Rio de Janeiro: Zahar, 2018).

5. Antoine Pécoud, Paul Guchteneire. International Migration, Border Controls and Human Rights, *Journal of Borderlands Studies* 21, n.º 1 (2006): 69-86.

En cuanto a la movilidad en el campo de las migraciones, según Velasco, el discurso de priorizar la identidad colectiva y la seguridad nacional descarta la solidaridad y la justicia social transfronteriza, basado en un marco nacional-populista, que se ha consolidado en los últimos tiempos.⁶ A través de este marco, los grupos políticos defienden la primacía de “nuestros” (nacionales) sobre “otros” (extranjeros), fomentando la polarización social entre “nosotros” y “ellos”. Se descarta la hospitalidad con sesgo cosmopolita y se tratan los bienes sociales de manera cerrada y situada, incapaz de compartir con forasteros, legitimando el rechazo a los extranjeros y la implementación de políticas migratorias restrictivas. Los límites se convierten en líneas de clasificación entre los flujos considerados deseables e indeseables a través de dispositivos físicos o administrativos. Finalmente, las fronteras blindadas son modelos de exclusión y contención injusta, sin modelos neutrales en el tema de la equidad ya que estas medidas entran en conflicto con los derechos humanos.⁷

Günter Frankenberg entiende que las técnicas del Estado están relacionadas con la forma en que se ejerce el poder político y cómo estos métodos cambian en el desarrollo histórico, principalmente por la amenaza terrorista, ya que estos subvirtieron los instrumentos, reglas y estrategias de prevención de riesgos, pervirtieron las técnicas de seguridad nacional y se revelan como una técnica de seguridad desproporcional, por la cual el Estado viola los límites del estado de derecho y normaliza el estado de excepción. Según este autor, la técnica del Estado utilizada para informar, regular, dirigir, monitorear, controlar, disciplinar o someter sigue el patrón de producción de decisiones vinculantes que tienen como objetivo coordinar, incluso coercitivo, la conducta y sus consecuencias.⁸

En todo caso, las técnicas revelan un proceso de normalización paulatina del estado de excepción, en el que los instrumentos del derecho de excepción se envuelven en el manto de la normalidad, haciéndolos permanentes y cotidianos; para su legalización se emplean figuras extrajurídicas de la argumentación y su recepción en la dogmática del derecho, manifestándose en tres planos distintos: a) semántica de banalización de instrumentos militares, tortura, etc., normalizada por un vocabulario rehabilitado por el concepto de enemigo; b) topografía de la normatividad de la situación normal, en la que el derecho a repeler amenazas se convierte en un derecho que inventa peligros, sustituyendo la seguridad jurídica por la protección de los bienes jurídicos, provo-

6. Juan Carlos Velasco, “De muros intransponíveis a fronteiras transitáveis”, *REMHU, Revista Interdisciplinar de Mobilidade Humana* 27, n.º 57 (2019): 162-3.

7. El Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular, firmado en Marrakech en 2018, aunque no vinculante, se basa en dos elementos centrales: la primacía de los derechos humanos en la gestión de la movilidad internacional y la consideración de la migración como factor clave para el desarrollo.

8. Günter Frankenberg, *Técnicas de Estado* (São Paulo: UNESP, 2018): 12-3, 24.

cando la exclusión jurídica de facto del enemigo por la ausencia de su protección; c) normalización funcional por la que se atribuyen nuevas responsabilidades y autorizaciones de intervención y la institución del “derecho penal del enemigo”.⁹

Si bien la advertencia de Frankenberg es pertinente para defender la legalidad democrática frente a la tendencia a la naturalización del estado de excepción, dadas las ambigüedades del estado de derecho, es necesario distinguir el carácter de la excepción en cuestión, para no promover generalizaciones inoportunas, ya que su trabajo se centra en la securitización provocada principalmente por el terrorismo.

Las intervenciones desencadenadas en los estados en la situación pandémica actual, por regla general, tienen como objetivo proteger la salud de las personas, reducir la curva de propagación de nuevos casos, y tienen como objetivo prevenir el colapso de los sistemas nacionales de salud en el pico de la enfermedad. Aunque también tratan el discurso de seguridad y establecen la excepción para la emergencia sanitaria, ante lo cual, las medidas se justifican al menos inicialmente frente a la necesidad de actuar ante una calamidad epidémica sin inaugurar ni profundizar un uso continuo o natural de la excepción.

El miedo y la repugnancia por el peligro también justifican las acciones, sin embargo, las medidas de emergencia no encontrarían fundamento si, como técnica de Estado se implementaran como si cada día hubiera una nueva epidemia en la puerta, ya que pondrían a la sociedad en un estado permanente de alarma, fomentarían la necesidad de seguridad y postularían el uso de poderes legales extraordinarios, en detrimento de las libertades y la tutela judicial.¹⁰

9. *Ibid.*, 40-2.

10. Agamben interpretó la situación de la pandemia de COVID-19 como una nueva fuente de securitización social sumada a la seguridad asociada al terrorismo. Para Agamben, las medidas excepcionales pueden acompañar el escenario de las epidemias, “casi parece que, habiendo agotado el terrorismo como causa de medidas excepcionales, la invención de una epidemia puede ofrecer el pretexto ideal para expandirlas más allá de cualquier límite”. Giorgio Agamben, “El estado de excepción causado por una emergencia desmotivada”, <https://bit.ly/3gG1jBJ>. Así, Agamben entiende que los Estados están utilizando la pandemia para legitimar excepciones y naturalizarlas. Sin embargo, Jean-Luc Nancy no está de acuerdo con el análisis de Agamben, considerando que el problema del COVID-19 ha adquirido tales proporciones que los análisis realizados sin tener en cuenta la dimensión pandémica y sin tener en cuenta el prisma de una especie de excepción viral son inapropiados (biológico, informático, cultural) provocado por una pandemia. Jean-Luc Nancy, “Epidemic Paradox: Eccezione virale”, *Antinomy* (27 de febrero de 2020), <https://bit.ly/3qduquo>. Siempre es posible considerar que surgirán algunas tensiones entre lo que se debe hacer para contener la propagación de nuevos casos de contagio por el coronavirus (reducción de la curva), especialmente ante el colapso de los sistemas de salud y ciertos excesos y adopción de medidas cometidos en el país, para no ver en estos estados de emergencia signos de una progresión generalizada de los discursos de la “titulización”, ahora basados en una pretensión de protección de la salud y la vida o como una posible excusa para normalizar la excepción como motivo de expresar. El análisis de Agamben de una naturalización de la modalidad de excepción sanitaria parece ser un poco apresurado, ya que las medidas de excepción pueden

En el análisis de los hechos es importante verificar el tono dado a las respuestas estatales formuladas, si respetan los aspectos democráticos y los derechos humanos, dada su innegable importancia para otorgar legitimidad y eficiencia en el logro de las metas deseadas en el proceso. Para eso, entre otras cuestiones, es importante preguntarse: ¿los destinatarios de las medidas reciben un trato igualitario? ¿Hubo preocupación por la equidad en las decisiones, dadas las diferencias en vulnerabilidad y otros factores importantes en los impactos sociales? ¿Las medidas de emergencia se basan en recomendaciones técnico-científicas más consensuadas en el área de la salud o están contaminadas por cuestiones políticas? En definitiva, las preguntas identifican un enfoque de derechos humanos en la construcción de medidas de emergencia, basado en el mantenimiento de las premisas del estado de derecho.

Lamentablemente, la situación de emergencia sanitaria puede acabar siendo utilizada por un Estado en contra determinados segmentos sociales más vulnerables, como las personas en situación de movilidad, permitiendo el uso de medidas excepcionales científicamente injustificadas o para promover discriminaciones y violaciones de derechos humanos.

De ahí la importancia de analizar las medidas restrictivas de la movilidad humana tomadas en el contexto de la pandemia para verificar la compatibilidad de sus disposiciones con las premisas de derechos humanos y con las sensibles autorizaciones de restricciones de derechos en tiempos de emergencia sanitaria. Esto es lo que se pretende examinar a continuación en relación con las ordenanzas emitidas por el gobierno federal brasileño en 2020.

ANÁLISIS DE ORDENANZAS MINISTERIALES SOBRE RESTRICCIONES DE ENTRADA DE EXTRANJEROS A BRASIL EN LA PANDEMIA DEL COVID-19

En Sudamérica los problemas migratorios vienen ocurriendo desde hace algún tiempo,¹¹ sin embargo, el cierre de fronteras se produjo apenas el virus comenzó a ex-

basarse en situaciones de auténtico riesgo para la salud global, lo que no significa que todas y cada una de las medidas tomadas durante una crisis sanitaria estén justificadas desde el punto de vista de la protección de la salud, especialmente cuando estas medidas afectan los derechos humanos.

11. Echa un vistazo a: Nanette Liberona Concha, “Fronteras y movilidad humana en América Latina”, *Nueva Sociedad*, n.º 289 (2020): 49 y ss.; Haroldo Dilla Alfonso, “Las fachadas, los muros y sus hendiduras”, *Nueva Sociedad*, n.º 289 (2020): 37 y ss.; João Peixoto, “Da era das migrações ao declínio das migrações? A transição para a mobilidade revisitada”, *REMHU, Revista Interdisciplinar de Mobilidade Humana* 27, n.º 57 (2019): 141 y ss.

tenderse en el continente, y a finales de marzo de 2020 todos los países sudamericanos restringieron la entrada de extranjeros en sus fronteras.¹²

Para la sistematización de la normativa expedida en época de pandemia se empleará la metodología de análisis documental de todas las ordenanzas ministeriales emitidas en 2020 por el gobierno brasileño que abordan restricciones excepcionales y temporales en cuanto al ingreso de extranjeros en Brasil, confrontándolas con las disposiciones nacionales e internacionales de protección de los derechos humanos.

El análisis de las ordenanzas¹³ que se realizarán a continuación tiene el alcance de parametrización en función de la nacionalidad, país de origen, tipo de transporte (aéreo, terrestre o fluvial), excepciones autorizadas y sanciones por incumplimiento, con el fin de entender la política de movilidad adoptado por Brasil durante la pandemia de COVID-19 (en 2020) y qué problemas presenta en relación con los derechos humanos.

Brasil cuenta con amplio apoyo en legislación administrativa y legislación sanitaria con múltiples normas legales e infralegales de ámbito nacional, federal, provincial, y municipal que autorizan a la Administración Pública, con base en el Poder de Policía Sanitaria para cubrir medidas urgentes, preventivas, de protección en cualquier momento de acuerdo con el procedimiento administrativo correspondiente.¹⁴

-
12. Alcides Costa Vaz, Maurício Kenyatta Barros da Costa, *A segurança das fronteiras brasileiras na pandemia da COVID-19*, <https://bit.ly/3wCrXM9>.
 13. En el derecho administrativo brasileño, la ordenanza es un documento normativo secundario que consolida un acto administrativo emitido por una autoridad pública, en el que hay instrucciones sobre la aplicación de leyes o reglamentos, recomendaciones generales, reglas de ejecución de servicios, nombramientos, despidos, castigos o cualquier otra determinación de su competencia.
 14. A continuación, se muestra una breve lista de algunas leyes sanitarias vigentes, entre otras que no se mencionan aquí:
 - Ley de Migración (Ley Federal n.º 13.445/2017), reglamentada por el Decreto n.º 9.199/2017, que establece que el acto del Ministerio de Estado de Salud dispondrá las medidas sanitarias necesarias para el ingreso al país y que las autoridades responsables de la inspección contribuirán a la aplicación de las medidas sanitarias de conformidad con el Reglamento Sanitario Internacional y otras disposiciones pertinentes.
 - El Decreto n.º 9.199/2017 establece que, luego de una entrevista individual y mediante un acto motivado, la entrada a Brasil puede ser impedida por una persona que no cumpla con las recomendaciones temporales o permanentes para emergencias en salud pública internacional definidas por el Reglamento Sanitario Internacional.
 - El Reglamento Sanitario Internacional o RSI (cuyo texto revisado fue promulgado por el Decreto n.º 10.212/2020) es un instrumento vinculante y permite a la OMS orientar, por ejemplo: la implementación de cuarentena u otras medidas de salud pública para personas sospechosas; la implementación del aislamiento y tratamiento de las personas afectadas, cuando sea necesario; realizar una búsqueda de contactos de personas afectadas o sospechosas; la denegación de entrada al país de personas afectadas o sospecho-

En el contexto de la pandemia COVID-19, la primera ordenanza brasileña emitida con el propósito de limitar la movilidad de las personas fue la Ordenanza n.º 120 del 17 de marzo de 2020 que trata sobre la restricción excepcional y temporal de la entrada de extranjeros al país por vía terrestre en relación con ciudadanos de la República Bolivariana de Venezuela según lo recomendado por la Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria (ANVISA). En el aspecto legal, la ordenanza fue formalmente adecuada a lo dispuesto en la Ley de Cuarentena (inciso VI del artículo 3 de la Ley n.º 13.979, de 6 de febrero de 2020), sin embargo, existía el problema de no explicar la razón por la cual solo la frontera con Venezuela (en ese momento) entre los 10 países fronterizos sudamericanos, comenzó a sufrir restricciones a la entrada de extranjeros a Brasil, ya que el país vecino a esa época tenía algunas decenas de casos reportados, sin constituirse cuantitativamente en un factor de riesgo, en comparación con los cientos de casos brasileños notificados en ese momento.¹⁵

La nota técnica de ANVISA que sirvió de base a la medida no se dio a conocer de inmediato; y, cuando se hizo pública debido a la transparencia necesaria para el acto administrativo no hizo mención a los informes del área técnica del gobierno de Roraima (región de entrada preferencial para venezolanos en Brasil)¹⁶ o desde una oficina de ANVISA que haya salido al campo para realizar análisis y estudios.¹⁷

sas; la denegación de la entrada de personas no afectadas a las zonas afectadas; la realización de controles y/o restricciones de salida para personas procedentes de zonas afectadas.

- La Ley Federal n.º 6.259/1975 autoriza a la autoridad de salud a exigir y realizar investigaciones, indagaciones y encuestas epidemiológicas con personas y grupos específicos de población, cuando lo considere oportuno, con miras a proteger la salud pública.

- Ley Federal n.º 6.437/77 —art. 11— determina que “el incumplimiento o desobediencia a las normas sanitarias para el ingreso y establecimiento de extranjeros en el país, implicará impedimento para el desembarco o permanencia del extranjero en el territorio nacional, por parte de la autoridad sanitaria competente”.

15. El cierre de la frontera entre Brasil y Venezuela provocó la suspensión de actividades relacionadas con la recepción de identificación, regularización de asistencia legal y social, entre otros perjuicios a la “Operação Acolhida”, responsable de organizar el proceso migratorio de venezolanos en Brasil. “Acolhida e a gestão da imigração venezuelana em Roraima”, en Rosana Baeninger, Luis Renato Nandy Vedovato (coord.), Catarina Von Zuben, Luís Felipe Magalhães, Paolo Parise, Natália Demétrio, Joice Domenicone (org.), *Migrações internacionais e a pandemia de COVID-19* (Campinas: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó”, NEPO/UNICAMP, 2020), 390.
16. El empeoramiento de la crisis económica y social en Venezuela ha aumentado el flujo de ciudadanos venezolanos a Brasil. Entre 2015 y mayo de 2019, Brasil registró más de 178 000 solicitudes de refugio y residencia temporal. La mayoría de los migrantes ingresan al país por la frontera norte de Brasil, en el estado de Roraima, y se concentran en los municipios de Pacaraima y Boa Vista. “Crisis migratoria venezolana en Brasil”, <https://uni.cf/3cMz0QD>.
17. Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria (ANVISA) (Nota Técnica n.º 1/2020/SEI/GADIP-DP/ANVISA, de 17 de marzo de 2020) en su art. 3.º establece: “La restricción de que trata esta Ordenanza resulta de una recomendación técnica y fundamentada de Anvisa por razones sanitarias relacionadas con los riesgos

A pesar de que la base normativa brasileña en materia migratoria está muy avanzada, las políticas públicas no se han movido a la misma velocidad. Veamos la situación de los inmigrantes que vienen de Venezuela a Brasil.¹⁸ La afluencia de estos comienza en 2016 y, con su intensificación en 2017, los problemas cobran mayor visibilidad, sufriendo, hasta ahora, de una respuesta humanitaria más eficiente por parte de las autoridades brasileñas y el apoyo internacional.¹⁹ Los desvíos de esta política migratoria comienzan a cobrar mayor expresión a partir de 2018 y desde entonces se ha ido agravando progresivamente.²⁰

Los retrocesos en la política migratoria, especialmente en relación a los migrantes provenientes de Venezuela, se ven agravados por la pandemia, lo cual puede consta-

de contaminación por el coronavirus SARS-CoV-2, en particular debido a: I. la dificultad del Unificado Enfoque brasileño del Sistema de Salud para el tratamiento de extranjeros infectados con el coronavirus SARS-CoV-2; y II. la dificultad de prevenir la diseminación del coronavirus SARS-CoV-2.

18. Sobre la migración de Venezuela a Brasil, como ejemplo: Mariana Castro, “Militarização e Necropolítica da Fronteira: as respostas do Brasil à crescente migração venezuelana”, *Mural Internacional*, n.º 11 (2020): 2-15, doi:10.12957/rmi.2020.48787; Edgar Andrés Londoño Niño, “Migração, Cidades e Fronteiras: a Migração Venezuelana nas Cidades Fronteiriças do Brasil e da Colômbia”, *Espaço Aberto* 10, n.º 1 (2020): 51ss., doi:10.36403/espacoaberto.2020.29956.
19. Brasil recibió alrededor del 4% de los inmigrantes que salieron de Venezuela, no siendo su destino preferido en América del Sur, principalmente por razones lingüísticas. De hecho, el ingreso de venezolanos no representa una crisis migratoria a Brasil, ya que el volumen de ingreso no justifica una situación de crisis, sino porque la región por donde ingresan al país tiene poca infraestructura, preparación de funcionarios públicos y económicos y políticos federales, apoyo para recibir migrantes. “Sin embargo, el impacto de esta inmigración es mucho mayor en relación a un estado de aproximadamente 500 000 habitantes, como es el caso de Roraima, donde la mayoría de inmigrantes se concentran en Boa Vista, una ciudad con alrededor de 278 000 habitantes”. Gustavo do Vale Rocha, Natália Vilar Pinto Ribeiro, “Flujo migratorio venezolano en Brasil: análisis y estrategias”, *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília 20, n.º 122 (2018-2019): 541ss., <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2018v20e122-1820>.
20. Roberto Rodolfo Georg Uebel, “Migração Venezuelana para o Brasil: considerações geopolíticas e fronteiriças sobre a atuação governamental brasileira”, *Aldea Mundo* (Universidad de los Andes) 24, n.º 48 (2019), 69ss. El artículo menciona ciertos aspectos de cómo la política migratoria brasileña ha sufrido cambios y ha ido avanzando desde 2017 hacia una securitización progresiva en relación con los migrantes venezolanos. En 2017 hubo una acción gubernamental inédita encargada de la interiorización de inmigrantes y refugiados venezolanos, con la acción de las Fuerzas Armadas (Ejército y Fuerza Aérea), la seguridad de fronteras, el control migratorio y la logística de interiorización de familias a otros estados brasileños. Otro aspecto del cambio de política fue la inercia inicial del gobierno federal en relación al tema, dejando que el problema recayera en el estado de Roraima, además de la injerencia estadounidense en los temas migratorios brasileños, algo que nunca antes había sucedido. En definitiva: “La securitización de fronteras, la militarización del tratamiento del tema migratorio, la internalización de inmigrantes y refugiados y la injerencia externa son los elementos que caracterizaron, por tanto, la agenda de política exterior migratoria de Michel Temer, rompiendo así con la agenda progresista de gobiernos anteriores. Este escenario crearía un entorno cada vez más restrictivo para la llegada y permanencia de inmigrantes en Brasil, ya que las perspectivas de recepción, la empleabilidad y la integración eran cada vez más anti-inmigrantes, xenófobas e incluso peores que las registradas en sus países de origen”.

tarse en el tratamiento dado en el art. 6 de la Ordenanza n.º 120/2020 que dice: “El incumplimiento de las medidas previstas en esta Ordenanza implicará: I. la responsabilidad civil, administrativa y penal del agente infractor; y II. la deportación inmediata del agente infractor y la descalificación de la solicitud de asilo”. Si bien esta medida contó con un respaldo formal, la decisión se tomó con prisa, presentando problemas en la concepción de sus aspectos técnicos motivadores y resultando errática en materia democrática, diplomática y humanitaria. Finalmente, la ordenanza no contempló los parámetros de puntajes señalados por la OMS ante la pandemia de coronavirus y planteó dudas razonables sobre el manejo del asunto con base en la dignidad de la persona humana y en los planteamientos de derechos humanos.

La sanción por incumplimiento prevista en esta norma —contenido reproducido en todas las ordenanzas emitidas con posterioridad— contradice el principio de no devolución en materia migratoria, tiene una finalidad de seguridad, punitiva e intimidatoria y es desproporcionada con el objetivo de proteger la salud pública al afectar los derechos protegidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La ordenanza presentaba una finalidad incompatible con la normativa internacional en materia de recepción de personas en movimiento, y en su momento no era el instrumento más adecuado para lograr el objetivo de contención de la pandemia, ya que tenía como objetivo limitar el tráfico de personas provenientes de un solo país que, al momento de su promulgación, tenía menos casos reportados que Brasil.

La medida tampoco fue apoyada en relación a la medición de su necesidad, ya que para lograr el fin deseado existían acciones menos gravosas para el derecho restringido, entre ellas, realizar una prueba en la frontera para evaluar el estado positivo del coronavirus, o la obligación de presentar una prueba realizada dentro de las 72 horas antes de ingresar al territorio nacional, cuarentena al ingresar al país, etc.

La ordenanza tampoco cumplió con el requisito de ser estrictamente proporcional, ya que el sacrificio inherente a la restricción del derecho era exagerado o excesivo ante las posibles ventajas que se obtendrían a través de la restricción y la realización de la finalidad que persigue, porque violó disposiciones de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las sanciones previstas por incumplimiento fueron desproporcionadas (impidiendo futuras solicitudes de asilo) y discriminatorias contra los extranjeros provenientes de Venezuela. Finalmente, la medida derogó las disposiciones sobre restricciones a los derechos humanos previstas en la Resolución n.º 01/2020 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos - Pandemia y Derechos Humanos en las Américas (CIDH).²¹

21. La Resolución n.º 01/2020 de la CIDH, en su parte resolutive (n.º 3, incisos f y g), indica que los Estados deben orientar sus acciones de acuerdo con principios y obligaciones generales, tales como: en medidas

Además de todos los inconvenientes antes mencionados, dos días después de la emisión del citado decreto en relación con Venezuela, se publicó la Ordenanza n.º 125 del 19/03/2020, aplicando la misma restricción a otros países limítrofes con Brasil (Argentina, Bolivia, Colombia, Guayana Francesa, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam). La Ordenanza n.º 120/2020 fue derogada por la Ordenanza n.º 158 del 31/03/2020, que repitió su contenido original. A partir de la publicación de la Ordenanza n.º 204/2020, la disposición de restricción de entrada a Brasil comenzó a afectar a todos los extranjeros, independientemente del país de origen.

La Ordenanza n.º 204/2020 (contenido repetido en las Ordenanzas n.º 255 y 319) tenía una disposición que permitía la entrada al territorio de un inmigrante con residencia permanente por un período fijo o indefinido en territorio brasileño; el cónyuge, pareja, hijo, padre o tutor extranjero de un brasileño y titular de un Registro Nacional de Migración, sin embargo, esta condición fue eximida para los extranjeros provenientes de la República Bolivariana de Venezuela por vía terrestre y fluvial, sin justificación alguna que sustente esta diferenciación en el tratamiento.

En la Ordenanza n.º 340/2020 (repetida en las Ordenanzas n.º 01, 419, 456, 470, 478, 518 y 615) se modifica un poco el contenido de la Ordenanza n.º 204/2020 (repetida en las Ordenanzas n.º 255 y 319) en su disposición, pero mantiene la misma restricción para los extranjeros de la República Bolivariana de Venezuela, incluyendo una disposición que no aplica al tráfico de residentes fronterizos en ciudades gemelas, previa presentación de un documento de residente fronterizo u otra acreditación, siempre que la reciprocidad esté garantizada en el trato de los brasileños por parte del país vecino, aquello, sin embargo, no es aplicable en el caso de ciudadanos venezolanos.

Se produce un nuevo cambio de contenido en la Ordenanza n.º 630/2020, que exige que tanto brasileños como extranjeros provenientes del exterior por vía aérea realicen un examen que acredite la realización de una prueba de laboratorio (RT-PCR) para detectar la infección por SARS-CoV-2, con resultado negativo/no reactivo, realizado 72 horas antes de la entrada. La Ordenanza n.º 648/2020 repite el mismo requisito mencionado anteriormente e impide el ingreso de aeronaves del Reino Unido para evitar la propagación de la nueva variante del virus de este país. Sin embargo,

que restrinjan derechos o garantías, deben ajustarse a los principios de *pro persona*, proporcionalidad y temporalidad y al propósito del estricto cumplimiento de los objetivos de salud pública y la plena protección. Y, en caso de suspensión de derechos, cumplir con los requisitos de legalidad, necesidad, proporcionalidad y temporalidad, para evitar estados de excepción o emergencia ilegales, abusivos y desproporcionados “que causen violaciones de los derechos humanos o afecten el sistema democrático de gobierno”.

mantiene la misma restricción mencionada anteriormente para los extranjeros de la República Bolivariana de Venezuela, aunque no por razones claras de salud.

Así, Brasil ha dejado de lado, al menos momentáneamente, su tradición de recepción y, en lugar de implementar medidas de prevención y atención a la llegada a la frontera (por ejemplo: requisito de presentar resultados negativos de pruebas para COVID-19, cuarentena obligatoria en la llegada, etc.), la medida tomada por el gobierno federal fue la imposición de restricciones de entrada seguida en otras ordenanzas que ampliaron las limitaciones de entrada a Brasil, ya sea por tierra, agua o aire, a personas de otros países vecinos, y culminó con el cierre total de entrada de extranjeros al territorio brasileño durante un período determinado (ver tabla 1), siendo aún más drástica única y exclusivamente para los venezolanos.

El ingreso por vía aérea se retomó a partir de la emisión de la Ordenanza n.º 01 del 29/07/2020 para reactivar el turismo nacional, aunque la Ordenanza aún mantenía restricciones al ingreso de personas que llegaran por tierra y agua de Venezuela.

Además, sin excepción, todas las ordenanzas que establecen restricciones a la entrada de extranjeros en Brasil durante la pandemia mencionan la misma sanción por incumplimiento (responsabilidad civil, administrativa y penal del agente infractor; y la deportación inmediata del agente infractor y la inhabilitación de una solicitud de refugio), una tras otra, configurando una medida restrictiva indebida, ya que atenta contra las normas nacionales (Ley n.º 9.474/97) y las notas y normas internacionales (Convención de Ginebra de 1951 - Estatuto de los Refugiados).

Finalmente, las sucesivas ordenanzas tienen un carácter sancionador/punitivo desproporcionado cuando prevén la inhabilitación de las solicitudes de asilo, como medida de restricción de entrada al país de extranjeros según lo dispuesto en la Ley n.º 9.474/97 y en el Convenio de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, que contiene otros problemas relacionados con el reingreso de inmigrantes que actualmente residen en Brasil, regularizados o no —hay un uso indebido de la terminología “residencia permanente” no utilizada en la legislación brasileña que trata de asuntos migratorios, dejando la interpretación de la entrada en la frontera al agente fronterizo en los casos provisionales y temporales de permiso de residencia—; sanción de deportación inmediata sin seguir la disposición sobre el debido proceso administrativo aplicable a estos casos; abriéndose a la hipótesis de deportaciones colectivas (práctica prohibida por la Ley de Migración - Ley n.º 13.445/17) y además viola el principio de no penalización de la inmigración al prever la “responsabilidad penal” del agente infractor (solo la Ley de Migración prevé una infracción sujeta administrativamente a una multa y otras sanciones administrativas, pero nunca a la “responsabilidad penal” del inmigrante).

Tabla 1. Ordenanzas federales brasileñas sobre restricciones excepcionales y temporales a la entrada al país de extranjeros

Ordenanza	Tipo de restricciones	Países de origen de los extranjeros	Plazo de la restricción	Situación
N.º 120 de 17/03/2020	Entrada por tierra	Venezuela	15 días	Derogada por la Ordenanza n.º 158 de 31/03/2020
N.º 125 de 19/03/2020	Entrada por tierra	Argentina, Bolivia, Colombia, Guyana Francesa, Guyana, Paraguay, Perú, Suriname.	15 días	Derogada por la Ordenanza n.º 08 de 02/04/2020
N.º 126 de 19/03/2020	Entrada por aire	China; miembros da la Unión Europea; Islandia, Noruega, Suíça, Reino Unido; Australia; Japón; Malasia; Corea del Sur.	30 días	Derogada por la Ordenanza n.º 133 de 23/03/2020.
N.º 132 de 22/03/2020	Entrada por tierra	Uruguay	30 días	Derogada por la Ordenanza n.º 204 de 29/04/2020
N.º 133 de 23/03/2020	Entrada por aire	China; membros da União Europeia; Islândia, Noruega, Suíça, Reino Unido; Australia; Japón; Malasia; Corea del Sur.	30 días	Derogada por la Ordenanza n.º 152 de 27/03/2020
N.º 152 de 27/03/2020	Entrada por aire	Todas las nacionalidades	30 días	Derogada por la Ordenanza n.º 203 de 28/04/2020
N.º 158 de 31/03/2020	Entrada por tierra	Venezuela	30 días	Derogada por la Ordenanza n.º 204 de 29/04/2020
N.º 08 de 02/04/2020	Entrada por tierra	Argentina, Bolivia, Colombia, Guyana Francesa, Guyana, Paraguay, Perú, Suriname.	30 días	Derogada por la Ordenanza n.º 204 de 29/04/2020
N.º 195 de 20/04/2020	Entrada por tierra	Uruguay	30 días	Prorrogó plazo de la Ordenanza n.º 132 de 22/03/2020.
N.º 203 de 28/04/2020	Entrada por aire	Todas las nacionalidades	30 días	Derogada por la Ordenanza n.º 255 de 22/05/2020
N.º 204 de 29/04/2020	Entrada por tierra	Todas las nacionalidades ¹	30 días	Derogada por la Ordenanza n.º 255 de 22/05/2020
N.º 255 de 22/05/2020	Entrada aérea, terrestre y acuática	Todas las nacionalidades ²	30 días	Derogada a por la Ordenanza n.º 340 de 30/06/2020

Ordenanza	Tipo de restricciones	Países de origen de los extranjeros	Plazo de la restricción	Situación
N.º 319 de 20/05/2020	Entrada aérea, terrestre y acuática	Todas las nacionalidades ³	15 días	Prorrogó el plazo de la Ordenanza n.º 255 de 22/05/2020
N.º 340 de 30/06/2020	Entrada aérea, terrestre y acuática	Todas las nacionalidades ⁴	30 días	Derogada por la Ordenanza n.º 1 de 29/07/2020
N.º 1 de 29/07/2020	Entrada aérea, terrestre y acuática	Todas las nacionalidades	30 días	Derogada por la Ordenanza n.º 419 de 26/08/2020
N.º 419 de 26/08/2020	Entrada aérea, terrestre y acuática	Todas las nacionalidades	30 días	Derogada por la Ordenanza n.º 456 de 24/09/2020
N.º 456 de 24/09/2020	Entrada aérea, terrestre y acuática	Todas las nacionalidades	30 días	Derogada por la Ordenanza n.º 470 de 02/10/2020
N.º 470 de 02/10/2020	Entrada aérea, terrestre y acuática	Todas las nacionalidades	30 días	Derogada por la Ordenanza n.º 478 de 14/10/2020
N.º 478 de 14/10/2020	Entrada aérea, terrestre y acuática	Todas las nacionalidades	30 días	Derogada por la Ordenanza n.º 518 de 12/11/2020
N.º 518 de 12/11/2020	Entrada aérea, terrestre y acuática	Todas las nacionalidades	30 días	Derogada por la Ordenanza n.º 615 de 12/11/2020
N.º 615 de 11/12/2020	Entrada aérea, terrestre y acuática	Todas las nacionalidades	7 días	Derogada por la Ordenanza n.º 630 de 17/12/2020
N.º 630 de 17/12/2020	Entrada aérea, terrestre y acuática (condicionada)	Todas las nacionalidades ⁵	No informa	Derogada por la Ordenanza n.º 648 de 23/12/2020
N.º 648 de 23/12/2020	Entrada aérea, terrestre y acuática (condicionada)	Todas las nacionalidades	No informa	Vigente (jan/2021). ⁶

- Art. 4. La restricción a que se refiere esta Ordenanza no se aplica a: II. inmigrante con residencia permanente, por tiempo fijo o indefinido, en territorio brasileño;
V. Extranjero:
 - cónyuge, pareja, hijo, padre o tutor de un brasileño;
 - titular de un Registro Nacional de Migraciones.
 § 3 Las hipótesis tratadas en el ítem II y los ítems “a” y “c” del ítem V del capot no se aplican a los extranjeros de la República Bolivariana de Venezuela.
- La misma proposición indicada en la nota 21, solo aparece como §5, art. 4 de la Ordenanza n.º 255: Las hipótesis tratadas en el inciso II y los incisos “a” y “c” del inciso VI del capot no se aplican a los extranjeros de la República Bolivariana de Venezuela.
- Misma proposición indicada en la nota 22.
- Art. 3, § 6 En caso de ingreso al país por carretera, otro transporte terrestre o fluvial, las excepciones previstas en el inciso II y los incisos “a” y “c” del inciso VI del capot no se aplican a los extranjeros. de la

República Bolivariana de Venezuela. Art. 4. Las restricciones a que se refiere esta Ordenanza no impiden: [...] II. El tráfico de residentes fronterizos en ciudades gemelas, previa presentación de un documento de residente fronterizo u otro documento acreditativo, siempre que se garantice la reciprocidad en el tratamiento de brasileños por el país vecino; y [...] Párrafo único. Las disposiciones del inciso II del capot no se aplican a la frontera con la República Bolivariana de Venezuela.

Esta disposición de la Ordenanza n.º 340 se repite en las Ordenanzas: n.º 1, n.º 419, n.º 456, n.º 470, n.º 478, n.º 518, n.º 615 y n.º 630.

5. Esta Ordenanza incluyó el siguiente requisito en el Artículo 7: Las restricciones a que se refiere esta Ordenanza no impiden que los extranjeros ingresen al país por el aire, siempre que se cumplan los requisitos migratorios adecuados a su condición, incluido el requisito de portar una visa de entrada, cuando así lo requiera el ordenamiento jurídico brasileño. § 1 El viajero de origen internacional, brasileño o extranjero, debe presentar a la aerolínea responsable del vuelo, antes de embarcar:
 - I. Documento que acredite la realización de una prueba de laboratorio (RT-PCR), para cribado de infección por SARS-CoV-2, con resultado negativo / no reactivo, realizada 72 horas antes del momento del embarque; y
 - II. Declaración de Salud del Viajero (DSV) cumplimentada (impresa o digitalmente) con el acuerdo sobre las medidas de salud que deben cumplirse durante el período en el que se encuentre en el país. Este dispositivo se repite en la Ordenanza n.º 648.
6. La investigación solo estudió las ordenanzas emitidas en 2020.

Fuente y elaboración propias.

En resumen, algunas disposiciones de las ordenanzas adolecen de nulidad calificada, por ser ilegales, inconstitucionales y no convencionales.²² Todo esto se ve reforzado por el trato diferenciado y discriminatorio con los venezolanos, salvo en varias situaciones descritas en las ordenanzas que violan tanto las leyes de inmigración y refugiados vigentes en Brasil, como los acuerdos internacionales suscritos por el país.

A pesar de que las emergencias sanitarias establecen factores legítimos de restricciones a la movilidad internacional, estas no crean una licencia para adoptar medidas no convencionales, abusivas, y sin fundamento en estudios científicos. El Reglamento Sanitario Internacional, que vincula a los 196 estados miembros de la OMS, tiene como objetivo reducir el riesgo de propagación de enfermedades, reduciendo las interrupciones en los viajes y el comercio, respetando la dignidad, derechos humanos y libertades fundamentales de las personas durante las crisis de salud pública,²³ de igual

22. Thiago Oliveira Moreira. “A (In)convencionalidade da política migratória brasileira diante da pandemia do COVID-19”, en Rosana Baeninger, Luis Renato Nandy Vedovato (coord.), Catarina Von Zuben, Luis Felipe Magalhães, Paolo Parise, Natália Demetrio, Joice Domenicone (org.), *Migrações internacionais e a pandemia de COVID-19* (Campinas: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó”, NEPO/UNICAMP, 2020), 280.

23. Reglamento Sanitario Internacional, WHA 58.3, 2.ª ed. Ginebra: Organización Mundial de la Salud.- Art. 2.- Propósito y alcance.- El propósito y alcance de este Reglamento es prevenir, proteger, controlar y brindar una respuesta de salud pública a la propagación internacional de enfermedades de manera acorde con los riesgos para la salud pública y restringidos a ellos, y que eviten interferencias innecesarias con el tráfico y el comercio internacionales.

manera la necesidad de tratar viajeros con cortesía y respeto; tomar en perspectiva las cuestiones étnicas, religiosas, socioculturales y de género; proveer las necesidades básicas de la vida; comunicación adecuada mientras continúa la aplicación de medidas sanitarias; y no discriminación.

Aunque la incorporación de los derechos humanos en las respuestas de salud pública en situaciones epidémicas no es fácil, ya que, a lo largo de los siglos, la salud pública ha evolucionado a base de la coacción, compulsión y restricción, no ajustándose espontáneamente a las exigencias del respeto a los derechos humanos. Con el tiempo, esto significa un esfuerzo adicional para ajustar las medidas de salud pública a los dictados de los derechos humanos.

Si es un hecho que la mayoría de los países cuentan con regulaciones (y en ocasiones interpretaciones de disposiciones constitucionales) que permiten derogaciones o limitaciones de derechos en tiempos de crisis de salud pública y/o emergencia nacional, también es necesario considerar que estas medidas deben ser necesarias, proporcionales y razonablemente relacionadas con los fines públicos legítimos que pretenden perseguir, bajo pena de comprometer los resultados deseados, y estos solo deben durar el tiempo estrictamente indicado para proteger la salud pública, e incluso volver a la normalidad diaria (uso adecuado en el tiempo y espacio).

Así, las restricciones o limitaciones a la movilidad humana deben cumplir con la normativa internacional y nacional que proteja a los extranjeros en general, a los inmigrantes, a los solicitantes de asilo y refugiados incluso durante una crisis de salud de proporciones globales. Aun si se justifica el temor a la multiplicación de casos, y de manera exponencial la propagación de la circulación del virus, cualquier restricción incluido el cierre de fronteras no será un recurso mal utilizado o una excusa para promover y asegurar las fronteras.²⁴

El escenario de la pandemia COVID-19 se ha utilizado en Brasil como una excusa para ahuyentar a los extranjeros considerados “indeseables” por el gobierno brasileño,

Art. 3.- Principios 1.- La implementación del presente Reglamento se hará con pleno respeto de la dignidad, los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas.

24. La violación de los derechos humanos de las personas en situación de movilidad y la seguridad de las fronteras brasileñas durante la pandemia puede ser confirmada por el aumento de las deportaciones, como se observa: “en Brasil los casos de deportaciones aumentaron en un 5708%; En 2020, 2901 personas fueron deportadas en comparación con 36 personas en 2019, afectando principalmente a personas de Bolivia y Venezuela, como ejemplo de la deportación colectiva de 196 bolivianos que ingresaron por Mato Grosso, bajo el fundamento de la irregularidad migratoria, así como el desalojo a 70 venezolanos, en su mayoría mujeres, que se encontraron viviendo en una iglesia en Pacaraima, y que fueron amenazados con ser deportados por aglomeraciones”. Renata Rossi, *Violaciones a los derechos humanos de migrantes y refugiados en el contexto de una pandemia denunciada ante la CIDH*. Renata Rossi (26/03/2021), <https://bit.ly/3cQ8aqU>.

especialmente los ciudadanos de Venezuela. Las fronteras están actualmente abiertas a la entrada por aire, pero permanecen militarizadas en el espacio terrestre. La militarización de las fronteras en materia de seguridad pública, salud, y control migratorio resulta en la vulnerabilidad de los derechos humanos de las personas en situación de movilidad. La revisión de la política migratoria desde 2017 avanza hacia el resurgimiento de los problemas de securitización fronteriza, ahora justificados por razones sanitarias no siempre sustentadas en el conocimiento científico, basado en la punición, como se observa en las ordenanzas emitidas en 2020 por el gobierno federal sobre las restricciones al régimen de entrada de extranjeros en Brasil durante la pandemia.²⁵

El problema antes mencionado de las violaciones de derechos humanos también revela que las situaciones de salud no traen meras conexiones ocasionales entre los derechos humanos y la salud pública, sino que existe una inseparabilidad intrínseca entre estos horizontes, especialmente notada durante las crisis de salud de proporciones pandémicas. Por tanto, los estados de emergencia sanitaria deben seguir el marco establecido en las normas internacionales y nacionales para no comprometer los derechos humanos de las personas en situación de movilidad, ni servir de pretexto para una extensión indebida de los poderes de gobierno.

CONCLUSIONES

En medio del convulsionado momento provocado por la pandemia COVID-19 es necesario apostar aún más por la democracia, la centralidad de los derechos humanos en el debate de salud pública, y evitar posibles contramedidas en las conquistas de derechos en el escenario global y nacional. Por tanto, es necesario reforzar la importancia de una producción normativa epidemiológica construida sobre una base democrática de derechos humanos, y que responda a los supuestos de abstracción y generalidad, rompiendo con la práctica de producciones normativas autoritarias, punitivas, casuísticas, de emergencia y fragmentadas en múltiples documentos. La actual crisis de salud requiere una acción concertada y estratégica, no solo reactiva.

25. Renata Rossi, consultora de protección del Centro de Derechos Humanos y Ciudadanía de los Migrantes (CDHIC), dice que las políticas migratorias actuales en los países sudamericanos son restrictivas, están en un contexto de atraso, xenofobia y discriminación, están sujetas a patrones de violaciones de derechos humanos de migrantes y refugiados. Respecto a las ordenanzas, indica que “bajo estas medidas se han llevado a cabo deportaciones colectivas y retornos de solicitantes de asilo y la existencia de discriminación ‘adicional e infundada’ contra ciudadanos venezolanos”. Renata Rossi, “Derechos de migrantes y refugiados en el contexto de pandemias denunciadas ante la CIDH” (26 de marzo de 2021), <https://bit.ly/3cQ8aqU>.

La situación de pandemia justifica por razones de salud pública la restricción e incluso la suspensión de ciertos derechos. Sin embargo, las restricciones o suspensiones de derechos están sujetas a los límites impuestos por la CIDH, y por las recomendaciones contenidas en sus documentos, que, si bien no son vinculantes, contienen elementos importantes para orientar la acción de los estados, como la Resolución n.º 01/2020 de la CIDH. Si la observancia de tales límites no es intransigible por parte de los estados, el COVID-19 podría representar una amenaza para la salud mundial y los derechos humanos.

Teniendo en cuenta estos desafíos, es fundamental seguir los lineamientos emitidos por la OMS, entre los que destaca la referencia a la no restricción de viajes y comercio internacional, y la recomendación de que cualquier medida restrictiva debe basarse en evidencia científica. Debe evitarse cualquier contaminación del contenido técnico por sesgos políticos, a fin de perfilar una práctica que concilie las acciones de respuesta a la crisis sanitaria de COVID-19 con los derechos humanos, especialmente de las personas en situación de movilidad.

En este momento de crisis sanitaria sin precedentes, la interpretación de las fronteras como muros seguros, fortificados y supuestamente infranqueables debe convertirse en una visión de las fronteras como lugares de tránsito regulado del flujo de personas, a base de los parámetros de los derechos humanos y los valores de solidaridad y justicia social.

La seguridad de las fronteras durante la pandemia o aprovecharla para replegarse en una política de acogida representa un problema en materia de derechos humanos, contamina las medidas tomadas y resulta ineficaz para contener la inmigración, que seguirá caminos y medios con mayor vulnerabilidad para personas en situación de movilidad.

En Brasil, un caso de violación de los derechos humanos se puede vislumbrar en sucesivas ordenanzas administrativas emitidas con restricciones al ingreso de extranjeros por tierra, agua o aire al país, ya que promueven un cierre selectivo de fronteras y se basan en una premisa sancionadora desproporcionada en términos de restricción de los derechos humanos, especialmente cuando prevén la inhabilitación de las solicitudes de asilo, según lo dispuesto en la Ley n.º 9.474/97 y la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y que también contiene otros problemas a la sanción de deportación inmediata sin seguir las disposiciones sobre el debido proceso administrativo aplicable a estos casos; apertura a la hipótesis de deportaciones colectivas (práctica prohibida por la Ley de Migración - Ley n.º 13.445/17), y también a la vulneración del principio de no penalización de la inmigración por proposición de “responsabilidad penal” del agente infractor (la Ley de Migración solo establece la infracción administrativa sujeta a multas y otras sanciones administrativas, pero nunca a la “responsabilidad penal” del inmigrante).

En términos generales, las singularidades deben orientar el análisis de las realidades en la frontera y las medidas tomadas para contener el coronavirus. Sin embargo, por sí solo, el cierre no contribuye necesariamente a la mejora de las condiciones de seguridad. En el caso brasileño, las restricciones al ingreso de extranjeros no arrojaron los resultados esperados, principalmente por la falta de medidas complementarias sanitarias y de seguridad pública dentro del territorio nacional. Aunque ha logrado reducir el flujo transfronterizo de personas y vehículos, no lo ha hecho de una manera que suprima significativamente los vectores de la enfermedad y ni siquiera ha servido para frenar los delitos transfronterizos, que ahora se llevan a cabo en rutas alternativas.

Las medidas normativas adoptadas por el Estado brasileño en relación a la restricción de la movilidad, en cuanto al ingreso de población extranjera a su territorio, son comunes con varias de las disposiciones implementadas en los diversos países de la región, en donde debido a diversos factores: políticos (falta de políticas públicas sanitarias eficientes para controlar y combatir la pandemia), económicos (crisis económica global), y sociales (medidas de aislamiento obligatorio), se han restringido de forma desproporcional e injustificada ciertos derechos de la población, tornándose incluso varias medidas en discriminatorias, pues son dirigidas a un determinado sector poblacional de la región como los ciudadanos venezolanos, lo cual permea los derechos humanos de estas personas en situación de movilidad y debilita un proceso de integración profundo.

Por ello, el estudio buscó demostrar que las medidas tomadas en tiempos de crisis de salud deben tomar en cuenta las construcciones consolidadas en salud y derechos humanos, buscando articular esfuerzos a nivel nacional e internacional, sin perder de vista la centralidad de los derechos humanos y la construcción de respuestas democráticas para lograr mejor sus propósitos.

Las perspectivas pospandémicas mostrarán su carácter pedagógico si aprendemos la lección de que la salud y los derechos humanos son inseparables y juntos contribuyen a la afirmación democrática de una sociedad. Finalmente, el momento demanda responsabilidad personal y colectiva ante los desafíos, la formación de redes de solidaridad y el compromiso de seguir las recomendaciones de los organismos internacionales y nacionales para la prevención y reducción de la propagación del coronavirus en alianza con los postulados de la humanidad en derechos referentes a la movilidad humana, sin instrumentalizar la pandemia para promover y/o impulsar políticas de seguridad de las fronteras atentatorias a los derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

“ACNUR Fechamento de fronteira dos países não pode bloquear direito de solicitar refúgio”, comunicado alto-comissário da ONU para os refugiados. <https://nacoesunidas.org/acnur-fechamento-de-fronteiras-dos-paises-nao-pode-bloquear-direito-de-solicitar-refugio/>.

Agamben, Giorgio, *Estado de excepción*. São Paulo: Boitempo, 2004.

—. “El estado de excepción provocado por una emergencia desmotivada”. 22 de noviembre de 2020. <https://12th.short.gy/33fMri>.

Alfonso, Haroldo Dilla, “Las Fronteras, Los Paredes y sus Agujeros”. *Nueva Sociedad*, n.º 289 (2020): 37-48.

Bachelet, Michelle. “Coronavirus: los derechos humanos deben estar en el centro de la respuesta”. 17 de marzo de 2020. <https://bit.ly/3vBI15J>.

Brasil. Ley 13.979, 6 de febrero de 2020a. Prevé medidas para afrontar la emergencia de salud pública de importancia internacional derivada del coronavirus responsable del brote de 2019. <https://bit.ly/3q7biEn>.

—. Ordenanza 120, 17 de marzo de 2020b. <https://bit.ly/3wFsLWM>.

—. Ordenanza 125, 19 de marzo de 2020c. <https://bit.ly/3gCnCbk>.

—. Ordenanza 126, 19 de marzo de 2020d. <https://bit.ly/3iRubtk>.

—. Ordenanza 132, 23 de marzo de 2020e. <https://bit.ly/3wwLt2V>.

—. Ordenanza 133, 23 de marzo de 2020f. <https://bit.ly/3vBIpRJ>.

—. Ordenanza 152, 27 de marzo de 2020g. <https://bit.ly/3gGfWWZ>.

—. Ordenanza 158, 31 de marzo de 2020h. <https://bit.ly/3gGfWWZ>.

—. Ordenanza 08, 4 de febrero de 2020i. <https://bit.ly/3gGfWWZ>.

—. Ordenanza 195, 20 de abril de 2020j. <https://bit.ly/3gGfWWZ>.

—. Ordenanza 203, 28 de abril de 2020k. <https://bit.ly/3gGfWWZ>.

—. Ordenanza 204, 29 de abril de 2020l. <https://bit.ly/3gGfWWZ>.

—. Ordenanza 255, 22 de mayo de 2020m. <https://bit.ly/3gGfWWZ>.

—. Ordenanza 319, 20 de mayo de 2020n. <https://bit.ly/3gGfWWZ>.

—. Ordenanza 340, 30 de junio de 2020o. <https://bit.ly/3gGfWWZ>.

—. Ordenanza 01, 29 de julio de 2020p. <https://bit.ly/3gGfWWZ>.

—. Ordenanza 419, 26 de agosto de 2020q. <https://bit.ly/3gGfWWZ>.

—. Ordenanza 456, 26 de agosto de 2020r. <https://bit.ly/3gGfWWZ>.

—. Ordenanza 470, 10 de febrero de 2020s. <https://bit.ly/3gGfWWZ>.

—. Ordenanza 478, 14 de octubre de 2020t. <https://bit.ly/3gGfWWZ>.

—. Ordenanza 518, 11 de diciembre de 2020u. <https://bit.ly/3gGfWWZ>.

—. Ordenanza 615, 12 de noviembre de 2020v. <https://bit.ly/3gGfWWZ>.

—. Ordenanza 630, 17 de diciembre de 2020x. <https://bit.ly/3gGfWWZ>.

- . Ordenanza 648, 23 de diciembre de 2020w. <https://bit.ly/3gGfWWZ>.
- Casara, Rubens. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*, 5.^a. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2017.
- Castells, Manuel. *Ruptura*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- Castro, Mariana. “Militarização e Necropolítica da Fronteira: as respostas do Brasil à crescente migração venezuelana”. *Mural Internacional*, n.º 11 (2020): 2-15. doi:10.12957/rmi.2020.48787.
- Concha, Nanette Liberona. “Fronteras y movilidad humana en América Latina”. *Nueva Sociedad*, n.º 289 (2020): 49-58.
- “Crise migratória venezuelana no Brasil”. <https://www.unicef.org/brazil/crise-migratoria-venezuelana-no-brasil>.
- Crouch, Colin. *Post-Democracy*. Cambridge: Polity, 2017.
- Figueira, Rickson Rios, y Júlia Petek de Figueiredo. “A pandemia de COVID-19 e seus impactos sobre a Operação Acolhida e a gestão da imigração venezuelana em Roraima”. En Rosana Baeninger, Luis Renato Nandy Vedovato (coord.), Catarina Von Zuben, Luís Felipe Magalhães, Paolo Parise, Natália Demétrio, Joice Domenicone (org.), *Migrações internacionais e a pandemia de COVID-19*. Campinas: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” (NEPO/UNICAMP), 2020.
- Frankenberg, Günter. *Técnicas de Estado*. São Paulo: UNESP, 2018.
- Han, Byung-Chul. “La emergencia viral y el mundo de mañana”. En Giorgio Agamben, Slavoj Žizek, Jean Luc Nancy, Franco “Bifo” Berardi, Santiago López Petit, Judith Butler, Alain Badiou, David Harvey, Byung-Chul Han, Raúl Zibechi, María Galindo, Markus Gabriel, Gustavo Yañez González, Patricia Manrique y Paul B. Preciado, *Sopa de Wuhan: pensamiento contemporáneo en tempos de pandemias*. ASPO, 2020. <https://www3.unicentro.br/defil/wp-content/uploads/sites/67/2020/05/Sopa-de-Wuhan-ASPO.pdf>.
- Levitsky, Steven, y Daniel Ziblatt. *Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- Londoño Niño, Edgar Andrés. “Migração, Cidades e Fronteiras: a Migração Venezuelana nas Cidades Fronteiriças do Brasil e da Colômbia”. *Espaço Aberto* 10, n.º 1 (2020): 51-67. doi:10.36403/espacoaberto.2020.29956.
- Martino, Andressa Alves, y Julia Bertino Moreira. “A política migratória brasileira para venezuelanos: do “Rótulo” da autorização de residência temporária ao do refúgio (2017-2019)”. *REMHU, Revista Interdisciplinar de Mobilidade Humana* 28, n.º 60 (2020): 151-66.
- Moreira, Thiago Oliveira. “A (In)convencionalidade da política migratória brasileira diante da pandemia do COVID-19”. En Rosana Baeninger, Luis Renato Nandy Vedovato (coord.), Catarina Von Zuben, Luís Felipe Magalhães, Paolo Parise, Natália Demétrio, Joice Domenicone (org.), *Migrações internacionais e a pandemia de COVID-19*. Campinas: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” (NEPO/UNICAMP), 2020.
- Mounk, Yascha. *O povo contra a democracia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- Nancy, Jean-Luc. “Paradoxia epidêmica: Eccezione virale”. *Antinomie*. 27 de febrero de 2020. <https://antinomie.it/index.php/2020/03/12/la-comunita-degli-abbandonati/>.

- Pécoud, Antoine, y Paul Guchteneire. “International Migration, Border Controls and Human Rights”. *Journal of Borderlands Studies* 21, n.º 1 (2006): 69-86.
- Peixoto, João. “Da era das migrações ao declínio das migrações? A transição para a mobilidade revisitada”. *REMHU, Revista Interdisciplinar de Mobilidade Humana* 27, n.º 57 (2019): 141-58.
- Rocha, Gustavo do Vale, y Natália Vilar Pinto Ribeiro. “Fluxo migratório venezuelano no Brasil: análise e estratégias”. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília 20, n.º 122 (2018-2019): 541ss. <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2018v20e122-1820>.
- Rossi, Renata. *Violaciones de los derechos humanos de los migrantes y refugiados en el contexto de pandemia fueron denunciadas ante la CIDH*. Renata Rossi (26 de marzo de 2021). <https://www.examenonvenezuela.com/migracion-y-refugio/violaciones-de-los-derechos-humanos-de-los-migrantes-y-refugiados-en-el-contexto-de-pandemia-fueron-denunciadas-ante-la-cidh>.
- Ruciman, David. *Como a democracia chega ao fim*. São Paulo: Todavia, 2018.
- Santos, Boaventura de Souza. *A cruel pedagogia do vírus*. Coimbra: Almedina, 2020.
- Vaz, Alcides Costa, y Maurício Kenyatta Barros da Costa. *A segurança das fronteiras brasileiras na pandemia da COVID-19*. 20 de mayo de 2021. http://gepsi.unb.br/index.php?option=com_content&view=article&layout=edit&id=75&Itemid=599.
- Uebel, Roberto Rodolfo Georg. “Migração Venezuelana para o Brasil: considerações geopolíticas e fronteiriças sobre a atuação governamental brasileira”. *Aldea Mundo* (Universidad de los Andes) 24, n.º 48 (2019): 69ss.
- Velasco, Juan Carlos. “De muros intransponíveis a fronteiras transitáveis”. *REMHU, Revista Interdisciplinar de Mobilidade Humana* 27, n.º 57 (2019): 159.
- Ventura, Deisy de Freitas Lima, Fernando Mussa Abujamra Aith y Danielle Hanna Rached. “A emergência do novo coronavírus e a ‘lei de quarentena’ no Brasil”. *Revista Direito e Práxis*. Ahead of print. doi:10.1590/2179-8966/2020/49180. <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/49180>.
- . “Mobilidade Humana e saúde global”. *Revista USP*, n.º 107 (2015): 55-64.

Niñez migrante en Colombia: grises del aclamado estatuto temporal de protección

*Migrant Children in Colombia:
Greys of the Applauded Temporary Protection Statute*

Gracy Pelacani

Docente de la Universidad de los Andes

Bogotá, Colombia

g.pelacani@uniandes.edu.co

ORCID: 0000-0002-8801-8752

Artículo de investigación

DOI: <https://doi.org/10.32719/26312484.2022.37.2>

Fecha de recepción: 29 de junio de 2021

Fecha de revisión: 27 de agosto de 2021

Fecha de aceptación: 15 de septiembre de 2021

Fecha de publicación: 3 de enero de 2022

Licencia Creative Commons



RESUMEN

En el presente trabajo se analiza críticamente el enfoque de niñez del Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos adoptado por Colombia en marzo de 2021, para preguntarse si este responde a las necesidades de protección de los niños venezolanos. El Estatuto reconoce que contar con un estatus migratorio regular es un paso previo y necesario para la garantía plena de sus derechos. Por lo tanto, en un primer momento, se considera cómo el Estado colombiano respondió a algunos entre los principales retos de protección de la niñez venezolana en Colombia y se evidencian los vacíos que permanecen en estas actuaciones. Posteriormente, se profundiza en la forma en que el Estatuto pretende garantizar el acceso a un estatus migratorio regular a los niños y, con ello, la protección y garantía de sus derechos. El trabajo concluye que el Estatuto es un avance necesario pero insuficiente para la protección de los derechos de los niños migrantes en Colombia. Esto es así porque sigue perpetuando una visión limitada y sesgada de la migración y promueve la creación de un doble estándar de protección que perjudica a niños de nacionalidades diferentes a la venezolana.

PALABRAS CLAVE: Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos; niñez migrante; política migratoria; regularización migratoria; acceso a derechos; doble estándar; Colombia; Venezuela.

ABSTRACT

This article critically analyses the child rights-based approach of the Temporary Protection Statute for Venezuelan Migrants adopted by Colombia in March 2021, to question if it responds to the protection needs of Venezuelan children. The Statute recognizes that having a regular migratory status is a prior and necessary step for the full guarantee of children rights. Therefore, at first, the study considers how the Colombian State has responded to some of the main protection challenges of Venezuelan children in Colombia and the gaps that remains in the actions undertaken. Then, it delves into the way in which the Temporary Protection Statute aims at granting access to a regular migratory status and the protection of the rights of Venezuelan children in Colombia. This article concludes that the Temporary Protection Status is a necessary but insufficient advance for the protection of migrant children rights. This is so because it perpetuates a limited and biased view of migration and promotes the creation of a double standard of protection that prejudices children of nationalities other than the Venezuelan.

KEYWORDS: Temporary Protection Statute for Venezuelan Migrants; migrant children; migration policy; migratory regularization; access to rights; double standard; Colombia; Venezuela.

FORO

INTRODUCCIÓN

“En el contexto de la migración internacional, los niños pueden encontrarse en una situación de doble vulnerabilidad como niños y como niños afectados por la migración...”¹ Esta será una condición de triple vulnerabilidad, toda vez que ellos, sus padres o representantes legales se encuentran en situación migratoria irregular.² Así las cosas, la inclusión de un enfoque de niñez en las políticas públicas en materia migratoria es una tarea inaplazable para los Estados, en la cual se deberá anteponer a cualquier otra consideración que los niños en situación de movilidad humana son, ante todo, niños. En este sentido, la garantía de sus derechos prevalece y se antepone a los objetivos de control y gestión de la migración.³

En este contexto, el 8 de febrero de 2021, el presidente de la República de Colombia anunció la adopción del Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos (en adelante ETPV o Estatuto).⁴ El Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, Filippo Grandi, que acompañó el anuncio, definió el Estatuto como “el gesto humanitario más importante que se ha hecho en este continente desde 1984, cuando se firmó la Declaración de Cartagena”.⁵ El ETPV busca responder a dos limitantes que, hasta el momento, presentaba la política pública en materia migratoria del Estado colombiano: por un lado, la falta de datos confiables sobre la población migrante de nacionalidad venezolana presente en Colombia, lo cual impacta profundamente en la formulación de la política pública en materia migratoria. Por el otro, el hecho de que más de la mitad de esta población se encuentra en situación migratoria irregular, siendo este el primer obstáculo para la garantía de sus derechos y acceso a servicios básicos.

-
1. ONU, Comité de los Derechos del Niño y Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, *Observación general conjunta núm. 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional*, 16 de noviembre de 2017, CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, párr. 3.
 2. ONU, UNICEF, *La regularización migratoria como condición esencial para la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes en contexto de movilidad humana*, mayo de 2020, 5, <https://uni.cf/3d1ufmB>.
 3. Corte IDH, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, OC 21/14, 19 de agosto de 2014, párrs. 68 y 71.
 4. Colombia, MRE, *Decreto 216 de 2021*, 1 de marzo de 2021. Colombia, UAEMC, *Resolución 0971 de 2021*, 28 de abril de 2021.
 5. Filippo Grandi, “Discurso del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados sobre el nuevo Estatuto de Protección Temporal que Colombia otorgará a los venezolanos y venezolanas en el país”, 8 de febrero de 2021, <https://bit.ly/3j3SMeJ>.

Respecto a los niños migrantes venezolanos, el Estatuto contiene un capítulo específicamente dedicado a ellos. Allí se reconoce que contar con una situación migratoria regular es un paso previo y necesario para su protección integral y para prevenir la vulneración de sus derechos. En el presente trabajo, se parte del análisis de algunos de los mayores retos de protección de la niñez migrante en Colombia, para luego ahondar en el capítulo del Estatuto dedicado a niños y niñas venezolanos. Esto con el fin de preguntarse si este efectivamente responde a sus necesidades de protección y si podría ser un ejemplo para seguir en la región latinoamericana. En particular, se argumentará que el Estatuto representa un avance necesario pero insuficiente en este sentido, en cuanto contribuye a perpetuar una visión limitada y sesgada de la migración, la cual sigue permeando la política pública migratoria del Estado colombiano. Además, promueve la creación de un doble estándar de protección respecto a los niños de nacionalidades diferentes a la venezolana presentes en Colombia, que siguen sometidos al régimen migratorio ordinario. Finalmente, este texto es una invitación a seguir reflexionando sobre los mínimos innegociables de una política pública migratoria con enfoque de niñez, lo cual es una tarea pendiente en la región.

RETOS DE PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ EN SITUACIÓN DE MOVILIDAD HUMANA EN COLOMBIA

Los datos sobre personas migrantes y, todavía más, sobre niños migrantes y refugiados son inadecuados e insuficientes.⁶ Esto, dada su vulnerabilidad y dependencia del Estado, tiene consecuencias de la mayor importancia en el diseño de la política pública y se refleja en la falta o limitación de la protección que reciben.⁷ Aun así, los datos disponibles nos permiten tener una imagen, aun desdibujada, de las dimensiones de la migración de la niñez. En 2015, el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) estimó que había 31 millones de niños y niñas migrantes sobre un total de 224 millones de personas migrantes. Esto significa decir que 1 entre 8 personas migrantes era un menor de edad.⁸ El Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), en 2020, estimó que el 41 % de las personas desplazadas

-
6. ONU, UNICEF, *Uprooted: The Growing Crisis for Refugee and Migrant Children*, septiembre 2016, 15 y 115, <https://bit.ly/2SSMBzs>. Jacqueline Bhabha y Guy Abel, “Children and unsafe migration”, en *World Migration Report 2020*, International Organization for Migration (IOM), 2019, 237.
 7. Ann Singleton, “Data: creating the empirical base for development of child migration policy and protection”, en *Research Handbook on Child Migration*, ed. Jacqueline Bhabha, Jyothi Kanics y Daniel Senovilla Hernández (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018), 334.
 8. ONU, UNICEF, *Uprooted*, 17.

internacionalmente eran niños y que, entre 2018 y 2020, cerca de 1 millón de niños nacieron como personas refugiadas.⁹

Respecto a la población venezolana en particular, según datos de la plataforma de coordinación interagencial para refugiados y migrantes de Venezuela (R4V), cerca de 5,6 millones de nacionales venezolanos han salido de su país. De los 4,6 millones que se encuentran en países de América Latina y el Caribe, 1 700 000 se encuentran en Colombia, siendo este el país de destino de la mayoría de estos nacionales a nivel regional y global.¹⁰ Respecto a los niños, la autoridad migratoria del Estado colombiano —la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia (UAEMC)— estimaba que, al 31 de diciembre de 2020, alrededor de 405 000 niños venezolanos se encontraban en territorio colombiano, lo cual corresponde al 23 % del total de nacionales venezolanos presentes en este país.¹¹

Ya en 2018, cuando se llevó a cabo un primer intento de censar a la población venezolana en situación migratoria irregular presente en Colombia, se evidenció que el 27,4% eran menores de edad.¹² En esta ocasión, se ponía de relieve que el número de los niños venezolanos que habían sido atendidos en el marco de los programas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) había incrementado notablemente desde el año 2015.¹³ Así mismo, se subrayaba que el marco normativo era inadecuado y que las instituciones encargadas de la atención a la población migrante menor de edad carecían de información y conocimiento para responder de forma adecuada a sus necesidades, sobre todo, cuando se trataba de niños no acompañados y en situación migratoria irregular. Así las cosas, se hacía un llamado a la adecuación de las rutas de atención y estrategias para atender a esta población y a la creación de mecanismos para su acceso a una situación migratoria regular.¹⁴

9. ONU, ACNUR, *Tendencias Globales. Desplazamiento Forzado en 2020*, junio 2021, 10-1, <https://bit.ly/3A4UCBW>.

10. ONU, ACNUR y OIM, “Plataforma Regional de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela”, <https://www.r4v.info/es>.

11. Colombia, UAEMC, *Distribución Venezolanos en Colombia corte a 31 de diciembre*, 29 de enero de 2021, <https://bit.ly/3iXZi6F>.

12. Se trata del Registro Administrativo para Migrantes Venezolanos (RAMV) que se realizó entre los meses de abril y junio de 2018. Este registro no consideró quienes ya contaban con un estatus migratorio regular en Colombia y tampoco reportó datos relativos a niños migrantes no acompañados. Colombia, Presidencia de la República, *Decreto 542 de 2018*, 21 de marzo de 2018.

13. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es la entidad del Estado colombiano encargada de velar por los derechos de la población menor de edad presente en territorio colombiano, sin distinción de nacionalidad.

14. Colombia, Consejo Nacional de Política Económica y Social, *Documento CONPES 3950. Estrategia para la atención de la migración desde Venezuela*, 23 de noviembre de 2018, 54.

LA RESPUESTA DEL ESTADO COLOMBIANO ANTE LOS RETOS DE PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS MIGRANTES VENEZOLANOS

El Estado colombiano ha respondido a este llamado con diversas medidas, avanzando, entre otros, respecto a la garantía del derecho a la educación y encontrando dificultades en relación con la garantía del derecho a la salud y la regularización migratoria de los niños migrantes. Claro está que estos son solo algunos entre los aspectos relevantes para comprender la forma en que Colombia ha respondido a los desafíos antes señalados. Sin embargo, se pueden considerar ejemplificativos de los avances, al tiempo que de los obstáculos que todavía permanecen para la protección integral de la niñez migrante venezolana en territorio colombiano.

Respecto a la garantía del derecho a la educación, desde el año 2015, el Estado colombiano ha impulsado el ingreso de los niños de nacionalidad venezolana al sistema educativo. En particular, se ha establecido que deberá garantizarse la educación inicial, preescolar, básica y media a todos los niños procedentes de Venezuela presentes en el territorio. Para ello, no se podrá negar la posibilidad de matricularse a aquellos niños y niñas que no cuenten con un documento de identificación válido en Colombia y se encuentren en situación migratoria irregular.¹⁵ En este sentido, se estableció que la autoridad migratoria se abstendrá de iniciar un procedimiento administrativo sancionatorio en contra de las instituciones educativas que los matriculen, aunque no deja de requerirse que los menores queden registrados en el Sistema de Información para el Reporte de Extranjeros (SIRE) y que los padres se comprometan a regularizar su situación migratoria lo antes posible.¹⁶ Igualmente, se orienta respecto a la convalidación de estudios, a la validación de grados y a las estrategias de permanencia, tales como el transporte escolar y el acceso a los planes de alimentación escolar.¹⁷

A pesar de estos esfuerzos, los retos en materia de acceso y goce del derecho a la educación por parte de esta población permanecen. En 2020 se estimó que 250 000 menores venezolanos no habían ingresado a ninguna institución educativa, lo que

15. Colombia, MEN y UAEMC, *Circular Conjunta 016 de 2018*, 10 de abril de 2018, <https://bit.ly/3xY6B2k>. Véase también, Colombia, Corte Constitucional, “Sentencia”, T-185, 15 de junio de 2021.

16. Esto es problemático a la luz de la recomendación que entre instituciones educativas y autoridades migratorias no haya traspaso de información sobre la población migrante. ONU, Comité de los Derechos del Niño y Comité de los Derechos del Niño los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, *Observación general conjunta núm. 3 (2017)*, párr. 17.

17. Silvia Ruiz Mancera, Lucía Ramírez Bolívar y Valentina Rozo Ángel, *Acceso, promoción y permanencia de niños, niñas y adolescentes migrantes en el sistema educativo colombiano. Avances, retos y recomendaciones* (Bogotá: Editorial Dejusticia, 2020), 42-5, <https://bit.ly/2SqR19O>.

en su momento equivalía a los 2/3 de los niños venezolanos en Colombia.¹⁸ En este sentido, se advierte que la falta de un sustento mínimo que garantice la subsistencia del núcleo familiar, así como los costos indirectos de la educación, inhiben el acceso y la permanencia de los menores en las instituciones educativas.¹⁹ De igual manera, a pesar de haberse eliminado las barreras jurídicas para el acceso, la implementación de las normas es incoherente, lo cual resulta en la imposición de requisitos no previstos y en barreras ulteriores para el acceso y goce del derecho a la educación. Todo ello, aunado al hecho que los niños en situación migratoria irregular no pueden graduarse hasta no regularizar su situación migratoria, así como no pueden acceder a educación superior ni a formación profesional.²⁰

Con relación a la garantía del derecho a la salud, las dificultades experimentadas por los niños migrantes para acceder a una atención integral muestran, de forma inequívoca, cómo la irregularidad migratoria afecta su acceso a derechos y servicios.²¹ En Colombia, a pesar de que la salud es un derecho fundamental para los niños,²² para la persona migrante el tipo de atención en salud al cual tendrá derecho depende de su estatus migratorio. Así, menores y adultos que se encuentren en situación migratoria regular deberán afiliarse al sistema de seguridad social y tendrán derecho a una atención integral en salud. De lo contrario, quienes estén en situación migratoria irregular recibirán únicamente atención básica y de urgencias²³ y accederán a la oferta de salud pública, hasta no regularizar su situación migratoria. De este régimen quedan exceptuados únicamente los recién nacidos, los cuales deberán ser afiliados al sistema de seguridad social independientemente de la situación migratoria

18. ONU, UNESCO, *Derecho a la educación bajo presión. Principales desafíos y acciones transformadoras en la respuesta educativa al flujo migratorio mixto de población venezolana en Colombia*, 2020, 27, <https://bit.ly/3wS38SW>.

19. *Ibid.*, 58. Child Resilience Alliance y UNICEF, *Impacto del flujo migratorio de NNA venezolanos en el sistema educativo colombiano*, 24 de abril de 2020, 9-10, <https://bit.ly/3dsXIpV>.

20. Juan Manuel Amaya-Castro, Carolina Moreno y Gracy Pelacani, *La gestión de la migración en Colombia hoy: propuesta de diálogo para una política pública con enfoque de derechos en educación y salud*, Serie: Informes CEM, Informe n.º 01-2019, agosto de 2019, 25, <https://bit.ly/3qwm1sl>.

21. En este caso se entiende por derecho a la salud no solo la atención en salud sino también el “disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”. ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 14*, 11 de agosto de 2000, E/C.12/2000/4, párr. 9, <https://bit.ly/3zWPhwn>.

22. Colombia, *Constitución Política de la República de Colombia*, Gaceta Constitucional n.º 116, 20 de julio de 1991, art. 44.

23. En la sentencia T-210 de 2018, la Corte Constitucional de Colombia afirmó que la atención en urgencias debe tener un enfoque de derechos humanos y debe ser considerada de manera integral. Colombia, Corte Constitucional, “Sentencia”, T-210, 1 de junio de 2018, s. p.

de los padres, en aplicación del artículo 50 constitucional.²⁴ En este sentido, no sobra recordar que se estima que más de la mitad de la población venezolana en Colombia se encuentra en situación migratoria irregular.²⁵ Además, según datos de la Encuesta de Calidad de Vida de 2019 realizada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, el 76% de los menores de edad migrantes resultó no estar afiliado al sistema de seguridad social.²⁶

Sobre la protección del derecho a la salud de los niños migrantes venezolanos se ha pronunciado en varias ocasiones la Corte Constitucional colombiana, la cual, sobre todo desde 2017, cuenta con una jurisprudencia más extensa y variada en materia migratoria.²⁷ Respecto a los menores migrantes, se trata de casos en los cuales los niños no habían sido afiliados al sistema de seguridad social por su situación migratoria irregular y/o no estaban recibiendo los tratamientos en salud que requerían, porque estos excedían la atención en urgencias. En sus pronunciamientos más recientes sobre este tema, la Corte reiteró que los menores de edad en situación migratoria irregular no deben ser responsabilizados o considerados culpables por los efectos adversos que derivan de esta situación, la cual no depende de ellos.²⁸ Negar la atención en salud con base únicamente en la situación migratoria es desconocer el deber de actuar en garantía del interés superior de los niños. En conclusión, dice la Corte:

el Estado está en la obligación de prestar los servicios de salud a los menores de edad que sufran de algún tipo de afección física y mental y de garantizarles un tratamiento integral, adecuado y especializado conforme a la enfermedad padecida, incluyendo a los niños, niñas y adolescentes migrantes, a pesar de que no se encuentren regularizados en el país y, en consecuencia, no estén vinculados al SGSSS.²⁹

Esta línea jurisprudencial muestra la relación intrínseca y problemática entre la regularidad migratoria y el acceso a derechos para la población migrante y para los niños, en particular. La dificultad o falta de acceso a mecanismos de regularización

24. Colombia, *Constitución Política de la República*, art. 50. Colombia, Ministerio de Salud y Protección Social, *Decreto 780 de 2016*, 6 de mayo de 2018, art. 2.1.3.10.

25. Colombia, UAEMC, *Distribución de Venezolanos en Colombia - Corte 31 de enero de 2021*, 3 de marzo de 2021, <https://bit.ly/3qwvb7R>.

26. Proyecto Migración Venezuela, “Caracterización de la niñez y adolescencia migrante en Colombia”, *Revista Semana*, 23 de abril de 2021, 11, <https://bit.ly/3h4PsgN>.

27. Carolina Moreno V. y Gracy Pelacani, “Corte Constitucional colombiana: ¿un escenario posible para el Experimentalismo Constitucional en materia migratoria?”, *Latin American Law Review*, n.º 05 (2020): 146-7, <https://doi.org/10.29263/lar05.2020.07>.

28. Colombia, Corte Constitucional, “Sentencia”, *T-178*, 6 de mayo de 2019, s. p. Colombia, Corte Constitucional, “Sentencia”, *T-390*, 7 de septiembre de 2020, s. p.

29. Colombia, Corte Constitucional, “Sentencia”, *T-090*, 14 de abril de 2021, s. p.

migratoria se debe a dos razones principales y es precisamente uno de los aspectos donde más se espera que impacte el recién adoptado Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos. La primera razón es la notoria dificultad, cuando no imposibilidad, para los nacionales venezolanos de acceder o renovar documentos oficiales, en particular, el pasaporte.³⁰ La segunda razón está relacionada con los mecanismos de regularización migratoria predispuestos por el Estado colombiano para esta población.

Sobre este segundo aspecto y en línea con una cierta tendencia regional,³¹ Colombia creó en 2017 un permiso *ad hoc* para los nacionales venezolanos, los permisos especiales de permanencia (PEP).³² Para acceder a estos permisos era necesario, en primer lugar, haber ingresado de forma regular a territorio colombiano por un puesto de control migratorio autorizado, sellando el pasaporte.³³ En segundo lugar, se necesitaba estar presente en el territorio a la fecha de publicación de la resolución que creaba o abría nuevos términos para aplicar a este permiso, así como se debía solicitarlo en los términos establecidos por la autoridad.³⁴ No se trataba, por ende, de un mecanismo de regularización permanente, sino que dependía de la voluntad del Gobierno nacional abrir nuevos términos para el acceso, así como para la renovación del permiso.

El PEP, cuya expedición era gratuita, permitía acceder a la oferta institucional en materia de trabajo, educación, salud y atención de niños y adolescentes. Una vez obtenido el permiso, este era válido por un máximo de dos años, debiéndose renovar

30. CIDH, *Resolución 2/18, Migración Forzada de Personas Venezolanas*, 2 de marzo de 2018, <https://bit.ly/3gSBFux>; ONU, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela*, 12 de julio de 2019, A/HRC/41/18.

31. Diego Acosta, Cécile Blouin y Luisa Feline Freier, *La emigración venezolana: respuestas latinoamericanas*, Documentos de trabajo 3/2019, Fundación Carolina, 2019, 8-11, <https://bit.ly/35TLaDw>. Andrew Selee, Jessica Bolter, Betilde Muñoz-Pogossian y Miryam Hazán, *Creatividad dentro de la crisis: opciones legales para migrantes venezolanos en América Latina*, Migration Policy Institute, Organización de Estados Americanos, 31 de enero de 2019, 7-11, <https://bit.ly/3Ack4Fw>.

32. El PEP se creó en 2017 y en seis ocasiones se abrieron nuevos términos para acceder a este permiso y para su renovación. Colombia, MRE, Resolución 5797 de 2017, 25 de julio de 2017. Así mismo, en 2020 se creó un permiso especial de permanencia para el fomento de la formalización (PEPFF) que no requería pasaporte ni haber ingresado regularmente, pero sí ser destinatario de una oferta de trabajo. Colombia, Ministerio del Trabajo, *Decreto 117 de 2020*, 28 de enero de 2020.

33. El pasaporte podía estar vencido hasta por dos años. El 9 de junio de 2021 se expidió una nueva resolución que permite el uso de pasaportes venezolanos vencidos hasta por un término de diez años siguientes a la fecha de vencimiento o de prórroga para ingresar, transitar, permanecer y salir del territorio colombiano, así como para solicitar los permisos pertinentes. Colombia, MRE, *Resolución 2231 de 2021*, 9 de junio de 2021.

34. Se requiere también no tener antecedentes judiciales a nivel nacional e internacional, así como no tener una medida de deportación o expulsión vigente. Colombia, MRE, *Resolución 5797 de 2017*, art. 1.

transcurrido este término. Se trataba de un permiso individual que no permitía extender a otros beneficiarios, como los miembros del núcleo familiar del titular, el acceso a derechos y servicios asociados al PEP o regularizar su situación migratoria. Así mismo, no permitía acumular tiempo de residencia en el país con el fin de acceder a un estatus más estable y permanente.

Así las cosas, no contar con un pasaporte, haber ingresado al territorio fuera de los términos establecidos o no haber solicitado a tiempo el permiso, impedía acceder a él. Para los niños no se preveía ninguna excepción o trato preferencial, imponiéndoles cumplir con los mismos requisitos previstos para la población adulta. A partir del mes de octubre de 2019, el estimado de los nacionales venezolanos en situación migratoria irregular fue mayor al de los que se encontraba en situación migratoria regular. Es en este contexto y para responder a estos desafíos que, en marzo de 2021, se adopta el ETPV.

EL ENFOQUE DE NIÑEZ DEL ESTATUTO TEMPORAL DE PROTECCIÓN PARA MIGRANTES VENEZOLANOS

El Estatuto contempla de forma explícita las necesidades específicas de niños venezolanos en Colombia, exceptuándolos de tener que cumplir con ciertos requisitos previstos para la población adulta y previendo un trato más favorable para ellos en relación con el acceso a un estatus migratorio regular. En especial, el Decreto por medio del cual se adopta el Estatuto y la resolución que lo implementa³⁵ afirman que, con base en las obligaciones internacionales asumidas por Colombia como Estado parte de la Convención de los Derechos del Niño, se deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas o de otro tipo para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención.³⁶ Además, se establece que las disposiciones de la resolución se interpretarán de la forma más favorable para el interés superior y protección integral de niños migrantes. Así mismo, se recuerda que el Código de Infancia y Adolescencia, el principal cuerpo normativo que a nivel nacional establece las medidas de protección de los menores de edad en Colombia, se aplica a todos los niños y adolescentes presentes en el territorio colombiano, independientemente de su nacionalidad y estatus migratorio, de conformidad con el principio de no discriminación.³⁷

35. El título IV de la Resolución 0971 de 2021 que implementa el ETPV está dedicado específicamente a la aplicación del Estatuto a la situación de niños, niñas y adolescentes venezolanos.

36. Colombia, *Ley 12 de 1991*, Diario Oficial n.º 39.640, 22 de enero de 1991.

37. Colombia, *Ley 1098 de 2006*, Diario Oficial n.º 46.446, 8 de noviembre de 2006, art. 4.

En particular, el Estatuto reconoce que la situación migratoria regular es esencial para asegurar una protección integral, la prevención de vulneraciones y la garantía de los derechos a los niños migrantes. En este contexto, se deja claro que los niños no acompañados y separados son especialmente vulnerables. De igual manera, se menciona que para los menores que se encuentran en un proceso administrativo de restablecimiento de derechos (PARD) o en el sistema de responsabilidad penal adolescente (SRPA), es decir, bajo la protección del Estado, es fundamental contar con una situación migratoria regular, con documentos de identificación y con la garantía de poder acceder a todos los servicios del Estado.

Sin embargo, para comprender la forma en que este enfoque diferencial se materializa, es necesario delinear brevemente qué prevé el ETPV. Este se compone de dos elementos: el Registro Único de Migrantes Venezolanos (RUMV o registro), el cual comprende datos de carácter biográfico, demográfico y biométrico, y el Permiso por Protección Temporal (PPT), que se otorgará únicamente a quienes hayan realizado previamente el registro. Para el acceso a ambos se establecen ventanas de tiempo predeterminadas. La persona que no realice el registro o no solicite el permiso dentro de estos términos estará sujeta a los procedimientos administrativos sancionatorios de carácter migratorio a los que haya lugar.

Respecto a los niños, se establece que estos deberán cumplir con alguna de las siguientes condiciones para acceder al registro y al permiso, las cuales son idénticas a las que tiene que cumplir la población adulta. Las condiciones son: encontrarse en situación migratoria regular como titular de un PEP, de un permiso de breve estadía o del documento que comprueba que es solicitante de reconocimiento de la condición de refugiado; demostrar que se encontraba en territorio colombiano en situación migratoria irregular al 31 de enero de 2021; o ingresar de forma regular al territorio en los primeros dos años de vigencia del Estatuto. Así mismo, solo tendrán acceso al registro quienes, sean mayores o menores de edad, se encuentren en territorio colombiano, puedan presentar un documento de identificación vigente o vencido,³⁸ declaren su intención de permanecer temporalmente en Colombia, autoricen la recolección de sus datos³⁹ y aporten prueba sumaria de su presencia en el territorio de forma irregular al 31 de enero de 2021, si este es el caso.

38. Estos son el pasaporte, el acta de nacimiento venezolana, la cédula de ciudadanía venezolana y el permiso especial de permanencia. Colombia, UAEMC, *Resolución 0971 de 2021*, art. 5.

39. Los datos biométricos se recolectarán únicamente respecto a los menores de edad de 7 o más años de edad. La Resolución 0971 establece que los niños bajo protección del Estado y aquellos que no hayan cumplido sus estudios de educación media, pero no hayan podido acceder a su título de bachillero por encontrarse en situación migratoria irregular, serán priorizados para la recolección de sus datos biométricos y para la expedición del PPT. *Ibid.*, art. 33.

Ahora bien, aunque se prevén términos específicos para realizar el registro, para los niños vinculados a un PARD o al SRPA, y para quienes estén matriculados en una institución educativa en los niveles inicial, preescolar, básica y media, el registro podrá realizarse durante toda la vigencia del Decreto que adopta el Estatuto, es decir hasta el mes de mayo de 2031.

El registro de niños y adolescentes lo realizará el padre o la madre, o los otros miembros de su familia o adultos responsables que lo acompañan. Estos deberán aportar el documento de identidad del menor y un documento que da cuenta del parentesco o que otorga el cuidado o custodia del menor. Cuando no se puedan aportar estos documentos, deberá informarse de ello a la autoridad migratoria. Esta, si evidencia una presunta amenaza o vulneración de los derechos del niño, informará a la autoridad administrativa competente —el ICBF— que hará las verificaciones oportunas. De no comprobarse alguna amenaza o vulneración a los derechos del menor, se seguirá con el trámite de registro y otorgamiento del permiso, sin que la falta de los documentos mencionados sea obstáculo para ello, permitiendo de esta forma el acceso al Estatuto a aquellos niños que estén indocumentados. Cuando los menores se encuentren bajo protección del Estado, la autoridad administrativa adelantará el registro, debiendo aportar únicamente copia del documento que da cuenta del ingreso del niño al proceso administrativo, de la medida de internamiento o sanción judicial.

Una vez cumplidas estas condiciones y requisitos, se solicitará el otorgamiento de un PPT a beneficio del niño,⁴⁰ siempre y cuando esté incluido en el registro, no haya sido reconocido como refugiado o tenga una solicitud vigente de protección internacional vigente en otro país.⁴¹ De ser autorizado el permiso, su entrega se hará en las mismas modalidades y tiempos establecidos para la población adulta. Este permiso tendrá una vigencia de diez años y permitirá a su titular estar en situación migratoria regular, acceder al sistema de seguridad social en salud y pensión, acceder a los niveles de educación inicial, preescolar, básica, media y superior y a la formación profesional y ejercer cualquier actividad de ocupación legal, de ser el caso. No sobra añadir que este permiso permite acumular tiempo de residencia en el país para, eventualmente, acceder a una visa como residente, de cumplirse los demás requisitos.

40. Esto es así porque el otorgamiento del permiso es una facultad potestativa y discrecional de la autoridad migratoria. Por ende, el cumplimiento de todos los requisitos previstos no es garantía para su otorgamiento. Colombia, MRE, *Decreto 216 de 2021*, art. 12, párr. 2.

41. A los mayores de edad se les requiere, además, no tener antecedentes penales, anotaciones o procesos administrativos o judiciales en curso en Colombia o en el exterior; no tener en curso investigaciones administrativas migratorias; no tener en su contra medidas de expulsión, deportación o sanción económica vigentes. Colombia, UAEMC, *Resolución 0971 de 2021*, art. 15.

Finalmente, respecto a las causales de cancelación del permiso, en caso de los niños esto ocurrirá únicamente cuando el menor se ausente del territorio nacional por un período superior a los ciento ochenta días calendario continuos. Ni siquiera si comete una infracción al ordenamiento jurídico y por ello ingresa al SRPA se cancelará por ello su permiso. Este aspecto es de extrema relevancia, ya que se determina que un niño o adolescente, por su condición, no puede incurrir en infracción migratoria, su presencia no se podrá considerar inconveniente para el país o un riesgo para la seguridad nacional o ciudadana, así como no podrá ser responsabilizado por falsedades o inconsistencias en los documentos presentados. Todas ellas sí serán causales de cancelación del PPT para los mayores de edad.

NECESARIO, PERO NO SUFICIENTE. CRÍTICAS AL ESTATUTO TEMPORAL DE PROTECCIÓN

El ETPV representa, sin duda, un avance necesario en la política pública migratoria del Estado colombiano respecto a la población venezolana. Sobre todo con relación a la regularización migratoria, el enfoque de niñez que presenta el Estatuto es fundamental para la garantía de los derechos de esta población. Sin embargo, cabe preguntarse si este realmente responde a las necesidades de los niños venezolanos en Colombia. En este sentido, hay por lo menos tres aspectos con base en los cuales se afirma que el ETPV es insuficiente y perpetua una visión sesgada de la migración venezolana en territorio colombiano.

En primer lugar, hay que recordar que el Estatuto presenta un ámbito de aplicación temporal y personal limitados. A pesar de que tenga una vigencia de diez años, se establece que el Gobierno nacional podrá prorrogarlo pero, sobre todo, dar por terminados sus efectos en cualquier momento, con base en sus facultades discrecionales.⁴² Aún más relevante es que excluye de su ámbito de aplicación personal a aquellos niños que hayan ingresado a territorio colombiano de forma irregular después del 31 de enero de 2021, con el objetivo de incentivar la migración regular. Así mismo, excluye a los menores que no puedan demostrar que se encontraban en territorio colombiano de forma irregular a la misma fecha. De esta forma desconoce las razones que obligan esta población al ingreso irregular y que explican su falta de documentación,⁴³ así

42. Gracy Pelacani et al., *Comentarios al proyecto de decreto que crea el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos en Colombia: Hoy más vigentes que nunca ad portas de la reglamentación* (Bogotá D.C.: Universidad de los Andes, 2021), <https://bit.ly/3gZfdjr>.

43. Véase, entre otros, CIDH, *Informe Anual 2019, Capítulo IV: Venezuela*, 24 de febrero de 2020, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 5, párrs. 434 y siguientes.

como perpetúa una visión sesgada e ingenua de la migración irregular, dando paso a la ulterior vulneración de sus derechos. Esta visión ingenua predica que la migración irregular es fruto de una decisión voluntaria y consciente de la persona migrante, la cual deberá, por ende, asumir la responsabilidad del ingreso irregular, como la de ser excluida del Estatuto.⁴⁴ En este sentido, respecto a los niños contraría la posición de la Corte Constitucional, la cual ha sido clara en afirmar que los menores de edad migrantes no deben ser responsabilizados o considerados culpables de su situación de irregularidad migratoria, la cual no depende de ellos. Este aspecto es aún más importante, si se piensa que el Estado colombiano ha dejado de expedir permisos especiales de permanencia desde la adopción del Estatuto. Es decir, el Estatuto es el principal canal para el acceso a una situación migratoria regular para esta población y el único cuando no se cuente con un pasaporte.⁴⁵

En segundo lugar, el PPT sigue siendo un permiso individual, cuyos beneficios no son extensibles al núcleo familiar del titular. Así, en el caso en que el niño cumpla con los requisitos para acceder el Estatuto, pero otros miembros de su núcleo familiar no los cumplan, quedarán excluidos. De la misma forma, los niños no acompañados o separados que accedan al Estatuto no podrán extender sus beneficios a los padres, si ellos no cumplen con los requisitos establecidos para la población adulta, en caso de ser posible ubicar a la familia de origen y la sucesiva reunificación familiar en Colombia. Este aspecto sorprende aún más en el caso del Estatuto, ya que el PPT permite acumular tiempo de residencia en el país para acceder a una visa como residente y que el otro permiso cuya titularidad tiene el mismo efecto —la visa como migrante— sí permite al titular tener beneficiarios en su visa. Así mismo, se permite a los solicitantes de reconocimiento de la condición de refugiado asociar a su solicitud miembros de su núcleo familiar, los cuales accederán a un salvoconducto que regularizará su situación y les permitirá afiliarse al sistema de seguridad social en salud.

Así, con la insistencia en un permiso individual, se perpetúa nuevamente una visión sesgada de la migración, la cual estaría constituida por individuos singularmente considerados que viajan solos y pretenden quedarse solos en el país de destino. Respecto a los niños migrantes, en particular, se insiste en el desarrollo de medidas que ignoran que la protección del núcleo familiar del menor es parte fundamental de las

44. Elisa Ortega Velásquez, “Los niños migrantes irregulares y sus derechos humanos en la práctica europea y americana: entre el control y la protección”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVIII, n.º 142 (enero-abril 2015): 198-200.

45. Aunque el documento que se otorga a quienes soliciten el reconocimiento de la condición de refugiado regulariza la situación migratoria del solicitante, este no es, en estricto sentido, un mecanismo de regularización migratoria.

medidas de protección de la niñez migrante.⁴⁶ Así mismo, se desconocen los efectos adversos para el acceso y garantía de los derechos de los niños que puede tener ser parte de un núcleo familiar en situación migratoria irregular.⁴⁷

En tercer y último lugar, es importante subrayar que el Estatuto es una medida accesible únicamente a los nacionales venezolanos. Los niños extranjeros de otras nacionalidades que se encuentren en similares situaciones de vulnerabilidad y en la imposibilidad, entre otras, de acceder a un estatus migratorio regular por razones ajenas a su voluntad, deberán someterse al régimen migratorio ordinario, que no prevé ninguna medida específica en beneficio de los menores de edad migrantes. Así, se promueve y justifica la creación de un doble estándar de tratamiento, el cual excluye e invisibiliza a los niños extranjeros de otras nacionalidades que quedan a los márgenes de la política y agenda pública en materia migratoria. Así mismo, se perpetua una visión limitada de la migración a territorio colombiano, que no está compuesta únicamente por la migración de personas venezolanas⁴⁸ y se desconoce que:

al diseñar, adoptar e implementar sus políticas migratorias relativas a personas menores de 18 años de edad, los Estados deben priorizar el enfoque de los derechos humanos desde una perspectiva que tenga en cuenta en forma transversal los derechos de niñas y niños y, en particular, su protección y desarrollo integral, *los cuales deben primar por sobre cualquier consideración de la nacionalidad o el estatus migratorio, a fin de asegurar la plena vigencia de sus derechos.*⁴⁹ (énfasis añadido)

CONCLUSIONES

Niños y niñas son particularmente vulnerables en contextos de migración internacional, aún más cuando ellos y/o sus familias se encuentran en situación migratoria irregular. Por ello, las políticas migratorias de los Estados necesitan incluir un enfoque

46. Corte IDH, *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 25 de noviembre de 2013, Serie C n.º 272, párrs. 217-20.

47. CIDH, *¿Cómo hacer más efectiva la protección a la unidad familiar y la reunificación familiar en situaciones de movilidad humana y movimientos mixtos, y en contexto de pandemia?*, 2021, <https://bit.ly/35WFVD9>.

48. UNICEF informó que en los últimos cuatro años la migración de niños a través de la provincia del Darién hacia Panamá se ha multiplicado por 15, siendo los niños el 25% de la población que utiliza esta ruta migratoria notoriamente peligrosa. ONU, UNICEF, *Quince veces más niños, niñas y adolescentes cruzan la selva de Panamá hacia Estados Unidos en los últimos cuatro años*, 29 de marzo de 2021, <https://uni.cf/3y0oKN3>.

49. Corte IDH, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, OC 21/14, 19 de agosto de 2014, párr. 68.

de niñez que considere que los niños migrantes son, ante todo, niños, y que no deberán ser responsabilizados ni culpabilizados por su situación migratoria ni por la de sus padres. En este contexto, el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos, adoptado en marzo de 2021, pretendió responder a algunos de los vacíos de la política migratoria colombiana respecto a la población venezolana, primordialmente en relación con el acceso a un estatus migratorio regular y a la falta de datos sobre esta población. En particular, el Estatuto incluyó medidas específicas en beneficio de niños venezolanos, con el objetivo de facilitar su regularización migratoria y el acceso a derechos y servicios.

Antes de la adopción del Estatuto, el Estado colombiano había adoptado una serie de medidas para responder a los retos en materia de protección de los niños venezolanos que arriban a territorio colombiano. Entre otros, ha adoptado medidas para promover la protección de su derecho a la educación, garantizando su ingreso a las instituciones educativas a pesar de su estatus migratorio irregular. Sin embargo, permanecen varios obstáculos para la garantía del derecho a recibir atención integral en salud cuando se encuentran en situación migratoria irregular, así como para acceder a mecanismos de regularización migratoria.

El Estatuto recién adoptado pretende responder a estos desafíos a través de la previsión de medidas específicas para el acceso de los niños venezolanos a un estatus migratorio regular. Esto, en el entendido de que la regularidad migratoria es el paso previo e ineludible para la garantía de sus derechos y protección integral. Sin embargo, el Estatuto, aun representando un avance importante en la política pública migratoria del Estado colombiano, es insuficiente por al menos tres motivos. El primero es que excluye de su ámbito de aplicación a aquellos niños y niñas que ingresen de forma irregular a territorio colombiano después del 31 de enero de 2021 o que no puedan demostrar que se encontraban en el territorio de forma irregular antes de esta fecha. El segundo es que no contempla la protección de la familia del menor de edad migrante como uno de sus objetivos, ya que no posibilita la extensión del permiso obtenido y de los derechos a los que este da acceso a los miembros del núcleo familiar del menor. El tercer y último motivo es que promueve y justifica la creación de un doble estándar de protección en la política pública migratoria colombiana, la cual excluye a los niños de otras nacionalidades que pueden encontrarse en una condición de vulnerabilidad similar. Así, aunque el Estatuto da pautas importantes que seguir en el desarrollo de una política pública migratoria con enfoque de niñez, es solo un primer paso de un largo camino que todavía queda por recorrer.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta, Diego, Cécile Blouin y Luisa Feline Freier. *La emigración venezolana: respuestas latinoamericanas*. Documentos de trabajo 3/2019. Fundación Carolina, 2019. <https://bit.ly/35TLaDw>.
- Amaya-Castro, Juan Manuel, Carolina Moreno y Gracy Pelacani. *La gestión de la migración en Colombia hoy: Propuesta de diálogo para una política pública con enfoque de derechos en educación y salud*. Serie: Informes CEM. Informe n.º 01-2019. Agosto 2019. <https://bit.ly/3qwm1sl>.
- Bhabha, Jacqueline, y Guy Abel. “Children and unsafe migration”. En *World Migration Report 2020*. International Organization for Migration (IOM), 2019.
- Child Resilience Alliance y UNICEF. *Impacto del flujo migratorio de NNA venezolanos en el sistema educativo colombiano*. 24 de abril de 2020. <https://bit.ly/3dsXIpV>.
- CIDH. *¿Cómo hacer más efectiva la protección a la unidad familiar y la reunificación familiar en situaciones de movilidad humana y movimientos mixtos, y en contexto de pandemia?* 2021. <https://bit.ly/35WFVD9>.
- . *Informe Anual 2019. Capítulo IV: Venezuela*. 24 de febrero de 2020. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 5.
- . *Resolución 2/18. Migración Forzada de Personas Venezolanas*. 2 de marzo de 2018. <https://bit.ly/3gSBFux>.
- Colombia. Consejo Nacional de Política Económica y Social. *Documento CONPES 3950. Estrategia para la atención de la migración desde Venezuela*. 23 de noviembre de 2018.
- Colombia. *Constitución Política de la República de Colombia*. Gaceta Constitucional n.º 116, 20 de julio de 1991.
- Colombia. Corte Constitucional. “Sentencia”. *T-210*, 1 de junio de 2018.
- . “Sentencia”. *T-178*, 6 de mayo de 2019.
- . “Sentencia”. *T-390*, 7 de septiembre de 2020.
- . “Sentencia”. *T-090*, 14 de abril de 2021.
- . “Sentencia”. *T-185*, 15 de junio de 2021.
- Colombia. *Ley 1098 de 2006*. Diario Oficial n.º 46.446, 8 de noviembre de 2006.
- . *Ley 12 de 1991*. Diario Oficial n.º 39.640, 22 de enero de 1991.
- Colombia. MEN y UAEMC. *Circular Conjunta 016 de 2018*. 10 de abril de 2018. <https://bit.ly/3xY6B2k>.
- Colombia. Ministerio de Salud y Protección Social. *Decreto 780 de 2016*. 6 de mayo de 2018.
- Colombia. Ministerio del Trabajo. *Decreto 117 de 2020*. 28 de enero de 2020.
- Colombia. MRE. *Resolución 2231 de 2021*. 9 de junio de 2021.
- . MRE. *Resolución 5797 de 2017*. 25 de julio de 2017.
- . MRE. *Decreto 216 de 2021*. 1 de marzo de 2021.

- Colombia. Presidencia de la República. *Decreto 542 de 2018*. 21 de marzo de 2018.
- Colombia. UAEMC. *Distribución de Venezolanos en Colombia. Corte 31 de enero de 2021*. 3 de marzo de 2021, <https://bit.ly/3qwvb7R>.
- . UAEMC. *Distribución Venezolanos en Colombia. Corte a 31 de diciembre*. 29 de enero de 2021. <https://bit.ly/3iXZi6F>.
- . UAEMC. *Resolución 0971 de 2021*. 28 de abril de 2021.
- Corte IDH, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, OC 21/14, 19 de agosto de 2014, Serie A, n.º 21.
- . *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). 25 de noviembre de 2013, Serie C, n.º 272.
- Grandi, Filippo. “Discurso del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados sobre el nuevo Estatuto de Protección Temporal que Colombia otorgará a los venezolanos y venezolanas en el país”. 8 de febrero de 2021. <https://bit.ly/3j3SMeJ>.
- Moreno V., Carolina, y Gracy Pelacani. “Corte Constitucional colombiana: ¿un escenario posible para el Experimentalismo Constitucional en materia migratoria?”. *Latin American Law Review*, n.º 5 (2020): 139-57. <https://doi.org/10.29263/lar05.2020.07>.
- ONU. ACNUR. *Tendencias Globales. Desplazamiento Forzado en 2020*. junio de 2021. <https://bit.ly/3A4UCBW>.
- ONU. ACNUR y OIM. *Plataforma Regional de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela*. <https://www.r4v.info/es>.
- ONU. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela*. 12 de julio de 2019. A/HRC/41/18.
- ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación General n.º 14*. 11 de agosto de 2000. E/C.12/2000/4. <https://bit.ly/3zWPhwn>.
- ONU. Comité de los Derechos del Niño y Comité de los Derechos del Niño los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. *Observación general conjunta n.º 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y n.º 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional*. 16 de noviembre de 2017. CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22.
- ONU. UNESCO. *Derecho a la educación bajo presión. Principales desafíos y acciones transformadoras en la respuesta educativa al flujo migratorio mixto de población venezolana en Colombia*. 2020. <https://bit.ly/3wS38SW>.
- ONU. UNICEF. *La regularización migratoria como condición esencial para la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes en contexto de movilidad humana*. Mayo de 2020. <https://uni.cf/3d1ufmB>.
- . *Quince veces más niños, niñas y adolescentes cruzan la selva de Panamá hacia Estados Unidos en los últimos cuatro años*. 29 de marzo de 2021. <https://uni.cf/3y0oKN3>.

- . *Uprooted: The Growing Crisis for Refugee and Migrant Children*. Septiembre de 2016. <https://bit.ly/2SSMBzs>.
- Ortega Velásquez, Elisa. “Los niños migrantes irregulares y sus derechos humanos en la práctica europea y americana: entre el control y la protección”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVIII, n.º 142 (enero-abril 2015): 185-221.
- Pelacani, Gracy, Carolina Moreno V., Laura Dib-Ayesta, Mairene Tobón, Laura Rojas, Estefanía Laborde, María Lucía Hernández y Allison Brooke Wolf. *Comentarios al proyecto de decreto que crea el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos en Colombia: Hoy más vigentes que nunca ad portas de la reglamentación*. Bogotá D.C.: Universidad de los Andes, 2021. <https://bit.ly/3gZfdjr>.
- Proyecto Migración Venezuela. “Caracterización de la niñez y adolescencia migrante en Colombia”. *Revista Semana*. 23 de abril de 2021. <https://bit.ly/3h4PsgN>.
- Ruiz Mancera, Silvia, Lucía Ramírez Bolívar y Valentina Roza Ángel. *Acceso, promoción y permanencia de niños, niñas y adolescentes migrantes en el sistema educativo colombiano. Avances, retos y recomendaciones*. Bogotá: Editorial Dejusticia, 2020. <https://bit.ly/2SqRI9O>.
- Selee, Andrew, Jessica Bolter, Betilde Muñoz-Pogossian y Miryam Hazán. *Creatividad dentro de la crisis: opciones legales para migrantes venezolanos en América Latina*. Migration Policy Institute, Organización de Estados Americanos. 31 enero de 2019. <https://bit.ly/3Ack4Fw>.
- Singleton, Ann. “Data: creating the empirical base for development of child migration policy and protection”. En *Research Handbook on Child Migration*, editado por Jacqueline Bhabha, Jyothi Kanics y Daniel Senovilla Hernández. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018.

Las mujeres víctimas de trata de personas con fines de explotación sexual. Los nexos con el patriarcado y un negocio dentro del capitalismo

Women as Victims of Sexual Exploitation because of Human Trafficking, its Relationship with Patriarchalism and a Business Inside of Capitalist System

Evelyn Soledad Zurita Cajas

Investigadora independiente

Quito, Ecuador

eviezurita@gmail.com

ORCID: 0000-0002-1702-5744

Artículo de investigación

DOI: <https://doi.org/10.32719/26312484.2022.37.3>

Fecha de recepción: 30 de junio de 2021

Fecha de revisión: 2 de agosto de 2021

Fecha de aceptación: 15 de septiembre de 2021

Fecha de publicación: 3 de enero de 2022

Licencia Creative Commons



RESUMEN

El presente artículo hace una aproximación hacia la realidad que viven las mujeres víctimas de trata de personas con fines de explotación sexual, desde una perspectiva sociológica y jurídica que va más allá de la visión sancionatoria ejercida por los estados. Abordar la trata de personas únicamente enfocada en la restricción, el control y la expansión del poder punitivo del Estado para localizar y perseguir a los tratantes de personas solo ha generado la revictimización de los cuerpos explotados con la trata.

En este contexto, estudiarla desde otra esfera interdisciplinaria permite visibilizar la trata como una práctica generada por el patriarcalismo y como un negocio impulsado por los estados y las empresas nacionales e internacionales que activan los flujos comerciales y operan dentro del sistema capitalista.

Por ello, este trabajo realiza una breve conceptualización de la trata de personas, describe las nuevas modalidades bajo las cuales opera la trata de personas que les ha permitido esconderse de los controles impulsados por los estados, en donde se identifica que los tratantes han generado *mínimos de legalidad dentro y fuera de las fronteras de los países para poder operar con regularidad*. Finalmente concluye puntualizando y mostrando la trata de personas como una dinámica violenta y eminentemente patriarcal, en donde se destacan cifras que muestran que el colectivo social más vulnerable explotado por la trata son las mujeres.

PALABRAS CLAVE: trata de personas; víctimas; explotación sexual; esclavitud humana; violencia; patriarcalismo; sistema capitalista; derechos humanos.

ABSTRACT

The main purpose of this article is making an approximation to experiences lived women who were victims by Human Trafficking and sexual exploitation from a sociological and legal perspective putting aside the penalizing vision which states apply frequently related with Human Trafficking victims. Due to restriction, control and expansion of punitive power from states to locate and prosecute traffickers, Human Trafficking victims have been forgotten subjects of law and their status as victims have been greatly emphasized.

That is why it is necessary to study Human Trafficking from another sphere, as a practice generated by patriarchalism and as a business promoted many times by states and national and international companies which operate within the capitalist system. In this sense, this text begins with a general conceptualization about human trafficking.

As a second aspect, it shows the new and recent methods in which human trafficking operates hiding from the majority of controls and inspections promoted by the states, where traffickers have generated minimum legality conditions within

and outside of many countries. Finally, it concludes positioning Human Trafficking as a violent and patriarchal social practice.

KEYWORDS: Human trafficking; victims; sexual exploitation; human slavery; violence; patriarchalism; capitalist system; human rights.

FORO

DEFINICIONES Y ELEMENTOS DE LA TRATA DE PERSONAS

En el marco de la firma de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 2000, nace el primer protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños contra la delincuencia organizada transnacional, denominado también Protocolo de Palermo que entró en vigor el 25 de diciembre de 2003. El artículo 3 del Protocolo de Palermo define a la trata de personas como:

la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación.¹

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, dentro del derecho a la integridad personal en su artículo 5 señala que todas las personas tienen derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.² En relación a la prohibición de tortura y tratos crueles manifiesta: “Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.³

El número 4 del artículo 46 de la Constitución del Ecuador señala que el Estado ecuatoriano brindará protección y atención especial contra “todo tipo de violencia,

-
1. Naciones Unidas, *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos*, 2004, 96, art. 3.
 2. Costa Rica, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Convenio 36 de la Organización de Estados Americanos, 22 de noviembre de 1969, art. 5.1.
 3. *Ibíd.*, art. 5.2.

maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones”.⁴

El Código Orgánico Integral Penal define al delito de trata de personas como:

Toda persona que capte, transporte, traslade, retenga o reciba; en el país, desde o hacia otros países con fines de explotación; para lo cual un tercero recurre a la amenaza, uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, a la concesión o aceptación de pagos o beneficios, constituye delito de trata de personas.⁵

En este sentido, en el mismo artículo y cuerpo normativo, se indica que: “la explotación sexual de personas incluida la prostitución forzada, el turismo sexual y la pornografía infantil”⁶ serán formas de explotación en el contexto de la trata de personas.

Por su parte, la Ley Orgánica de Movilidad Humana de la legislación ecuatoriana señala que se considera una víctima de trata de personas a:

Quien haya sido objeto de captación, transporte, traslado, retención o recepción; en el país, desde o hacia otros países con fines de explotación; para lo cual un tercero recurre a la amenaza, uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, a la concesión o aceptación de pagos o beneficios.⁷

Para que pueda configurarse la trata de personas, según la información proporcionada por la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) se deben observar principalmente tres componentes: 1) El acto: determina lo que se hace, es decir el reclutamiento, transporte, traslado, acogida o recepción de personas. 2) Los medios: determina cómo se hace, es decir: este reclutamiento, transporte, traslado, acogida o recepción de personas tiene que darse en el contexto de amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o de dar o recibir pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra.

Es importante entonces, identificar el tercer elemento de esta dinámica delictiva que es el fin, que justifica el por qué se realiza la trata de personas. Este fin es la explotación y surge en el marco de la prostitución forzada y otras formas de explotación

4. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 46.4.

5. Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, 10 de febrero de 2014, art. 91.

6. *Ibid.*, art. 91.2.

7. Ecuador, *Ley Orgánica de Movilidad Humana*, Registro Oficial 938, 6 de febrero de 2017, art. 117.

sexual, trabajo o servicios forzados, esclavitud humana o prácticas análogas a la esclavitud incluyendo extracción y tráfico de órganos.⁸

TRATANTES INDIVIDUALES Y REDES INTERNACIONALES DE TRATA

Para comprender quiénes están detrás de la trata de personas se debe examinar la estructura organizativa de los participantes y actores de la trata de personas. Inicialmente, se puede hacer una distinción entre tratantes criminales y tratantes no criminales que operan de forma individual, mientras que también existen tratantes que operan como una pieza parte de una red u organización criminal internacional de trata de personas cumpliendo un rol determinado, y finalmente, están los estados como responsables y generadores de violencia.

Los tratantes criminales son aquellos que están profundamente inmersos en un estilo de vida criminal y pueden estar involucrados en otros delitos, mientras que los tratantes considerados no criminales podrían considerarse terceras personas o víctimas que han sido forzadas a reclutar a otros o personas que no están involucradas en ningún delito, pero que están actuando en el contexto de trata y por ende están vinculadas a la explotación personas.⁹

Las redes internacionales de trata de personas se constituyen como un grupo de personas con intereses y aspiraciones similares que interactúan y permanecen en contacto informal para la asistencia o apoyo mutuo. A menudo se caracterizan por su especialización, flexibilidad y segmentación. En estas redes se distinguen: en primer lugar, las redes de delincuentes organizados que están relacionadas con la trata interna, también están vinculados a la trata internacional pero en pequeña escala. Generalmente se identifican ciertos perfiles de tratantes como empresarios criminales que operan en conexión con empresas asociadas pero también se han identificado empresarios independientes.

En segundo lugar, se ubican las redes internacionales altamente estructuradas. Estas redes criminales son muy flexibles y pueden estar compuestas por familiares y amigos. Este nivel de organización requiere a grupos más grandes y más sofisticados que están involucrados en la constante provisión de víctimas para los mercados es-

8. Alexis A. Aronowitz, Gerda Theuermann y Elena Tyurykanova, *Analysing the Business Model of Trafficking in Human Beings to Better Prevent the Crime* (Vienna: OSCE Office to the Special Representative and Co-ordinator for Combating Trafficking in Human Beings, 2010), 9.

9. *Ibid.*, 22-3.

pecializados en la explotación sexual en países extranjeros, en donde venden de sus víctimas a propietarios de burdeles en el país de destino, incluso organizan la rotación de víctimas entre ciudades y países, debido a que el mercado del sexo constantemente requiere cuerpos nuevos y caras nuevas.¹⁰

Las organizaciones criminales altamente estructuradas controlan todo el proceso de trata desde el reclutamiento, el transporte, la explotación e incluso la eliminación de las víctimas. Este grupo maneja el conjunto completo de servicios a lo largo de toda la cadena de la trata. Están relacionados la falsificación de documentos, por ello se ha identificado que estas redes mantienen vínculos incluso con funcionarios gubernamentales corruptos o que generan presión hasta corromperlos cuando sea necesario.

PERFILES Y ROLES DE LOS TRATANTES

Como se ha venido tejiendo en líneas anteriores, las redes de trata de personas operan en diferentes escenarios y su flexibilidad les ha permitido expandirse en diferentes esferas nacionales e internacionales e incluso mantener nexos con funcionarios estatales. En esta secuencia operativa se determina que los miembros de estas redes se especializan en ciertas operaciones, es decir, en el reclutamiento, el suministro de un lugar para mantener a las víctimas ocultas, la elaboración de documentos falsos, el transporte de víctimas hacia y desde su trabajo, la explotación directa y rotación de víctimas a diferentes destinos internos e internacionales.

Dentro de este flujo operativo se destacan los siguientes roles: 1) Los inversores: financian supervisan toda la operación, son personas poco conocidas y están resguardadas por una estructura piramidal organizativa que protege su anonimato, incluso pueden estar separados de la organización;¹¹ 2) Los reclutadores: buscan potenciales víctimas nacionales o extranjeras, inclusive migrantes porque no poseen una condición legal en el país donde se encuentran y persuaden a las víctimas hasta asegurar su compromiso financiero;¹² 3) Los transportistas: conectan y ayudan a víctimas a salir de su país de origen. Este traslado es por tierra, mar o aire; 4) Los funcionarios públicos corruptos: estos funcionarios facilitan la obtención de documentos que cuentan con toda la legalidad para garantizar el traslado de las víctimas. Están vinculados con la recepción de sobornos y encubren cualquier investigación estatal, incluso su alcan-

10. Women's Link Worldwide, *Víctimas de trata en América Latina. Entre la desprotección e indiferencia*, Informe n.º 7 (Madrid, 2017), <https://bit.ly/3zlkJU2>.

11. Aronowitz, Theuermann y Tyurykanova, *Analysing the Business Model of Trafficking in Human Beings to Better Prevent the Crime*, 24.

12. *Ibid.*

ce puede llegar a obstruir cualquier proceso penal iniciado o que esté por iniciarse;¹³ 5) Los informantes: recogen información sobre la vigilancia realizada en las fronteras de los países, los procedimientos de inmigración, el tránsito de personas y los sistemas de asilo y refugio;¹⁴ 6) Los guías y tripulantes: trasladan a las víctimas de un punto al otro (trata interna o externa);¹⁵ 7) Los encargados: son los responsables de vigilar al personal parte de la red, de mantener el orden y de controlar a las víctimas;¹⁶ 8) Los cobradores: crean las tarifas y cobran las deudas a las víctimas; 9) Los lavadores de dinero: cambian el producto del delito, disfrazan su origen a través de una serie de transacciones invirtiéndolas en negocios lícitos;¹⁷ y, finalmente; 10) El personal de apoyo: son personas locales que colaboran en los puntos de tránsito y quienes que proporcionan alojamiento temporal y otras asistencias que puedan requerirse.¹⁸

DESPOJO Y APROPIACIÓN DE LOS CUERPOS DE LAS VÍCTIMAS DE TRATA

Un cuerpo de una víctima de trata es clasificado como un cuerpo desechable, despojado y cosificado por el sistema; por ende, es comercializado. El sistema capitalista también ha colocado los derechos que tienen unos cuerpos sobre otros. De la misma forma, existen cuerpos que no pueden ejercer de forma directa e inmediata sus derechos. Por ejemplo, existen derechos como: el derecho a la vida, a la libertad personal y el derecho a la protección integral que las víctimas de trata pierden desde su captación y que probablemente sean irreparables. En esta dinámica capitalista, la vida se ha convertido en un privilegio para quienes gozan de esta libertad a diferencia de quienes no la poseen.

Giorgio Agamben hace un análisis del valor de vida y en función de qué parámetros se mide ese valor. La vida de unos cuerpos es considerada una virtud innata a los seres humanos y el cese de ella, la muerte, es la ausencia de la vida; sin embargo, ¿qué sucede con los cuerpos que no poseen este privilegio?

Agamben nos invita entonces a analizar el término humanidad. ¿Por qué esta humanidad (que deberíamos ser todos los cuerpos) alcanza para unos y para otros no? Al desconocer los derechos laborales, a la salud, a la alimentación, a la libre movilidad,

13. *Ibíd.*, 25.

14. *Ibíd.*

15. *Ibíd.*

16. *Ibíd.*

17. *Ibíd.*

18. *Ibíd.*

etc., de los migrantes, se les está quitando esta categoría de sujetos de derechos. ¿Acaso se está cuestionando su humanidad? Cuando un migrante considerado irregular muere en territorio extranjero, ¿tiene las mismas condiciones que un nacional?

La respuesta es no; probablemente ese extranjero que se encuentra solo, lejos de su familia, que nunca tuvo derechos laborales, que nunca tuvo acceso a la salud, para quien su día a día siempre estuvo cargado de explotación, desnutrición y constante violencia, los derechos son solo relatos. La muerte como ausencia de la vida, dice Agamben, es un privilegio para quienes son considerados seres humanos, entonces estos otros cuerpos son solo cadáveres.¹⁹ Estos “no-hombres” a quienes ni la dignidad ni los derechos les ha alcanzado ni siquiera podrían tener una muerte digna.

Reconocer el derecho a la vida de estos cuerpos implicaría reconocer su muerte; por ende, el Estado en donde fallecen las víctimas tendría que activar todos los mecanismos normativos e institucionales para darle una muerte digna a estos cuerpos, lo que comprendería: activar los recursos que fueran necesarios para repatriar los cadáveres, contactar a sus familiares, movilizar a las misiones diplomáticas, otorgarles incentivos económicos a sus familiares para que puedan iniciar con el proceso de repatriación,²⁰ etc.; pero lo más grave es poder determinar responsabilidades frente a estos cadáveres que mueren a causa de la explotación y la desatención de los Estados.

Philip Zimbardo desagra también la palabra “deshumanización” y analiza que deshumanizar a alguien es despojar a las personas de su humanidad y clasificarlas como “simples cosas”. Además, constituye un proceso en donde el prejuicio, el racismo y la discriminación estigmatizan a determinados cuerpos atribuyéndoles una identidad que carece de valor porque para el sistema es más fácil ser cruel con “objetos deshumanizados”.²¹

Hoy en día, en pleno siglo XXI existen formas actuales de esclavitud. Los esclavistas modernos que explotan a las mujeres, especialmente a las que se ven obligadas a prostituirse, impiden a las mujeres concebir porque no quieren gastar dinero en mantener a niños inútiles. No hay razón para proteger a los nuevos esclavos de enfermedades o lesiones: la medicina cuesta dinero y es más barato dejarlos morir. No son tratados como humanos si no como esclavos.²²

19. Giorgio Agamben, *Lo que queda de Auschwitz: el archivo y el testigo. Homo sacer III* (Valencia: Pre-Textos, 2002), 84-6.

20. Gestión de protección a ecuatorianos en el exterior por repatriación de cadáveres o traslado de restos mortales del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana del Ecuador para el 2021.

21. Philip G. Zimbardo, *El efecto Lucifer* (Barcelona: Paidós, 2012), 132-6.

22. Kevin Bales, *Disposable People: New Slavery in the Global Economy*, Rev. ed. (Berkeley: University of California Press, 2012), 15.

Para Chimamanda Ngozi Adichie existen dos escenarios que se desprenden después de haber sido víctima y haber sido atravesada por varias condiciones como ser mujer y migrante: “ya no es la misma que fue, ahora se enfrenta con impaciencia a las penurias y corruptelas de su país y será observada por sus compatriotas con cierta desconfianza”.²³ Esta sensación desencadena tristeza y desesperación, por cuanto ellas han estado anhelando volver a sus hogares, con sus familias, y, al conseguirlo finalmente, sienten que ese anhelo no es lo que ellas esperaban.

Jean-Luc Nancy señala que cuando partimos de un lugar no necesariamente es porque actuamos mal en ese lugar sino porque percibimos a esa realidad ajena a nosotros. Esa realidad nos excluye. Incluso puede ser un modo de castigarnos el sentir que ese sitio ya no forma parte de nosotros. El principal aspecto ya no es descifrar si nos resulta placentero estar en ese lugar o no, sino que probablemente ya no tenemos el derecho de estar allí.²⁴ Ciertamente las víctimas de trata de personas perciben esa no pertenencia porque permanecieron en constantes flujos de movimiento bajo coerción y violencia durante largos períodos de tiempo en espacios que Marc Augé denomina “no lugares”.

Los no lugares refieren a las instalaciones necesarias para la circulación acelerada de personas que no reflejan ni tiempo ni lugar exacto, esto es: las rutas rápidas, los medios de transporte aéreos, terrestres, marítimos, incluso los campos de tránsito prolongado como los aeropuertos.²⁵ Esta no pertenencia hace muchas veces que las víctimas, a pesar de iniciar los procesos de rehabilitación y recuperación, recaigan en varios momentos en la explotación sexual y contacten con las redes de trata de personas viendo a esa experiencia como propia y a la violencia que generan los tratantes como algo natural.²⁶

LOS ESTADOS COMO GENERADORES DE VIOLENCIA

Desde la óptica de René Girard, en un estudio antropológico en relación a la dinámica en la que se desenvuelve la violencia, constantemente se busca y se identifica a una víctima sacrificial a quien se le descargarán todos los problemas y las desdichas

23. Chimamanda Ngozi Adichie, *Americanah* (Bogotá: Literatura Random House, 2018), 11.

24. Jean-Luc Nancy, *¿Qué significa partir?* (Buenos Aires: Capital Intelectual, 2016), 18.

25. Marc Augé y Margarita Mizraji, *Los “no lugares” espacios del anonimato una antropología de la sobremodernidad* (Barcelona: Gedisa, 2008), 41.

26. Inmaculada Antolínez Domínguez y Esperanza Jorge Barbazano, “Repensando la categoría de ‘víctima’: un análisis sobre la capacidad de agencia de mujeres migrantes vinculadas a redes de trata”, *Hachetetepé. Revista científica de educación y comunicación* 2, n.º 15 (2017): 44-5, doi:10.25267/Hachetetepé.2017.v2.i15.5.

que enfrenta el colectivo social.²⁷ Esta víctima sacrificial no tiene valor, no merece un trato igual que los demás miembros del colectivo social, por cuanto, a causa del resultado de estas supuestas infracciones sociales, es menester que sea incluso eliminada al ser la generadora del caos.

Girard reflexiona también señalando que existen intereses detrás de las víctimas sacrificiales, quienes funcionan como cortinas de humo que pretenden desviar la atención sobre lo que realmente ocurre dentro del colectivo social. ¿Qué se quiere ocultar del ojo público? Existe entonces aquello que Ileana Diéguez señala como lo “impresentable” para el Estado. Estos escenarios que no pueden ser presentados públicamente deben ser silenciados y censurados.²⁸

Generalmente, los problemas de fondo de una sociedad se deben a la inoperancia y mal funcionamiento del órgano que controla y regula esa sociedad, es decir el Estado. La violencia institucionalizada ejercida por el Estado busca con frecuencia a estas víctimas sacrificiales para quienes ni la dignidad ni el derecho les alcanza así como tampoco les protege. Para Claudio Nash Rojas, es común que estos conflictos se produzcan entre los estados y los particulares, pero no por ello se deben subestimar los intentos de los estados denunciados ante los organismos de justicia internacional por acallar justamente la protección internacional.²⁹

En este sentido, para ejemplificar esta constante descarga de responsabilidades sobre las víctimas sacrificiales, me referiré a dos colectivos sociales: los migrantes irregulares y las mujeres víctimas de trata de personas. Las organizaciones criminales dedicadas a la trata de personas, el crimen organizado, el narcotráfico, el comercio ilegal de armas, la delincuencia organizada, el tráfico ilícito de migrantes, entre otros, han tomado diferentes modalidades y distintos estilos de operación en los últimos años. El comercio de seres humanos no es un negocio uniforme ni puede mirarse como una sola dinámica; por el contrario, actualmente opera de forma muy flexible y es capaz de desenvolverse en diversos contextos culturales y políticos.

El “bienestar colectivo, el progreso y la constante necesidad de activar la economía” son las estrategias comunicacionales que constantemente emplean los gobiernos frente a sus gobernados para justificar su accionar y ocultar sus verdaderos intereses. Para Yuval Noah Harari, el relato del progreso no es un relato convincente, es una idea obsoleta que se llegó para quedarse desde el advenimiento de la modernidad. La

27. René Girard, *La violencia y lo sagrado* (Barcelona: Anagrama, 2016), 15-6.

28. Ileana Diéguez Caballero, *Cuerpos sin duelo: iconografías y teatralidades del dolor*, 2013, 50.

29. Claudio Nash Rojas, “La eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en tiempo de cólera”, *Revista Tribuna Internacional* (2020): 22.

idea de progreso nace en la premisa de que las cosas mejorarán si admitimos nuestra ignorancia y si usamos recursos en la investigación.

Esta idea se extendió hacia la economía, por eso se expandió el imaginario de que quienes crean los inventos tecnológicos y las mejoras en la organización social, aumentarán la producción, el comercio y la riqueza de los seres humanos.³⁰ Constantemente los estados desencadenan también violencia sobre ciertos cuerpos, bajo esta idea caduca del progreso, y responden a las empresas nacionales e internacionales y a ciertos grupos de poder que están involucrados en la trata de personas.

En este sistema capitalista, agresivo y eminentemente neoliberal la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, desde la óptica capitalista, activan los flujos económicos dentro y fuera de las fronteras de los países. A menudo, estos dos delitos son confundidos por estar relacionados con el traslado de personas, pero son prácticas delictivas completamente distintas. Para Soledad Álvarez, existen decisiones con criterios contrarios tomadas e impuestas por los estados. Las políticas estatales orientadas al control fronterizo, traslado de personas y control migratorio cada día adquieren más fuerza y son aplicadas con mucho rigor, sin embargo, diariamente se reportan flujos migratorios irregulares.

En este sentido, por más regular e institucional que sea, el aparente control aplicado por la fuerza pública, en su mecanismo, es un “contraderecho”,³¹ porque, por un lado, controla cuerpos para presuntamente protegerlos, pero, por otro, los explota.

La autora señala que a primera vista lo que parece una simple contradicción revela contrariamente un aspecto del capitalismo contemporáneo denominado: “la exclusión a través de la inclusión”, que constituye el mecanismo por el cual la “fuerza de trabajo” de los migrantes, y en este caso las víctimas de trata con fines de explotación sexual, es tradicionalmente poco calificada y proveniente de países pobres, y está destinada a la irregularidad y es agregada bajo esa condición, es decir, como fuerza de trabajo irregular, barata, y desechable.³² Los nuevos esclavos no son una inversión a largo plazo. A diferencia de las formas antiguas de esclavitud, son baratos, requieren poco cuidado y son desechables.³³

30. Yuval Noah Harari, *Sapiens. De animales a dioses: una breve historia de la humanidad* (Buenos Aires: Titivillus, 2019), 431.

31. Michel Foucault, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2004), 206.

32. Soledad Álvarez Velasco, “¿Crisis migratoria contemporánea? Complejizando dos corredores migratorios globales”, *Revista Ecuador Debate*, n.º 97 (2016): 158-9.

33. Bales, *Disposable People*, 15-6.

EL VÍNCULO DEL PATRIARCALISMO CON LAS MUJERES VÍCTIMAS DE TRATA DE PERSONAS

En el Reporte Global de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, UNODC, se identifica que “las 2 terceras partes de las víctimas de trata de personas detectadas por las autoridades son mujeres y el 79% de ellas sometidas a explotación sexual”.³⁴ Según este mismo reporte “el 66% de las víctimas de trata de personas identificadas desde 2006 en países de América Latina son mujeres y el 13% de ellas son niñas”.³⁵

Debido a las altas cifras indicadas por el UNDOC, es necesario vincular la trata de personas como un delito cuyo fin es la constante búsqueda de mujeres para someterlas a condiciones de explotación sexual. Para la UNDOC existen cuatro principales causas para abordar la trata de personas con un enfoque de género. Estas causas son: 1) La desigualdad de género: atravesada por problemáticas que comprenden la pobreza de género, la falta de oportunidades viables de empleo, la falta de control sobre los recursos financieros y el acceso limitado a la educación son factores que potencian la vulnerabilidad de las mujeres y las niñas a la trata;³⁶ 2) La violencia de género: históricamente reproducida como una práctica cultural que ha normalizado dicha violencia contribuye al ciclo repetitivo de violencia contra las mujeres y las niñas que las expone a ser potenciales víctimas de trata;³⁷ 3) Legislaciones discriminatorias de trabajo o migración y políticas públicas ciegas ante el género: la normativa laboral y migratoria que carece de un enfoque de derechos humanos y sensibilidad al género restringe la capacidad de las mujeres para transitar libremente y cambiar de empleo, esto incrementa las probabilidades de búsqueda de empleos en sectores no regulados e informales.³⁸ Consecuentemente, esto aumenta la vulnerabilidad de las mujeres a la trata con fines de explotación sexual; 4) Conflictos, escenarios posteriores a conflictos y crisis humanitarias: con las crisis sociales, económicas y humanitarias las mujeres y las niñas pueden volverse altamente vulnerables a las diferentes formas de explotación, especialmente en escenarios en donde se desenvuelven grupos armados

34. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, UNODC, “Algunos datos relevantes sobre la trata de personas” (Viena, 2009), 1.

35. *Ibid.*, 1-2.

36. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, UNODC, “Las dimensiones de género de la trata de personas” (Viena: Grupo de Coordinación Interinstitucional UNODC, 2017), 1-2.

37. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, UNODC, “Algunos datos relevantes sobre la trata de personas”, 1-2.

38. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, UNODC, “Las dimensiones de género de la trata de personas”, 1-2.

que atacan a las mujeres y las niñas para someterlas a esclavitud sexual, servidumbre doméstica y matrimonios forzados.³⁹

En virtud de que las mujeres constituyen el grupo humano más vulnerable de ser captado por las redes de trata de personas, la normativa internacional ha aterrizado esta realidad hacia algunos instrumentos internacionales entre los que se destaca esta necesidad especial de protección a las mujeres. El artículo 6 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer impulsa a los estados parte a “tomar todas las medidas apropiadas, incluida la legislación, para reprimir todas las formas de trata de mujeres y la explotación de la prostitución de mujeres”.⁴⁰

La Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer define la violencia contra la mujer como:

Todo acto de violencia sexual que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada, e incluida la violencia doméstica, los delitos cometidos por cuestiones de honor, los crímenes pasionales, las prácticas tradicionales nocivas para la mujer, incluida la mutilación genital femenina y el matrimonio forzado.⁴¹

Por otra parte, los hombres como consumidores tradicionales que generan violencia eminentemente patriarcal y en donde el Estado, a través de sus funcionarios de control que consumen el mercado de trata, interviene también como protagonista de consumo de mujeres víctimas de trata de personas en los burdeles, son quienes miran a los burdeles como motivación de visita, en la que el fin principal no es la búsqueda de satisfacción sexual, sino de la celebración de acuerdos, alianzas, negocios, pactos de masculinidad que buscan el reconocimiento del poder de ellos sobre los cuerpos de las mujeres. Pactos que cuentan con todo tipo de perfiles como jueces, policías y cuadros políticos.⁴²

Esta constante mutación que van adquiriendo las nuevas formas de violencia, en el contexto de las víctimas de trata de personas, transmite un mensaje de impunidad y expresa justamente este poder de dominio y captura sobre cuerpos y territorios. Para Rita Segato, en estas nuevas formas de violencia, los cuerpos de las mujeres

39. *Ibíd.*

40. *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, Estados Unidos, 1979, art. 6.

41. *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*, Ginebra, 1993, art. 3.

42. Rita Laura Segato, *Las nuevas formas de la guerra y el cuerpo de las mujeres* (Ciudad de México: Tinta Limón, 2013), 110.

funcionan a modo de lienzos, bastidores, incluso como territorios para establecer los términos de la contienda protagonizada por quienes generan esta violencia.⁴³

Para Segato, un ejemplo claro de esta corrupción dada entre los tratantes y los funcionarios públicos se traduce en las coimas que se entregan a la policía para que esta no clausure ni cierre los burdeles, sitios frecuentados por los mismos miembros policiales o de funcionarios que trabajan para otras instituciones del gobierno. En su texto “Nuevas formas de la guerra y el cuerpo de las mujeres”, señala:

He sabido de un comisario de los alrededores de La Plata a quien, por no aceptar la explotación de niñas paraguayas en un burdel de su distrito, le fueron ofrecidas dos opciones: o pasar a retiro prematuramente o ser trasladado a un municipio bonaerense remoto y de importancia menor. La orden vino directamente de un funcionario de gobierno por motivo de la disminución de la colecta para la caja electoral.⁴⁴

Es importante destacar que estas redes criminales son horizontales y descentralizadas, su flexibilidad permite la cooperación con otros grupos delictivos para generar respuestas rápidas frente a la actividad policial y con ello evadir los controles y los operativos constantes. Estas nuevas modalidades que presenta la trata de personas actualmente pretende impulsar cambios legislativos, así como mutar adaptándose a la oferta y la demanda en los mercados nacionales e internacionales⁴⁵ en donde se comercializan incluso los cuerpos.

Como se ha explicado en líneas anteriores, la violencia que se ejerce sobre ciertos cuerpos, y principalmente sobre los cuerpos de las mujeres, proviene de ambas direcciones en donde también tienen un grado de responsabilidad los estados. Katharine Bartlett señala que la violencia de las mujeres no se muestra como es realmente, solo se la estudia de forma un tanto superficial que no expone a profundidad el sufrimiento real que genera sobre las mujeres, y señala:

Las mujeres saben que el mundo está ahí afuera porque nos golpea en la cara. Literalmente. Somos violadas, maltratadas, pornografiadas, definidas por fuerza, por un mundo que se inicia, por lo menos, enteramente fuera de nosotras. El mundo se mantiene real ‘sin importar qué pensemos acerca de él’.⁴⁶

43. *Ibíd.*, 6-8.

44. *Ibíd.*, 109.

45. Aronowitz, Theuermann y Tyurykanova, *Analysing the Business Model of Trafficking in Human Beings to Better Prevent the Crime*.

46. Marisol Fernández, Félix Morales y Katharine T. Bartlett, eds., *Métodos feministas en el derecho: aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana* (Lima: Palestra, 2011), 91.

Finalmente, Segato ha señalado que las mujeres víctimas de explotación sexual generada por la trata de personas pueden ser víctimas a su vez de violencia institucionalizada aplicada directa o indirectamente por los estados. Desde el punto de vista de Segato, la trata de personas con fines de explotación sexual ejercida principalmente hacia el colectivo humano “mujeres” guarda similitud con los delitos considerados por el *corpus iuris* internacional como delitos de genocidio⁴⁷ y lesa humanidad.⁴⁸

Desde luego, este es un análisis únicamente comparativo que realiza la autora en virtud de dimensionar la magnitud de las violaciones a los derechos humanos producto de la trata de personas, mas no constituye un análisis desde la esfera jurídica-penal tendiente a analizar si el femigenocidio cumple o no con los estándares materiales y formales normativos establecidos por la técnica legislativa para ser considerado un delito. El sometimiento a condiciones inhumanas tales como la reducción a condiciones de esclavitud, concentracionistas, el abandono, la desnutrición de sus bebés de sexo femenino, constituye un tipo de feminicidio. Segato define el femigenocidio como:

El femigenocidio se aproxima a la categoría de genocidio por sus agresiones a mujeres con intención de letalidad y deterioro físico en contextos de impersonalidad, en las cuales los agresores son un colectivo organizado o, mejor dicho, son agresores porque forman parte de un colectivo o corporación y actúan mancomunadamente, y las víctimas también son víctimas porque pertenecen a un colectivo en el sentido de una categoría social, en este caso, de género.⁴⁹

En este análisis la autora invita a reflexionar el nivel de responsabilidad que tienen los estados frente a la violencia ejercida por los tratantes y cómo los delitos aparentemente ejercidos de forma individual afectan de forma colectiva a grupos humanos históricamente discriminados, como son las mujeres.

Por su parte, la Corte Constitucional del Ecuador ha creado jurisprudencia con relación a este aspecto en la sentencia n.º 388-16-EP/21, mediante la cual señala que en esa pérdida de espacialidad y despojo constante de cuerpos y lugares que se producen en estos flujos migratorios y de constante movimiento también se vulneran los derechos a la identidad⁵⁰ de las víctimas que quedan imposibilitadas de realizar actos que las personas que ejercen sus derechos plenamente pueden hacerlo.

47. *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Países Bajos, 1 de julio de 2002, art. 6.

48. *Ibíd.*, art. 7.

49. Rita Laura Segato, *La guerra contra las mujeres*, Mapas 45 (Madrid: Traficantes de Sueños, 2016), 85, <https://bit.ly/36V8KAA>.

50. Corte Constitucional Ecuador, *Sentencia n.º 388-16-EP/21*, 23 de junio de 2021.

La letra b del artículo 1 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem Do Pará”, en el contexto de violencia física, sexual o psicológica en contra de la mujer, señala:

b. Que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprenda, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar.⁵¹

La trata de personas con fines de explotación sexual guarda profunda relación con el mercado capitalista, por cuanto debe ser analizada desde el punto de vista económico. Es importante analizar la intocabilidad que tienen los estados para blindarse respecto a la trata de personas que sigue siendo un crimen del cual uno de los responsables es el Estado. Bajo la lógica de los flujos económicos y la valoración de los cuerpos, que se analizó en líneas precedentes en función del capital, el cuerpo femenino ha sido capitalizado con bajísimos niveles de inversión, lo que puede considerarse una especie de renta derivada de la explotación de un territorio-cuerpo que ha sido apropiado por alguien, lo que la autora denomina en términos económicos la “acumulación por desposesión”.⁵²

La pedagogía de la crueldad que promueve y naturaliza el espectáculo del desecho ya que el cuerpo de las mujeres es visto como un objeto de consumo, por ende, tendrá un tiempo de útil de uso lo que propaga la idea del goce como secuencia de consumo y desecho,⁵³ y las condiciones de esclavitud a las que son reducidas las mujeres. Estas estrategias concentracionistas, el abandono y la subnutrición de bebés de sexo femenino constituyen también un tipo de feminicidio, puesto que la violencia se origina justamente hacia un colectivo social, las mujeres configurándose con esto una muestra más del patriarcalismo.⁵⁴

El Estado constantemente juega un doble papel dependiendo de los cuerpos, en función de su tipología, por un lado, protege unos cuerpos y, por otro, segrega y elimina a otros. Excluye a través de la inclusión⁵⁵ bajo las exigencias del mercado, una

51. *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Convención de Belem Do Para*, Belem do Para Brasil, 9 de junio de 1994, art. 1.

52. Segato, *Las nuevas formas de la guerra y el cuerpo de las mujeres*, 108-10.

53. Rita Laura Segato, *Las estructuras elementales de la violencia: ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*, Derechos humanos. Viejos problemas, nuevas miradas (Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes / Prometeo 3010, 2003), 76.

54. Segato, *La guerra contra las mujeres*, 85.

55. Álvarez Velasco, “¿Crisis migratoria contemporánea? Complejizando dos corredores migratorios globales”, 158-9.

vez más del sistema capitalista. Para el jurista y sociólogo Erick Olin Wright, un parámetro importante para poder identificar estas prácticas y determinar a quién realmente benefician las políticas estatales es a través de la aplicación del método de la brújula. La brújula socialista permitirá identificar si las políticas públicas se están tomando en observancia de la dirección adecuada.⁵⁶

Este método constituye una alternativa que invita a preguntarse a qué estamento las políticas estatales benefician: al Estado, a las empresas o al pueblo. No existe un momento que no llegue sin su oportunidad revolucionaria.⁵⁷ Según lo señalado por Wright, se puede confirmar que las políticas estatales empleadas sobre los cuerpos víctimas de trata de personas benefician a las empresas que promueven el mercado y la activación de flujos del capital, son a quienes los estados revisten contrariamente de “legalidad” pero que podrían haber acomodado el camino para el cometimiento de prácticas delictivas y que son ejecutadas por funcionarios públicos para que puedan desenvolverse con “regularidad” y así, por ejemplo, sigan activando la economía.

Para Louise Shelley, existen tres categorías importantes desde las cuales se debe analizar la trata de personas: En primer lugar, la perspectiva de género, en segundo lugar, la perspectiva de derechos humanos; y, finalmente, la perspectiva impulsada por el mercado.⁵⁸ En este contexto tomaré la perspectiva impulsada por el mercado para vincularla en un inicio con la trata de personas como un negocio del capitalismo. Shelley ha destacado seis categorías de grupos traficantes y sus modalidades de negocios.

El primer modelo denominado “Modelo de recursos naturales o crimen organizado postsoviético” que está dedicado a la venta de las mujeres dentro del comercio de recursos madereros o de las pieles de animales. Este negocio refleja la prerrevolución del comercio ruso de recursos naturales y el nuevo énfasis ruso en la venta de petróleo y gas, en el que también están involucradas las mujeres víctimas de trata de personas.⁵⁹

El segundo modelo denominado “Modelo de comercio y desarrollo: traficantes y tratantes chinos” es un modelo enfocado en la captación de víctimas hombres para fines explotarlos en el ámbito laboral, sin embargo, también se ha identificado la existencia de trata de mujeres, quienes representan el diez por ciento del comercio total de personas. Las operaciones relacionadas en las que se identificó la existencia de trata

56. Erick Olin Wright, “Los puntos de la brújula. Hacia una alternativa socialista”, *New Left Review*, n.º 41 (2006): 91.

57. Walter Benjamin, “Tesis sobre la historia y otros fragmentos”, 1989, 39, tesis XVIIa.

58. Louise Shelley, “Trafficking in Women: The Business Model Approach”, *The Brown Journal of World Affairs*, 10 (2021): 119.

59. *Ibid.*, 124.

es contrabando en todas las etapas, desde el reclutamiento, la servidumbre por deudas y finalmente una asignación de víctimas en burdeles.⁶⁰

El tercer modelo denominado “Modelo de supermercado: bajo costo y alto índice comercial entre EE.UU. y México” es un modelo tradicionalmente practicado, se relaciona directamente con el contrabando transfronterizo de bajo costo que se ha caracterizado en la frontera entre Estados Unidos y México por más de un siglo. En esta sociedad de consumo atravesada por la dinámica utilitarista, dentro de estos dos escenarios Bauman identifica a dos tipos de consumidores turistas y vagabundos, pero los segundos son consumidores defectuosos.⁶¹

Con mucha y casi absoluta dificultad los vagabundos podrán estar en la misma posición que un turista y activar los flujos económicos de consumo que solo el dinero puede lograrlo, entonces su situación se restringe a la marginalidad y a la segregación porque no poseen los medios suficientes para ubicarse en la categoría de turista en un lugar que originariamente no es el suyo; por ello, fácilmente se encuentran en condiciones vulnerables para ser captados por las redes de trata.

El cuarto modelo denominado “Modelo de emprendedor violento: Balkan Crime Gr” está enfocado en la captación de mujeres para someterlas a la trata, identificando principalmente a mujeres provenientes de los Balcanes que son vendidas a comerciantes balcánicos por grupos delictivos de la antigua Unión Soviética y Europa del Este.⁶² Es un modelo oportunista tanto en los países de origen como en los receptores. La inestabilidad y el conflicto civil en la región de origen proporcionan un gran número de mujeres que son vulnerables a la trata.⁶³

Para Elizabeth Odio, otras formas de violencia ejercida por los estados orientada justamente hacia las mujeres se produce también cuando son obligadas a concebir. Para ejemplificar, Odio explica que, incluso en el contexto de guerra, desde 1988 las mujeres migrantes musulmanas eran comúnmente violadas por soldados serbios que las embarazaban forzosamente con el afán de utilizarlas como armas de guerra y a modo de exterminio contra sus grupos enemigos.⁶⁴

El quinto modelo denominado “Modelo de Esclavitud tradicional con tecnología moderna: Nigeria y África Occidental” es un modelo que está relacionado con la

60. *Ibíd.*, 125.

61. Zygmund Bauman, “Turistas y vagabundos”, en *La globalización. Consecuencias humanas* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica / Centro de Investigación y Docencia Económica, 1999), 14-5.

62. Shelley, “Trafficking in Women: The Business Model Approach”, 126.

63. *Ibíd.*

64. Elizabeth Odio Benito, “La perspectiva y el mandato de género en el Estatuto de Roma”, *Revista IIDH/ Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n.º 59 (junio 2014): 257.

esclavitud del pasado, con las comunidades y tribus locales involucradas en el reclutamiento.

Finalmente, el sexto modelo denominado “Modelo de actor racional con enfoque de regulación holandés” está direccionado al control de la trata en un país receptor. Caracterizado por ser en un modelo regulatorio que se aplica a otros negocios legítimos. La eficacia de este modelo se basa en la legalización de la prostitución y el mantenimiento de burdeles.⁶⁵ Este es el modelo que emplean los estados para confundir la prostitución con la trata de personas y así blindar la trata como una práctica que aparentemente goza de plena legalidad.

Para Claudia Storini, esta distinción entre la prostitución y la trata de personas se hizo visible por primera vez en Europa con la entrada en vigor de la Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad en 1993, en la que los estados tienen la obligación de monitorear y controlar la prostitución voluntaria e involuntaria con el propósito de considerar la prostitución como una práctica incompatible con la dignidad humana.⁶⁶ A pesar de que esta aclaración se hizo a través de un instrumento jurídico válido hace más de dos décadas, se puede destacar que esta confusión permanece hasta la actualidad, como se ha indicado en líneas precedentes.

A los gobiernos no les interesa perseguir a estas redes criminales de forma adecuada porque son estas mismas prácticas las que mueven grandes cantidades de dinero y sobre las cuales desafortunadamente se encuentran nuevamente los cuerpos de las mujeres como instrumentos para ejercer esta violencia. Las inacciones de los gobiernos generan también responsabilidades en todos los niveles puesto que sus inacciones generan también niveles de incumplimiento.

Al respecto, dentro del contexto de las víctimas de trata de personas y las obligaciones nacionales e internacionales que tienen los estados, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Hacienda Brasil Verde vs. Brasil* condenó al Estado por violar la prohibición de esclavitud contemplada en el artículo 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos,⁶⁷ y en su argumentación desarrolló la categoría de discriminación estructural histórica.⁶⁸ Por ello, los Estados deben observar la dimensión que tienen los efectos de las políticas públicas que dictan.

65. Shelley, “Trafficking in Women: The Business Model Approach”, 123-9.

66. Claudia Storini, “Trata de seres humanos y tráfico de inmigrantes en los albores del siglo XXI”, s. f., 178-9.

67. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Costa Rica, art. 6.

68. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sentencia Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, 20 de octubre de 2016, serie C n.º 318, párr. 343. Washington.

Los estados como estructuras de poder que controlan y regulan a los colectivos sociales tienen la obligación de respetar, proteger, garantizar y promover los derechos humanos de las personas;⁶⁹ por otro lado, está su obligación de aplicar su poder punitivo sobre las conductas socialmente lesivas, es decir el cometimiento de delitos como la trata de personas. En esta línea, del respeto y el cabal cumplimiento a los derechos humanos, es necesario que se cree toda la maquinaria institucional indispensable para la realización de los derechos humanos, creando a su vez la infraestructura legal e institucional de la que dependen la realización práctica de los derechos, así como también la obligación de repararlos en caso de determinarse su vulneración.

CONCLUSIONES

Frente a la determinación del valor de unos cuerpos sobre otros, en virtud de la deshumanización que enfrenta nuestra sociedad a causa del sistema capitalista, este ha convertido a ciertos sujetos en objetos de consumo. Las mujeres víctimas de trata de personas son sometidas a condiciones de explotación en varios niveles, por cuanto tienen mucha restricción para acceder a sus derechos y por ende se cuestiona su humanidad desde el análisis del valor de los cuerpos y el ejercicio de sus derechos.

La valoración de unos cuerpos sobre otros también se determina en función de la producción económica capitalista, generada por las empresas y aplicada por los estados. Debido a que es necesario incrementar las ganancias, y que los flujos comerciales nacionales e internacionales sean cada vez más baratos para los productores, se han desarrollado formas modernas de esclavitud, de las que se destaca la explotación a los cuerpos de las mujeres con el delito de trata de personas con fines de explotación sexual.

Los estados cumplen un rol fundamental como garantes de derechos, pero también como responsables por las vulneraciones de derechos de las mujeres víctimas de trata de personas al institucionalizar la violencia. El patriarcalismo como una práctica cultural reproducida a través del tiempo coloca a las mujeres como potenciales víctimas de trata de personas con fines de explotación sexual, al ser el colectivo humano con el porcentaje mayor de víctimas de trata reportado cada año. El cuerpo femenino ha sido capitalizado, discriminado y explotado de forma sistémica.

Finalmente, a pesar de la existencia de normativa nacional e internacional que protege a las mujeres víctimas de este delito, hacen falta grandes esfuerzos y compro-

69. Servicio Profesional en Derechos Humanos, *Fundamentos Teóricos de los Derechos Humanos* (Ciudad de México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2011), 39-43, <https://bit.ly/2Tt9tWv>.

misos que los estados deben asumir para poder reducir y erradicar la trata de personas a nivel mundial.

BIBLIOGRAFÍA

- Adichie, Chimamanda Ngozi, y Elvira Lindo. *Americanah*. Bogotá: Literatura Random House, 2018.
- Agamben, Giorgio. *Lo que queda de Auschwitz: el archivo y el testigo. Homo sacer III*. Valencia: Pre-Textos, 2002.
- Álvarez Velasco, Soledad. “¿Crisis migratoria contemporánea? Complejizando dos corredores migratorios globales”. *Revista Ecuador Debate*, n.º 97 (2016): 155-71.
- Antolínez Domínguez, Inmaculada, y Esperanza Jorge Barbuzano. “Repensando la categoría de ‘víctima’: un análisis sobre la capacidad de agencia de mujeres migrantes vinculadas a redes de trata”. *Hachetepe. Revista científica de educación y comunicación* 2, n.º 15 (2017): 37-49. doi:10.25267/Hachetepe.2017.v2.i15.5.
- Aronowitz, Alexis A., Gerda Theuermann y Elena Tyurykanova. *Analysing the Business Model of Trafficking in Human Beings to Better Prevent the Crime*. Vienna: OSCE Office to the Special Representative and Co-ordinator for Combating Trafficking in Human Beings, 2010.
- Augé, Marc, y Margarita Mizraji. *Los “no lugares” espacios del anonimato una antropología de la sobremodernidad*. Barcelona: Gedisa, 2008.
- Bales, Kevin. *Disposable People: New Slavery in the Global Economy*. Rev. ed. Berkeley: University of California Press, 2012.
- Bauman, Zygmund. “Turistas y vagabundos”. En *La globalización. Consecuencias humanas*, 103-33. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica / Centro de Investigación y Docencia Económica, 1999.
- Benjamin, Walter. “Tesis sobre la historia y otros fragmentos”, 1989, 75.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Convenio 36 de la Organización de Estados Americanos. Costa Rica, 22 de noviembre de 1969.
- Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos*. 2004.
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Convención de Belem Do Para*. 9 de junio de 1994.
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. Estados Unidos, 1979.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Sentencia Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. Washington D. C., 20 de octubre de 2016.
- Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*. Ginebra, 1993.
- Diéguez Caballero, Ileana. *Cuerpos sin duelo: iconografías y teatralidades del dolor*. 2013. Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, 10 de febrero de 2014.

- . *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- . *Ley Orgánica de Movilidad Humana*. Registro Oficial 938, 6 de febrero de 2017.
- Ecuador, Corte Constitucional. *Sentencia n.º 388-16-EP/21*. 23 de junio de 2021.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Países Bajos, 1 de julio de 2002.
- Fernández, Marisol, Félix Morales y Katharine T. Bartlett, editores. *Métodos feministas en el derecho: aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana*. Lima: Palestra, 2011.
- Foucault, Michel. *Vigilar y castigar: el nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2004.
- Girard, René. *La violencia y lo sagrado*. Barcelona: Anagrama, 2016.
- Harari, Yuval Noah. *Sapiens. De animales a dioses: una breve historia de la humanidad*. Buenos Aires: Titivillus, 2019.
- Nancy, Jean-Luc. *¿Qué significa partir?* Buenos Aires: Capital Intelectual, 2016.
- Odio Benito, Elizabeth. “La perspectiva y el mandato de género en el Estatuto de Roma”. *Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n.º 59 (junio 2014): 344.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, UNODC. “Algunos datos relevantes sobre la trata de personas”. Viena, 2009.
- . “Las dimensiones de género de la trata de personas”. Viena: Grupo de Coordinación Interinstitucional UNODC, 2017.
- Rojas, Claudio Nash. “La eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en tiempo de cólera”. *Revista Tribuna Internacional* (2020): 21.
- Segato, Rita Laura. *La guerra contra las mujeres*. Mapas, 45. Madrid: Traficantes de Sueños, 2016. <https://bit.ly/36V8KAA>.
- . *Las estructuras elementales de la violencia: ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*. Derechos humanos. Viejos problemas, nuevas miradas. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes / Prometeo 3010, 2003.
- . *Las nuevas formas de la guerra y el cuerpo de las mujeres*. Ciudad de México: Tinta Limón, 2013.
- Servicio Profesional en Derechos Humanos. *Fundamentos Teóricos de los Derechos Humanos*. Ciudad de México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2011. <https://bit.ly/2Tt9tWv>.
- Shelley, Louise. “Trafficking in Women: The Business Model Approach”, *The Brown Journal of World Affairs*, 10 (2021): 119-31.
- Storini, Claudia. “Trata de seres humanos y tráfico de inmigrantes en los albores del siglo XXI”, s. f., 24.
- Women’s Link Worldwide. *Víctimas de Trata en América Latina. Entre la desprotección e indiferencia*. Informe n.º 7. Madrid, 2017. <https://bit.ly/3zlkJU2>.
- Wright, Erick Olin. “Los puntos de la brújula. Hacia una alternativa socialista”. *New Left Review*, n.º 41 (2006): 81-109.
- Zimbardo, Philip G. *El efecto Lucifer*. Barcelona: Paidós, 2012.

Los efectos del cambio climático: otra razón para repensar las políticas migratorias

*The Effects of Climate Change:
Another Reason to Rethink Migration Policies*

Eduardo Elías Gutiérrez López

Docente de la Universidad Autónoma de Baja California
Baja California, México
elias.gutierrez@uabc.edu.mx
ORCID: 0000-0002-9171-8813

Hugo José Regalado Jacobo

Docente de la Universidad Autónoma de Baja California
Baja California, México
hugo.regalado@uabc.edu.mx
ORCID: 0000-0002-9175-438X

María del Carmen Leticia Miranda Galindo

Investigadora independiente
Xochimilco, México
miranda_bu@hotmail.com
ORCID: 0000-0001-9485-2164

Artículo de investigación

DOI: <https://doi.org/10.32719/26312484.2022.37.4>

Fechas de recepción: 30 de junio de 2021
Fechas de revisión: 26 de agosto de 2021
Fecha de aceptación: 15 de septiembre de 2021
Fecha de publicación: 3 de enero de 2022

Licencia Creative Commons



RESUMEN

Son muchos los retos globales que se avecinan; sin embargo, dentro de las discusiones en materia de política pública y legislación, poco se abordan las movilidades humanas como producto de los impactos del cambio climático. Si bien es cierto que el estudio de la relación entre migración y cambio climático es intrincado en comparación con los análisis que enfatizan en otras causas de las movilidades humanas, el escenario mundial que se proyecta demanda poner más atención en este factor.

Este panorama mundial exige acciones de los gobiernos nacionales, así como repensar la racionalidad política con que actualmente se regula y gestiona el fenómeno migratorio. Por consiguiente, este trabajo tiene como objetivo realizar un análisis teórico de las principales posturas políticas en torno al fenómeno migratorio que han asumido los países y discutir hasta qué punto son pertinentes con las exigencias futuras en materia de cambio climático.

La metodología empleada es analítica y parte de la base de descomponer en todas sus partes y tipos las principales políticas migratorias y contrastarlas con las legislaciones y acciones ejecutadas por los países y comunidades internacionales. Todo ello para establecer que las principales racionalidades políticas con las que se regula y gestiona el tema migratorio son insuficientes para atender las consecuencias de un fenómeno global e inevitable como el cambio climático.

PALABRAS CLAVE: cambio climático; migración; desplazamiento forzado; racionalidad política; retos globales; regulación migratoria; políticas públicas; derechos humanos.

ABSTRACT

There are many global challenges ahead, however, within the discussions on public policy and legislation, little is addressed about migration as a result of the impacts of climate change. The study of the relationship between migration and climate change is intricate in comparison to the analyses that emphasize other causes of human mobility, but the projected global scenario calls for more attention to this factor. This global panorama requires action by national Governments, as well as rethinking the political rationality with which migration is currently regulated and managed. Therefore, this work aims to carry out a theoretical analysis of the main political positions on the migratory phenomenon that countries have assumed and to discuss to what extent they are relevant to the future demands on climate change. The methodology used is analytical and is based on breaking down the main migration policies in all their parts and types and contrasting them with the laws and actions implemented by countries and international communities. All this to establish that the main political rationales with which the migration issue is regulated and managed are insufficient to address the consequences of a global and inevitable phenomenon such as climate change.

KEYWORDS: climate change; migration; forced displacement; political rationality; global challenges; migration regulation; public policies; human rights.

FORO

INTRODUCCIÓN

La migración es un fenómeno multipocausal que ha sido abordado desde diferentes disciplinas científicas y, que, a la fecha, no existe un consenso para identificar el factor único que mueve a las personas a cambiar sus lugares de residencia. En un comienzo predominaron las teorías economicistas que planteaban que las movilidades humanas eran resultado de las diferencias salariales entre los países o de las variaciones entre la oferta y demanda de mano de obra según las diversas zonas geográficas; posteriormente se atribuyeron las migraciones al movimiento rural-urbano impulsado por el crecimiento de las sociedades industrializadas modernas y, finalmente, a una lógica capitalista que estructura el mercado global y que produce una población ambulante.¹

Sin embargo, con el desarrollo de los estudios de migración y con el arduo crecimiento de las movilidades humanas en todo el mundo, muchas de las cuales ya no respondían a los razonamientos empleados por las teorías economicistas, se fue ampliando la gama de razones que motivaban el fenómeno migratorio. Así mismo, ya no solo interesaba a las disciplinas científicas las causas *per se* de las movilidades humanas, sino su perpetuación, pues habían comenzado a reproducirse movimientos constantes, sistemáticos, que constituían de alguna forma “una cultura de la emigración”.²

De esta manera, se anexarían nuevos motivos a la explicación del fenómeno migratorio, tales como la violencia estructural que se vive en algunos contextos, la violación sistemática de derechos humanos, los desastres naturales y, de modo muy reciente, los efectos del cambio climático. Todas las razones anteriores son subyacentes a un fenómeno concreto: el desplazamiento forzado, también llamado migración forzada.

Las migraciones o desplazamientos forzados tienen dos connotaciones a partir de las cuales pueden ser mayormente comprendidos: primeramente, las personas refugiadas o solicitantes de la condición de refugiado, que son aquellas que huyen de contextos de violencia, inseguridad, temor fundado, amenazas, persecuciones (por motivos de raza, religión o nacionalidad, opiniones políticas, por su pertenencia a un grupo social determinado, etcétera) o cualesquier otro riesgo que corran en sus países de origen que ponga en peligro su vida o su libertad y que los orille a buscar protección en otro país; por otro lado, la segunda connotación refiere al desplazamiento forzado interno, que alude a personas que han decidido dejar sus lugares de residencia y moverse a otro

-
1. Douglas Massey et al., “Theories of International Migration: A Review and Appraisal”, *Population and Development Review* 19, n.º 3 (1993): 431-48.
 2. Douglas Massey et al., *Worlds in Motion. Understanding International Migration at the End of the Millennium* (Nueva York: Clarendon Press Oxford, 1998): 47-8.

espacio geográfico dentro de su mismo país, es decir, sin cruzar alguna frontera internacional, porque su vida se encuentra en riesgo como consecuencia de algún conflicto armado, situaciones de violencia, violaciones de los derechos humanos, etcétera.³

En lo que refiere a la primera connotación, las políticas públicas y los marcos jurídicos han establecido mecanismos de protección tanto a nivel interno (Constituciones de los países, leyes especializadas en migración internacional, etc.) como a nivel internacional (tratados internacionales, sistemas regionales de protección de derechos humanos), debido a que, con la Segunda Guerra Mundial, quedó comprendido que la protección de los derechos humanos no podía quedar constreñida a los Estados desde una operatividad interna, sino que esta debía apelar a una noción de internacionalización. Los procesos de internacionalización de los derechos humanos tuvieron su génesis en el fenómeno de la globalización, a razón de que ya no solo persistía una constante movilidad de bienes, capitales y servicios, sino también de personas.

De esta forma sería hasta la mitad del siglo XX cuando la noción de soberanía comenzaría a comprenderse como algo menos absoluto y se determinaría, como uno de sus principios, aquella noción de que no hay soberanía que valga para justificar la violación sistemática de los derechos humanos.⁴ Este proceso de internacionalización de los derechos humanos y la constante movilidad de personas en el mundo tendrían su punto de inflexión en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de Naciones Unidas en 1951 y en su Protocolo de 1967.

Empero, en lo que respecta a la segunda connotación (desplazamiento forzado interno), no ha habido, interna e internacionalmente, la misma vehemencia para constituir medios de protección de las personas que encajen en esta categoría conceptual, a pesar de que, en 2008, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) presentó un manual para la Protección de Desplazados Internos como parte de las herramientas del Grupo Sectorial Global de Protección.⁵ No obstante, no hay a la fecha un tratado internacional que oriente sobre el tratamiento y gestión de este fenómeno y, en el caso concreto de México, ha persistido una indiferencia rotunda del Estado para aprobar un ordenamiento jurídico que establezca la forma de regular este tipo de movilidad, a pesar de que, de acuerdo con la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A. C.⁶ en su informe de 2018, en

-
3. Gloria Gómez et al., “Las migraciones forzadas por la violencia: el caso de Colombia”, *Ciência & Saúde Coletiva* 13 n.º 5 (2008): 1651.
 4. Jorge Bustamante, *Migración internacional y derechos humanos* (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002): 166.
 5. Grupo de Trabajo del Grupo Sectorial Global de Protección, *Manual para la Protección de los Desplazados Internos* (Grupo de Trabajo del Grupo Sectorial Global de Protección, 2010).
 6. Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A. C., *Episodios de desplaza-*

dicho año se registraron 25 episodios de desplazamiento forzado interno masivo, en el que se vieron involucradas 11 491 personas de las entidades federativas de Guerrero, Chiapas, Sinaloa, Oaxaca y Michoacán.

Esta variedad de causas que convergen dentro de las movilidades humanas ha llevado a la configuración de diferentes racionalidades políticas de los Estados para regular y gestionar el fenómeno migratorio, entre ellas, *políticas contenciosas o restrictivas*, *políticas selectivas* y *políticas de control con rostro humano*, siendo esta última racionalidad política una forma de llamar a ciertas políticas migratorias por Eduardo Domenech.⁷ El concepto de racionalidad es, en términos de Rawls,⁸ el empleo de los medios más eficaces para la consecución de los fines, por tanto, la racionalidad política refiere a medios y objetivos que subyacen en una política pública o en ordenamiento jurídico, en este caso, en los temas migratorios.

El cambio climático como una de las últimas causas agregadas al fenómeno migratorio permite realizar un análisis teórico y normativo de la pertinencia de estas políticas globales y locales. Las implicaciones climatológicas y la toma de decisiones para regularlas es un tema antiquísimo, pero no hay duda de que en las últimas décadas ha tomado relevancia por el avance del deterioro ambiental.

No se puede dejar de lado el efecto que ha tenido el cambio climático en la interacción social, lo que, entre otras cosas, también ha estimulado la movilidad de personas. Con la aceleración tecnológica de la primera Revolución industrial, las consecuencias de la masificación de personas en espacios territoriales urbanizados generaron escenarios complejos derivados de desastres naturales que hacen repensar la crisis del Antropoceno bajo la migración de personas por razones medioambientales.⁹ Por ello, el cambio climático concentra uno de los debates más relevantes dentro de las movilidades humanas, por las implicaciones que adjuntan aspectos políticos, económicos y sociales.

Por consiguiente, el objetivo de este trabajo es efectuar, por un lado, un análisis teórico de las principales racionalidades políticas en torno a la regulación y gestión del fenómeno migratorio, así como un análisis normativo en el que se revisarán diferentes legislaciones y políticas nacionales e internacionales, todo ello a la luz de las

miento interno forzado masivo en México. Informe 2018 (Ciudad de México: Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A. C., 2019): 13-5.

7. Eduardo Domenech, “‘Las migraciones son como el agua’: Hacia la instauración de políticas de ‘control con rostro humano’. La gobernabilidad migratoria en la Argentina”, *Polis, Revista Latinoamericana*, 12 n.º 35 (2013): 121.
8. John Rawls, *Teoría de la Justicia* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2003): 108.
9. Thomas Faist. “La problemática socionatural: cómo la migración reproduce las desigualdades en la era del cambio climático”, *Migración y Desarrollo* 16 n.º 30 (2018): 14.

nuevas realidades globales como el cambio climático y su impacto en los desplazamientos humanos. Partiendo de la premisa de que las consecuencias del cambio climático orillarán a los Estados, tarde que temprano, a repensar sus modos operativos, políticos y jurídicos de regular y gestionar la migración.

Para ello, el trabajo está dividido en dos secciones. En la primera se analizan, cuestionan y contrastan las principales racionalidades políticas que han asumido los estados y las comunidades internacionales para regular y gestionar el fenómeno migratorio y, en la segunda, se definirán las bases generales de la relación existente entre el cambio climático y la migración, las posturas que se han asumido desde los organismos internacionales, las proyecciones futuras de los impactos de este nexo y, finalmente, cuán pertinentes resultan las principales racionalidades políticas para afrontar un fenómeno global como el que se avecina.

PRINCIPALES RACIONALIDADES POLÍTICAS EN TORNO AL FENÓMENO MIGRATORIO

El fenómeno migratorio trajo como resultado diversos posicionamientos políticos en torno a la manera cómo deben regularse o gestionarse las movilidades humanas. La primera razón que polariza la concepción de la migración es el papel del Estado según el rol que juega dentro de la dinámica migratoria, es decir, si es un país de origen, de tránsito o de destino de personas migrantes. Sin embargo, persisten otras razones como la visión de la migración como un tema de seguridad nacional, de riesgo a la seguridad pública, de desequilibrio económico, sanitario o poblacional e incluso se llega a apelar a aspectos raciales, culturales y, por ende, discriminatorios.

Por el contrario, desde la perspectiva de los países de origen se ha procurado edificar una postura de reconocimiento en las personas migrantes, independientemente de su condición de estancia, como sujetos de derecho y, por consiguiente, sujetos de protección jurídica por los Estados de tránsito o de destino. Inclusive desde otras trincheras se ha comenzado a discutir sobre la posibilidad de establecer un derecho a migrar, es decir, un derecho a salir de un Estado y entrar a otro sin repercusiones legales, administrativas o de cualquier otra índole.

Para los efectos de este trabajo se ha decidido elegir las tres racionalidades políticas dominantes en el contexto global en torno a la regulación y gestión del fenómeno migratorio, tanto de los países de destino como de tránsito y de origen de personas migrantes: a) políticas contenciosas o restrictivas; b) políticas selectivas; y c) políticas de control con rostro humano. Todas ellas serán expuestas en cuanto a sus características, prácticas y debilidades.

POLÍTICAS CONTENCIOSAS O RESTRINGIDAS

La soberanía nacional es una perspectiva política para comprender y regular a la migración. La soberanía es uno de los elementos constitutivos del Estado-nación que lo ha acompañado desde sus bases filosóficas. Para Bobbio¹⁰ el concepto de soberanía en sentido amplio indica el poder de mando de última instancia en una sociedad política. Este principio nacional se encuentra regularmente protegido por las constituciones de los Estados, pues, de acuerdo con Valadés,¹¹ en los Estados Constitucionales el poder supremo le corresponde al pueblo.

Por mucho tiempo la aplicación de la soberanía fue entendida en forma absoluta y fue hasta la segunda parte del siglo XX que la idea de soberanía de los Estados con base en las relaciones internacionales comenzó a entenderse de manera menos absoluta y excluyente.¹² Esto pudo haber obedecido a la globalización en sus diferentes facetas: a) las crecientes relaciones comerciales entre los Estados; b) el aumento de la movilidad humana; y c) la internacionalización de los derechos humanos.

Desde el campo de estudio de las Relaciones Internacionales, de acuerdo con Rafael Calduch, el Estado puede definirse como “toda comunidad humana establecida sobre un territorio y con capacidad para desarrollar sus funciones políticas y económicas, mediante la generación y organización de relaciones simultáneas de poder y de solidaridad que institucionaliza en su interior y proyecta hacia el exterior”.¹³ En otras palabras, el Estado puede establecer relaciones de cooperación a nivel interno y externo que obedecen a su papel como actor global y su función en el sistema como un ente autónomo.

La pertenencia a una comunidad internacional establece vínculos entre los Estados y los lleva a firmar tratados internacionales con mayor regularidad, los que al momento de su ratificación se vuelven de observancia obligatoria. A pesar de que este fenómeno de dimensionar el derecho a un campo transnacional parece amenazar al concepto clásico de soberanía, en virtud de que se transmite el poder de aplicación de una norma legal a una comunidad internacional con facultades de injerencia, al final es el propio Estado quien soberanamente decide adherirse o no a determinados instrumentos internacionales. De tal manera que, aceptar la aplicabilidad de un tratado,

10. Paulo Cruz, “Soberanía y transnacionalidad: Antagonismos y consecuencias, Jurídicas”, *Jurid. Manizales* (Colombia) 7, n.º 35 (2010): 14.

11. Diego Valadés, “La soberanía burocrática”, *Hechos y Derechos*, n.º 21 (2014).

12. Bustamante, *Migración internacional y derechos humanos*, 165.

13. Rafael Calduch Cervera, *Relaciones Internacionales* (Madrid: Ediciones Ciencias Sociales, 1991): 79.

es la representación material de un acto del Estado-nación emanado de su investidura soberana.

El Derecho Internacional Público reconoce a los Estados la atribución de reglamentar la entrada y permanencia de extranjeros en su territorio.¹⁴ En otras palabras, son los Estados-nación los que deciden seleccionar cuáles personas pueden o no ingresar a su territorio, así como quiénes pueden establecerse con fines de residencia. Estas decisiones no pueden ser discutidas por las comunidades internacionales debido al principio de soberanía.

Bajo esa tesitura, las *políticas contenciosas o restrictivas*, también llamadas *políticas de seguridad*, se identifican por tener un enfoque policial o inquisitorio que enfatiza en el control de los flujos migratorios, aunque ello implique la desprotección de las personas migrantes y la violación a sus derechos humanos.¹⁵ Para esta perspectiva, las migraciones internacionales, y en general las movilidades humanas, son realidades que se pueden presentar y se vuelven admisibles bajo una condición necesaria: la regularidad o regularización, es decir, que la inmigración se dé por medios formales (visas, permisos, acuerdos bilaterales de contratación temporal, entre otros).

Estas facultades conferidas, en primer término, por el concepto tradicional de soberanía como elemento fundamental de los Estados-nación y, en segundo, por el Derecho Internacional Público, llevan a las políticas de los países, principalmente de aquellos que son lugares de destino o tránsito de personas migrantes, a diseñar estrategias de contención. Estas estrategias de contención estriban principalmente en la inversión millonaria para el resguardo de las fronteras, bajo la noción de criminalizar la migración y llevarla a un tema de seguridad nacional.

Esta postura también permite la creación, por un lado, de legislaciones que, además de restrictivas, son violatorias de los tratados internacionales más relevantes en el plano global y, por el otro, de discursos políticos de odio y de discriminación legitimados y con el afán de crear una cultura social de rechazo frente a aquellas personas extranjeras que no ingresen por las vías formales establecidas. Por lo tanto, este conjunto de políticas restrictivas ha polarizado la agenda interna de los países al decidir la seguridad de sus fronteras bajo el principio de interés nacional por sobre los tratados firmados con otros Estados en una comunidad internacional.

14. Bernardo Bolaños, "Migración, derecho consular y justicia global", *Isonomía*, n.º 30 (2009): 11.

15. José Ascensión Moreno Mena et al., "Políticas de seguridad y migración del Estado mexicano: Impacto en derechos humanos de migrantes y sus defensores", *Revista Temas Sociológicos*, n.º 16 (2012): 334.

POLÍTICAS SELECTIVAS

La necesidad o conveniencia de muchos países desarrollados fue desembocando en la creación de políticas públicas que, de alguna manera, permitieran el ingreso de personas migrantes a sus territorios, pero si y solo si, cumplieran con determinadas características laborales, académicas, etarias, entre otras. Esto en gran medida se originó por el requerimiento de estos países desarrollados de llenar algunos nichos de trabajo que no eran de interés para su población nacional, de cumplir con algunos propósitos económicos o de mercado y, en algunos casos especiales, resolver problemas demográficos frente a poblaciones muy longevas y, pensar en el fenómeno migratorio temporalmente permitido, como una medida para la reproducción y, por consiguiente, para la resolución de esa problemática.

Estas políticas públicas se enmarcan en la selectividad, pues son los Estados quienes, en el ejercicio de su soberanía, establecen las condiciones por las que ciertas personas pueden ser legalmente admitidas en sus territorios (muchas veces nada más por un período determinado) y, por ende, quiénes quedan automáticamente excluidas del ingreso regular. Las políticas selectivas son aquellas que clasifican a las personas migrantes entre deseables y no deseables, para permitir únicamente el acceso a quienes contribuyan a lo que llaman *desarrollo*.¹⁶ Para muchos autores esta selectividad como característica de ciertas políticas migratorias de países desarrollados trae como resultado que algunas personas migrantes sean condenadas a la indocumentación y expuestas a todas las vicisitudes que componen un trayecto migratorio por vías no regulares.¹⁷

Tres ejemplos muy claros de este tipo de políticas migratorias son las de Canadá, Estados Unidos y Japón. Por un lado, Canadá maneja un “sistema de puntos”, que tiene como propósito seleccionar a un determinado tipo de personas, de preferencia independientes y con un perfil acorde con las necesidades laborales del país y en particular de las provincias;¹⁸ estos puntos están fundamentados en diferentes variables como: la educación, ocupación, experiencia laboral, conocimiento de idiomas oficiales, edad, etcétera.¹⁹ Por su parte, Estados Unidos secciona su política migratoria en

16. Jacques P. Ramírez G., “Del aperturismo segmentado al enfoque de derechos: una mirada histórica de la política migratoria en el estado ecuatoriano”, en *Historia comparada de las migraciones en las Américas*, coord. Patricia Galeana (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto Panamericano de Geografía e Historia, 2014): 148.

17. Norma, Baca Távira, “Migración y gobierno. Atención a migrantes internacionales en el estado de México”, *Gaceta Laboral* 15, n.º 3 (2009): 31.

18. Mónica Vereá, “Los mexicanos en la política migratoria canadiense”, *Norteamérica* 5, n.º 1 (2010): 96.

19. *Ibíd.*, 97.

cuatro dimensiones: reunificación familiar, admisión de inmigrantes con calificaciones laborales en demanda, protección de refugiados y diversidad de inmigrantes por país de origen;²⁰ estas cuatro dimensiones le permiten, según Zolberg,²¹ formular una política migratoria como instrumento para construir una nación de inmigrantes, pero no todos, sino solo los que pasen el filtro de selección y, por último, la Ley de Control de Inmigración de Japón mantiene una política que únicamente admite a personas extranjeras para desempeñar trabajos con alta calificación profesional, o bien puestos de trabajo que no afecten el modo de vida de la ciudadanía japonesa, sino que al contrario favorezca el desarrollo de la sociedad,²² contemplando de este modo un sistema de clasificación de personas extranjeras en el país nipón que no les permite integrarse totalmente a su cultura.

Esta política migratoria que encaja perfectamente con una visión utilitarista es muy parecida a las políticas contenciosas o restrictivas, pues finalmente aquellas personas que no se encuentren en los supuestos que plantean quedarán fuera de cualquier oportunidad de ingresar a dichos países en búsqueda de mejores oportunidades, y, paradójicamente, las personas excluidas son muchas de las veces las que más necesitan salir de sus países e ingresar a otros. En otras palabras, las políticas selectivas siguen enmarcándose en una postura Estado-céntrica, en donde el elemento cardinal es el Estado-nación con sus necesidades y restricciones y no el individuo en contexto de movilidad y sujeto de derechos humanos.

POLÍTICAS DE CONTROL CON ROSTRO HUMANO

Otra perspectiva política paralela a la contenciosa o restrictiva y a la selectiva es aquella que enfatiza en los derechos humanos. En el estudio de la migración internacional se han desarrollado distintas teorías que analizan el contexto de recepción en las sociedades de destino. Desde aquellas que se enfocan en la asimilación o aculturación, enfatizando en la renuncia a una nacionalidad, a una cultura, a una religión y a una identidad, o bien las que asumen que las personas migrantes deben imitar modelos

-
20. U.S. Congress, Congressional Budget Office, *Immigration Policy in the United States: An Update* (Washington D. C., 2010) y Ruth Ellen Wasem, Ruth Ellen, "U.S. Immigration Policy on Permanent Admissions", *Congressional Research Service (crs) Reports* (Washington D. C.: The Library of Congress, 2004) en Rafael Alarcón, "Los mexicanos con estudios universitarios y el debate sobre el sistema de admisión de inmigrantes calificados en Estados Unidos", *Norteamérica* 11, n.º 1 (2016): 133.
 21. Alarcón, "Los mexicanos con estudios universitarios y el debate sobre el sistema de admisión de inmigrantes calificados en Estados Unidos", 133.
 22. Alejandro Méndez Rodríguez, "Migración de talentos como estrategia de desarrollo: México-Japón", *Problemas del Desarrollo. Revista Latinoamericana de Economía* 48, n.º 190 (2017): 147-8.

de conducta de los integrantes de la sociedad de recepción con el fin de demostrar que, pareciéndose a ellos, están expresando su deseo de “convertirse” en ciudadanos de “su nuevo país”.

Como consecuencia de estos procesos fue necesario determinar las condiciones mínimas a las que debe acceder cualquier persona independientemente de su condición migratoria, así como un procedimiento de integración más inclusivo en el que se respetaran la identidad y valores de la persona migrante. Por ello han emergido conceptos dentro del estudio de las migraciones internacionales que están vinculados con el acceso a ciertos derechos humanos: ciudadanía, residencia, condición de refugiado y asilado, derecho a la educación, derecho a la preservación de la unidad familiar, derechos laborales, derecho a la salud y asistencia social, derecho a la libertad de credo, participación política, entre otros.

Algunos de estos conceptos —y otros que se han omitido por fines de espacio— han sido adoptados por diferentes Estados y omitidos por otros. Esta perspectiva se ha ocupado de aminorar los riesgos producidos por la migración, sobre todo la indocumentada y los efectos provocados por el contexto de recepción hacia las personas migrantes internacionales, bajo la premisa de que si han de emigrar que lo hagan amparados por una serie de prerrogativas y garantías.

Esta perspectiva de derechos humanos acentúa el apremio en minimizar los riesgos que se producen en cualquier evento migratorio, sobre todo si este se hace de forma no autorizada, es decir, fuera de los lineamientos que dictan las leyes de los países de acogida. Esta minimización de riesgos parte de la base de que, a mayor reconocimiento de derechos humanos, menor es la posibilidad de sufrir menoscabos durante el trayecto migratorio, tales como: violaciones a derechos humanos, detenciones arbitrarias, discriminación racial, abuso laboral, deportaciones forzadas, etc.

Empero, esta perspectiva política no responde la disyuntiva de si es suficiente consolidar un catálogo de derechos humanos para personas migrantes internacionales, si estos siempre quedan al arbitrio de los Estados, los que en todo momento y en la justificación de su soberanía deciden cuáles derechos reconocer y sobre cuáles regular sobre su aplicación o rechazar. Para Torres-Marengo²³ plantear un derecho a la libre circulación que prevalezca sobre las políticas migratorias actuales altamente restrictivas, dificulta la preeminencia de la dignidad de las personas migrantes internacionales, porque su problemática central no es el respeto a la vida o a la integridad, sino la libertad para permanecer en el país donde encuentran oportunidades de subsistencia.

23. Verónica Torres-Marengo, “La migración en el sistema interamericano de derechos humanos”, *Vniversitas*, n.º 122 (2011): 70.

De tal forma que, la causa que produjo la migración no es una decisión esencialmente subjetiva, sino que está mediada por una construcción histórico-estructural que golpea a las personas potenciales a emigrar por una gama de factores de atracción y repulsión (*push-pull*) que repercuten en su decisión. De acuerdo con esta perspectiva, las dos racionalidades políticas anteriores son sistemas Estado-céntricos (centrados en el Estado y además inscritos en un sistema estatal), productos de la modernidad y, por lo tanto, es imposible pensar en uno u otro sin pasar por el poder estatal.²⁴

Esta racionalidad política Estado-céntrica impide que en efecto se pueda hablar de una política de derechos humanos. El producto final es una racionalidad política de control que se ha aprovechado de los valores lingüístico y político que tienen en los contextos modernos los derechos humanos y los emplea para presentar un rostro afable frente a la comunidad internacional.²⁵ A través de estas jiribillas políticas se constituye lo que Domenech²⁶ ha nombrado *políticas de control con rostro humano*, refiriéndose a aquellas que, disfrazadas con un discurso de derechos humanos, tienen los mismos objetivos trazados que las políticas abiertamente contenciosas, restrictivas o de seguridad.

A pesar de sus debilidades, esta racionalidad política se origina en el marco de la incapacidad de los países receptores de controlar la migración y sus fronteras, a pesar de las excesivas inversiones en la creación de departamentos y dispositivos de “securitización”. Por ello autoras como García²⁷ han expuesto que, mientras se parta del Estado-nación y de sus facultades, se dará por sentado que la migración es un problema y se combatirá con acciones regulatorias.

CAMBIO CLIMÁTICO Y MIGRACIÓN

Una variante de las migraciones forzadas es el desplazamiento por razones medioambientales, quizá uno de los tópicos más recientes dentro de este tipo de movilidades humanas. En términos de El Hinnawi los desplazados ambientales son aquellas personas

24. Lila García, “Migraciones, Estado y una política del derecho humano a migrar: ¿hacia una nueva era en América Latina?”, *Colombia Internacional*, n.º 88 (2016): 125.

25. Eduardo Elías Gutiérrez López, “Análisis del discurso en la Ley de Migración de México: ¿Qué se pretende con el procedimiento de presentación de extranjeros y el alojamiento en las estaciones migratorias?”, *Autoctonía. Revista de Ciencias Sociales e Historia* II, n.º 1 (2018): 59.

26. Domenech, “‘Las migraciones son como el agua’: Hacia la instauración de políticas de ‘control con rostro humano’. La gobernabilidad migratoria en la Argentina”, 121.

27. García, “Migraciones, Estado y una política del derecho humano a migrar: ¿hacia una nueva era en América Latina?”, 130.

que se han visto forzadas a dejar su hábitat tradicional, de forma temporal o permanente, debido a un marcado trastorno ambiental, ya sea a causa de peligros naturales y/o provocado por la actividad humana, como accidentes industriales o que han provocado su desplazamiento permanente por grandes proyectos económicos de desarrollo, o que se han visto obligados a emigrar por el mal procesamiento y depósito de residuos tóxicos, poniendo en peligro su existencia y/o afectando seriamente su calidad de vida.²⁸

Por su parte la Organización Internacional para las Migraciones propondría en 2007 una definición técnica para identificar a quienes llamarían migrantes por causas ambientales, refiriéndose a

las personas o grupos de personas que, por motivo de cambios repentinos o progresivos en el medio ambiente, que afectan adversamente su vida o sus condiciones de vida, se ven obligados a abandonar sus lugares de residencia habituales, o deciden hacerlo, bien sea con carácter temporal o permanente, y que se desplazan dentro de sus propios países o al extranjero.²⁹

A pesar de que el cambio climático es una realidad, en términos jurídicos, tanto los Estados como algunas agencias intergubernamentales aún no reconocen el desplazamiento migratorio por razones ambientales como factor decisivo para otorgar el estatuto de refugiado³⁰ y esto se relaciona con la definición de *Refugiado* establecida en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.³¹ Sin embargo, en 2020 ACNUR emitió un compendio de consideraciones legales sobre las reclamaciones de protección internacional derivadas del movimiento de personas por razones climáticas, sin embargo, estas consideraciones se quedan en un estadio medio debido a que el término de *refugiados ambientales* sigue sin ser aceptado por las implicaciones que tendría en el derecho internacional.³²

Los estados nacionales han silenciado la cuestión de los refugiados ambientales, muchas veces amparándose en que se trata de un tema de naturaleza global y no

28. Carmen Egea y Javier Soledad, “Los desplazados ambientales, más allá del cambio climático. Un debate abierto”, *Cuadernos Geográficos*, n.º 49 (2011): 203.

29. Organización Internacional para las Migraciones, *Nota para las deliberaciones: la migración y el medio ambiente* (2007): 2. http://governingbodies.iom.int/system/files/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/about_iom/es/council/94/MC_INF_288.pdf. Accedido 28 de febrero de 2021.

30. ACNUR, *Cambio climático y desplazamiento por desastres* (Ciudad de México, ACNUR, 2020). <https://www.acnur.org/cambio-climatico-y-desplazamiento-por-desastres.html>. Accedido 5 de junio de 2021.

31. ONU, Asamblea General, *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Serie Tratados de Naciones Unidas* 189 n.º 2545 (Ginebra, 1951).

32. UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), “Legal considerations regarding claims for international protection made in the context of the adverse effects of climate change and disasters”, 1 de octubre de 2020. <https://www.refworld.org/docid/5f75f2734.html>. Accedido 5 de junio de 2021.

gional. Empero, la perspectiva de las comunidades internacionales no solo muestra un desinterés momentáneo sobre este tópico, sino que además se ve lejano un acuerdo internacional que regule y gestione este fenómeno del cambio climático y su vínculo con la migración.³³

En ese sentido, países de América Latina como Colombia, México y El Salvador cuentan solamente con políticas y medidas legales que, se concentran en otros puntos del cambio climático como las emisiones de gases de efecto invernadero (Sistema de Gestión de Riesgo de Desastres en Colombia, la Ley General de Cambio Climático en México y la Ley de Cambio Climático en El Salvador) y dejan de lado el nexo con la migración, y lo mismo sucede con los acuerdos internacionales a los que se han adherido. En consecuencia, estos países mantienen una codependencia regulatoria y de gestión con las comunidades internacionales, por lo que el desinterés de estas últimas permea el accionar de los Estados nacionales y el resultado son medidas reactivas y no preventivas en el tema migratorio,³⁴ pese a ser regiones que ya sufren algunos efectos del cambio climático.

Dentro de las causas específicas que producen las movilidades humanas por razones ambientales se encuentran los desastres naturales, la contaminación, la degradación del suelo, las sequías, entre otras;³⁵ muchos de estos eventos son resultado del fenómeno del cambio climático. Desde 1990 el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático estableció que la migración sería uno de los efectos colaterales más representativos del cambio climático, al grado de convertirse, muy posiblemente, en la primera causa de las movilidades humanas en un futuro.³⁶ En este contexto es posible contemplar que algunas regiones del planeta han sido considerablemente afectadas como el caso de Centroamérica.³⁷

El gran desafío para los Estados inmersos en situaciones asociadas a la migración por el cambio climático, ya sea en el rol de país de origen o de destino, consiste en determinar de qué modo estos flujos migratorios van a poder adaptarse a los cambios y transiciones que suceden en un evento migratorio, máxime si se trata de un desplazamiento forzado en condiciones de supervivencia. Estos conflictos de adaptación suelen traducirse en dificultades para afrontar las nuevas condiciones climáticas, am-

33. Juan Pablo, Sarmiento Erazo, “Migración por cambio climático en Colombia: entre los refugiados medioambientales y los migrantes económicos”, *Revista Jurídicas* 15, n.º 2 (2018): 67.

34. Sarmiento, “Migración por cambio climático en Colombia: entre los refugiados medioambientales y los migrantes económicos”, *Revista Jurídicas* 15, n.º 2 (2018): 67.

35. Organización Internacional para las Migraciones, *Migración y cambio climático*, 11.

36. *Ibíd.*

37. Alejandro Canales Cerón et al., “Panorama de la migración internacional en México y Centroamérica”, *CEPAL. Población y Desarrollo*, n.º 124 (2018): 39.

bientales, económicas, sociales y culturales,³⁸ y, en general, todas las implicaciones vinculadas a las movilidades humanas en el origen, tránsito, destino e integración.

Si a lo anterior se suma el hecho de que, en términos de las cifras del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático y el Informe Stern del Cambridge University Press,³⁹ hacia 2050 se calculan alrededor de 200 millones de personas migrantes por razones climáticas, es decir, 1 de cada 45 desplazamientos en 2050 habrá sido por consecuencia del cambio climático. Este panorama exige de los gobiernos acciones políticas y jurídicas, así como repensar la racionalidad política con la que actualmente se regula y gestiona el fenómeno migratorio, principalmente en los países desarrollados, pero en general en todos los países, ya que el cambio climático se manifestará globalmente, no obstante, algunos países están mejor preparados para afrontar los cambios de la naturaleza, especialmente en los aspectos económico, tecnológico y en capacidades.⁴⁰

Bajo el análisis efectuado en este trabajo es difícil pensar que alguna de las tres racionalidades políticas para la gestión del fenómeno migratorio afrontaría de manera adecuada el inevitable movimiento masivo de personas por el cambio climático que se avecina. Las *políticas contenciosas restrictivas* aunque algunas veces han mostrado un rostro caritativo frente a la presentación de desastres naturales o contingencias ambientales, como el caso del programa *Temporary Protected Status* (TPS) en Estados Unidos que protegía a personas de Haití que habían salido de sus países a raíz del terremoto en 2010, la llegada al poder de personajes como Donald Trump que han rescatado argumentos nacionalistas y poco afables con las migraciones, llevaron a la eliminación de estas acciones políticas y representan un retroceso en la regulación de las movilidades humanas y, por ende, de las nuevas causas como el cambio climático.

El ascenso de Joe Biden al gobierno de Estados Unidos brindó una nueva perspectiva migratoria que, si bien sigue siendo de carácter restrictivo y selectivo, ha abierto la puerta a la reestructuración del sistema de asilo que Trump desarticuló. Por ejemplo, el 22 de mayo de 2021, Alejandro N. Mayorkas, secretario de Seguridad de Estados Unidos, anunció una nueva designación de TPS por 18 meses a ciudadanos de Haití y a aquellos que vivieron por última vez en ese país y que actualmente radican en Estados Unidos.⁴¹

38. Teófilo Altamirano, *Refugiados Ambientales: cambio climático y migración forzada* (Perú: Fondo Editorial de la PUCP, 2014): 42.

39. Organización Internacional para las Migraciones, *Migración y cambio climático*, 9.

40. Susana Borrás Pentinat, "Refugiados Ambientales: El Nuevo Desafío del Derecho Internacional del Medio Ambiente", *Revista de Derecho* XIX, n.º 2 (2006): 105.

41. Department of Homeland Security. Department of Homeland Security. 22 de mayo de 2021. <https://www.dhs.gov>

La realidad actual nos muestra que las políticas migratorias tienden a hacerse más rígidas y restrictivas por encima de flexibilizarse, por ejemplo, con la contingencia sanitaria mundial por el tema de la Covid-19 se cerraron fronteras, se desunificó a la Unión Europea y se mostró un separatismo estatal fundamentado en meros posicionamientos políticos y no en medidas con justificación científica. Por consiguiente, las políticas restrictivas que caracterizan principalmente a los países desarrollados y las estrategias que estos últimos han tomado, indican que, las racionalidades políticas que se encuadran en estos supuestos no están preparadas para dar respuestas a la relación entre migración y cambio climático.

Por otra parte, las *políticas selectivas* implicarían poner énfasis solo en aquellos individuos que cumplieran con determinadas características, es decir, tampoco aboriarían a los casos de personas que abandonarían sus lugares de residencia por los impactos derivados del cambio climático. La lógica anterior adquiere sentido debido a que las políticas selectivas analizan las necesidades (económicas, demográficas, educativas, etc.) del Estado de destino y no del Estado de origen, por tanto, no suelen ser empáticas con los daños o crisis experimentadas por los Estados de procedencia de las personas migrantes por causas ambientales o por las consecuencias del cambio climático.

Finalmente, desde las *políticas de control con rostro humano* cabe la posibilidad de que se creen mecanismos jurídicos y políticos para dar respuesta a los movimientos masivos de personas derivados del cambio climático, empero, la disyuntiva consistiría en responder si la creación de estos mecanismos obedece verdaderamente a una intención genuina de ayudar a las personas afectadas por los impactos ambientales o simplemente mostrar ante la opinión pública un rostro bondadoso como país. La historia ha enseñado que la signatura de un tratado internacional o de una política en materia de migración internacional no produce necesariamente una mejora en los derechos humanos, a menos que la finalidad sea genuina de proteger estas prerrogativas y no robustecer acuerdos comerciales, relaciones interestatales o presentar una perspectiva caritativa a la comunidad internacional.⁴²

Como se puede apreciar, difícilmente, a partir de las tres racionalidades políticas dominantes en materia migratoria, se podrá dar respuesta a los retos globales que se proyectan en un futuro no tan lejano con los impactos de algo que, parece inevitable, si se sigue desarrollando una dinámica de poco compromiso con el medioambiente,

dhs.gov/news/2021/05/22/secretary-mayorkas-designates-haiti-temporary-protected-status-18-months. Accedido 7 de junio de 2021.

42. Eduardo Elías Gutiérrez López, “Principales enfoques analíticos de los derechos humanos: una revisión a su pertinencia metodológica”, *Ius Comitalis* 3, n.º 5 (2020): 120.

como es el cambio climático. Es por ello urgente repensar en otras formas de concebir el fenómeno migratorio desde un lente político o jurídico, pues el cambio climático y su incidencia en las movilidades humanas parece ser algo inevitable.

Es pertinente la creación de una perspectiva o racionalidad política que incluya los temas medioambientales o de consecuencias del cambio climático, tanto desde el plano global como con acciones regionales y no esperar a remediar el problema de modo reactivo como se ha venido actuando frente a este tema. Algunas estrategias iniciales podrían ser el reconocimiento de la categoría de refugiado ambiental, ya sea desde los tratados internacionales o en las leyes de migración, de extranjería o de refugio de los países o bien, la consolidación de leyes especializadas sobre desplazamiento forzado que incluyan entre sus supuestos a personas migrantes por razones medioambientales o por efectos del cambio climático.

Los fenómenos de dimensión global como el cambio climático obligan a comprender que entre personas no existen estratificaciones y que los problemas económicos, sociales, ambientales y armados nos recuerdan que, la igualdad es un tópico inexorable por más que se quiera esconder con racionalidades políticas que la intentan ocultar de la luz pública. Sin duda, las consecuencias del cambio climático son otra razón para repensar la racionalidad con que se regulan las movilidades humanas en el siglo XXI.

A la par de las tres racionalidades políticas que se han mencionado, los organismos de Naciones Unidas encargados de la gestión de la migración y el Foro Mundial sobre Migración y Desarrollo han sentado un precedente en cuanto a la importancia y necesidad de fortalecer el régimen de protección internacional de refugiados, con el compromiso y la responsabilidad compartida de los Estados Miembros con la población migrante.⁴³

CONCLUSIONES

Por un lado, las movilidades humanas son un fenómeno que no se detendrá, por el contrario, se ha extendido el número de causas que intentan explicar por qué las personas abandonan sus lugares de residencia o buscan otros espacios para desarrollar sus proyectos de vida. Al final, son las desigualdades las que terminan por amplificar la gama de razones para migrar, desigualdades económicas, sociales, jurídicas, etcétera.

Sin embargo, también han comenzado a emerger otras causas que obedecen a la dinámica empresarial y de vida que se lleva en la actualidad, aunado a los proyectos

43. Angeles Solanes, “Desplazados y refugiados climáticos. La necesidad de protección por causas ambientales”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 55 (2021): 441.

de desarrollo que las empresas transnacionales ejecutan incluso en los países expulsores de personas migrantes. Estas causas han sido llamadas, por la academia y por las organizaciones internacionales de derechos humanos, como ambientales, y aquí se enmarcan tópicos como las sequías, los desastres naturales, la degradación del suelo y, los efectos negativos a la flora y la fauna que se ocasionan con los megaproyectos de desarrollo.

Estas causas ambientales se han complejizado con el paso del tiempo y las predicciones científicas indican que en 2050 los impactos serán muy representativos, al grado de que se presenten movimientos masivos de personas por motivo del cambio climático. Por lo tanto, sería un momento oportuno para pensar, desde la posición de los Estados y sus políticas migratorias, cuál tratamiento se les debería de dar a estas movilidades humanas, pensando además que parece ser algo inevitable.

No obstante, en el ámbito de las políticas migratorias ha habido una hegemonía de tres racionalidades políticas: *políticas contenciosas o restrictivas*, *políticas selectivas* y *políticas de control con rostro humano*. Cuando se estudian las características y particularidades de cada una de estas racionalidades políticas, lo que resalta es un utilitarismo, poca empatía y una contención de las fronteras a todas luces. Por tal motivo, no se proyecta una respuesta adecuada de los países y de las comunidades internacionales cuando el cambio climático represente una de las causas principales de las movilidades humanas.

Parece ser un buen momento para repensar las ópticas que se han asumido con relación a la gestión y regulación del fenómeno migratorio, primordialmente porque el cambio climático afecta y afectará de modo global, pero además porque las causas ambientales son un recordatorio para comprender que las movilidades humanas no pararán por más inversión económica que se efectúe en la protección de las fronteras, porque las razones para emigrar no obedecen en todos los casos a cuestiones individuales, sino a problemas estructurales que provocan el movimiento geográfico de las personas. Las racionalidades políticas hegemónicas no responden a los desafíos globales que se avecinan, por ello, la pertinencia de repensar, a partir del cambio climático, en nuevas formas de regular las movilidades humanas.

A partir del análisis teórico efectuado en este trabajo y contrastado con algunas normatividades nacionales e internacionales que operan en los Estados tanto de origen, tránsito y destino de personas migrantes, se propone la necesidad de instaurar una política migratoria que atienda las causas medioambientales y las consecuencias del cambio climático como parte del fenómeno migratorio y, por ende, tome acciones legales y políticas pertinentes. Por ahora, lo que persiste son medidas legales y políticas que regulan y gestionan de forma separada el cambio climático y la migración y de esa forma se actúa reactiva y no preventivamente.

Es el cambio climático, por consiguiente, un fenómeno que impactará a todas las sociedades, personas y sistemas políticos, por tanto, representa un argumento toral para reflexionar en torno a la manera en que deben regularse las movilidades humanas. Las posturas políticas que han adoptado los países de destino de personas migrantes no serían dables en el escenario global que se aproxima con las repercusiones del cambio climático, es por eso por lo que es un buen momento para repensar cómo se tiene que comprender un fenómeno multidimensional como la migración a la luz de las diversas causas que lo originan y lo perpetúan.

BIBLIOGRAFÍA

- ACNUR. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). “Cambio climático y desplazamiento por desastres”. 2020. <https://bit.ly/2Uf7Hh>. Consultado 5 de junio de 2021.
- Alarcón, Rafael. “Los mexicanos con estudios universitarios y el debate sobre el sistema de admisión de inmigrantes calificados en Estados Unidos”. *Norteamérica* 11, n.º 1 (2016): 131-57. <https://doi.org/10.20999/nam.2016.a005>.
- Altamirano, Teófilo. *Refugiados Ambientales: cambio climático y migración forzada*. Perú: Fondo Editorial de la PUCP, 2014.
- Baca Tavira, Norma. “Migración y gobierno. Atención a migrantes internacionales en el estado de México”. *Gaceta Laboral* 15, n.º 3 (2009): 5-35.
- Bolaños, Bernardo. “Migración, derecho consular y justicia global”. *Isonomía*, n.º 30 (2009): 7-29.
- Borras Pentinat, Susana. “Refugiados Ambientales: El Nuevo Desafío del Derecho Internacional del Medio Ambiente”. *Revista de Derecho* XIX, n.º 2 (2006): 85-108. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502006000200004>.
- Bustamante, Jorge. *Migración internacional y derechos humanos*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.
- Calduch Cervera, Rafael. *Relaciones Internacionales*. Madrid: Ediciones Ciencias Sociales, 1991.
- Canales Cerón, Alejandro y Martha Luz Rojas Wiesner. “Panorama de la migración internacional en México y Centroamérica”. *CEPAL. Población y Desarrollo*, n.º 124 (2018): 1-91.
- Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A. C. *Episodios de desplazamiento interno forzado masivo en México*. Informe 2018. Ciudad de México: Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A. C., 2019.
- Cruz, Paulo. “Soberanía y transnacionalidad: Antagonismos y consecuencias”. *Juridicas, Jurid. Manizales* (Colombia) 7, n.º 1 (2010): 13-36.
- Department of Homeland Security. Department of Homeland Security. 22 de mayo de 2021. <https://bit.ly/362LD6E>. Consultado 7 de junio de 2021.

- Domenech, Eduardo. “‘Las migraciones son como el agua’: Hacia la instauración de políticas de ‘control con rostro humano’. La gobernabilidad migratoria en la Argentina”. *Polis, Revista Latinoamericana* 12, n.º 35 (2013): 119-42. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-65682013000200006>.
- Egea, Carmen y Javier Soledad. “Los desplazados ambientales, más allá del cambio climático. Un debate abierto”. *Cuadernos Geográficos*, n.º 49 (2011): 201-15. <https://doi.org/10.30827/cuadgeo.v49i0.571>.
- Faist, Thomas. “La problemática socionatural: cómo la migración reproduce las desigualdades en la era del cambio climático”. *Migración y Desarrollo* 16, n.º 30 (2018): 11-29.
- García, Lila. “Migraciones, Estado y una política del derecho humano a migrar: ¿hacia una nueva era en América Latina?”. *Colombia Internacional*, n.º 88 (2016): 107-33. <https://doi.org/10.7440/colombiaint88.2016.05>.
- Gómez, Gloria, Gilberto Astaiza y María de Souza. “Las migraciones forzadas por la violencia: el caso de Colombia”. *Ciência & Saúde Coletiva* 13, n.º 5 (2008): 1649-60.
- Grupo de Trabajo del Grupo Sectorial Global de Protección. *Manual para la Protección de los Desplazados Internos*. Grupo de Trabajo del Grupo Sectorial Global de Protección, 2010.
- Gutiérrez López, Eduardo Elías. “Análisis del discurso en la Ley de Migración de México: ¿Qué se pretende con el procedimiento de presentación de extranjeros y el alojamiento en las estaciones migratorias?”. *Autoctonia. Revista de Ciencias Sociales e Historia* II, n.º 1 (2018): 57-73. <https://doi.org/10.23854/autoc.v2i1.50>.
- . “Principales enfoques analíticos de los derechos humanos: una revisión a su pertinencia metodológica”. *Revista Ius Comitalis* 3, n.º 5 (2020): 115-30. <https://doi.org/10.36677/iuscomitalis.v3i5.13654>.
- Massey Douglas, Joaquín Arango, Graeme Hugo, Ali Kouaouci, Adela Pellegrino y J. Edward Taylor. “Theories of International Migration: A Review and Appraisal, Population and Development Review”. *Population Council* 19, n.º 3 (1993): 431-66. <https://doi.org/10.2307/2938462>.
- . *Worlds in Motion. Understanding International Migration at the End of the Millennium*. Nueva York: Clarendon Press Oxford, 1998.
- Méndez Rodríguez, Alejandro. “Migración de talentos como estrategia de desarrollo: México-Japón”. *Problemas del Desarrollo. Revista Latinoamericana de economía* 48, n.º 190 (2017): 137-64. <https://doi.org/10.1016/j.rpd.2017.06.006>.
- Moreno Mena, José Ascensión y Lya Margarita Niño Contreras. “Políticas de seguridad y migración del Estado mexicano: Impacto en derechos humanos de migrantes y sus defensores”, *Revista Temas Sociológicos*, n.º 16 (2012): 331-57.
- ONU, Asamblea General. *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Serie Tratados de Naciones Unidas*. Vol. 189, n.º 2545. Ginebra, 28 de julio de 1951, 137.
- Organización Internacional para las Migraciones. *Nota para las deliberaciones: la migración y el medio ambiente* OIM, 2007. <https://bit.ly/2UdkLhm>. Accedido 28 de febrero de 2020.
- . *Migración y cambio climático*. Suiza: OIM, 2008.

- Ramírez G., Jacques P. “Del aperturismo segmentado al enfoque de derechos: una mirada histórica de la política migratoria en el estado ecuatoriano”. En *Historia comparada de las migraciones en las Américas*, coordinado por Patricia Galeana, 136-60. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto Panamericano de Geografía e Historia, 2014.
- Rawls, John. *Teoría de la Justicia*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2003.
- Sarmiento Erazo, Juan Pablo. “Migración por cambio climático en Colombia: entre los refugiados medioambientales y los migrantes económicos”. *Revista Jurídicas* 15, n.º 2 (2018): 53-69. <https://doi.org/10.17151/jurid.2018.15.2.4>.
- Solanes, Angeles. “Desplazados y refugiados climáticos. La necesidad de protección por causas ambientales”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 55 (2021): 433-60. <https://doi.org/10.30827/acfs.v55i0.15534>.
- Torres-Marengo, Verónica. “La migración en el sistema interamericano de derechos humanos”. *Vniversitas*, n.º 122 (2011): 41-76. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj60-122.msld>
- UN High Commissioner for Refugees (UNHCR). “Legal considerations regarding claims for international protection made in the context of the adverse effects of climate change and disasters”. 1 de octubre de 2020. <https://bit.ly/3w15ddP>. Accedido 5 de junio de 2021.
- Valadés, Diego. “La soberanía burocrática”. *Hechos y Derechos*, n.º 21 (2014).
- Verea, Mónica. “Los mexicanos en la política migratoria canadiense”. *Norteamérica* 5, n.º 1 (2010): 93-127.

La construcción de la sociedad del buen vivir en tiempos de globalización

The Construction of the Society of Good Living in Times of Globalization

Julieta Magaly Soledispa Toro

Investigadora independiente

Quito, Ecuador

17masolt@gmail.com

ORCID: 0000-0002-5412-6720

Artículo de investigación

DOI: <https://doi.org/10.32719/26312484.2022.37.5>

Fecha de recepción: 30 de junio de 2021

Fecha de revisión: 2 de septiembre de 2021

Fecha de aceptación: 15 de septiembre de 2021

Fecha de publicación: 3 de enero de 2022

Licencia Creative Commons



RESUMEN

El buen vivir es más que un modo de vida de pueblos andinos: es una filosofía, una cosmovisión y una forma de resistencia frente al modelo económico, social y cultural occidental, pero no son las únicas comunidades que encuentran en su sabiduría milenaria respuestas a los problemas cotidianos, sociales y a las manifestaciones de la naturaleza.

A su vez, la globalización, al ser la herramienta principal del consumismo y, por ende, del derroche y del desperdicio, que se viabiliza a costa del uso irracional y abusivo de los recursos naturales, antagoniza con el buen vivir que propugna el cuidado de la naturaleza.

Esa relación entre globalización y buen vivir que a primera vista resultaría imposible, puede ser reencauzada, en primer lugar, para un acercamiento entre las culturas originarias o no, con similares preocupaciones y objetivos, pero, sobre todo, para una acción conjunta en procura de mejorar y armonizar la relación del ser humano con la naturaleza. También puede ser útil para intercambiar saberes, conocimientos y productos. Puede ser además la plataforma que viabilice esa economía popular y solidaria propia del buen vivir. En suma, la globalización puede ser una ventana a la que se asomen todas las culturas para encauzar acciones comunes.

PALABRAS CLAVE: buen vivir; globalización; consumismo; equilibrio; armonía; desperdicio; intercambio; naturaleza.

ABSTRACT

Good living is more than a way of life of Andean peoples: it is a philosophy, a cosmovision and a form of resistance to the Western model, but they are not the only communities that find answers to daily and social problems and to the manifestations of nature in their millenary wisdom.

On the other hand, globalization is the main tool of consumerism that demands unnecessary products, which require the irrational use of natural resources. Consumerism originates waste and squandering. In the throwaway culture, everything ends up in the trash: in the earth or in the oceans. Thus, globalization is at odds with good living, which has as its most important principle: the care of nature.

This relationship between globalization and good living, can be redirected for a rapprochement between native cultures and a joint action in an attempt to improve the relationship of human beings with nature. It can also be the platform that makes viable the popular and solidarity economy of good living based on the fair exchange of products. Globalization can be a channel for common actions.

KEYWORDS: Good living; globalization; consumerism; balance; harmony; waste; exchange; nature.

FORO

INTRODUCCIÓN

La globalización no es un fenómeno reciente pero ahora se presenta con una fuerza arrolladora, capaz de generar, por un lado, cambios en las conductas y comportamientos sociales, y, por otro, de afectar las estructuras económicas de los estados. En este escenario cabe preguntarse: ¿Puede constituirse la globalización en un obstáculo para la construcción de la sociedad del buen vivir que proclama la Constitución de la República del Ecuador? En este artículo buscamos evaluar la incidencia que puede tener la globalización en la construcción de la sociedad del buen vivir a partir de una percepción de fragilidad de este concepto.

EL BUEN VIVIR

La Constitución ecuatoriana se refiere al buen vivir como sinónimo de la noción quichua *sumak kawsay*. Vanhulst y Beling no comparten este criterio. Consideran que el concepto “buen vivir” reduce el “espesor semántico” de la noción de *sumak kawsay*, pues en la cosmovisión de los pueblos indígenas, los principios de vida y plenitud tienen un papel trascendental y constituyen guía para la acción.¹ Desde la visión propia de un indígena como es Inuca, estos vocablos tienen el alcance de vida hermosa, vida, plena, vida digna.² No debemos perder de vista que el lenguaje es una expresión de sentimientos y de pensamientos y, al mismo tiempo, una forma de entenderse y de entender el mundo que se conoce.

Estermann sostiene que para los pueblos andinos quichuas los vocablos *kawsay*, *quimaña* o *jakaña* no involucran únicamente a los “seres vivos”, sino que tienen paralelamente connotaciones “ecosófica” y “cós mica”,³ que aluden a una energía común y compartida. Para entender a cabalidad la dimensión del buen vivir (vivir bien), Estermann analiza el pensamiento y el conocimiento de estos pueblos a través de lo que denomina la “epistemología andina”.

Al efecto, el investigador advierte que en la “cosmo-espiritualidad” andina, que denomina *pachasofía*, la vida (*kawsay* o *qamaña*) es un principio trascendental pre-

-
1. Julien Vanhulst y Adrián E. Beling, “El Buen vivir: una utopía latinoamericana en el campo discursivo global de la sustentabilidad”, *Polis, Revista Latinoamericana* 12, n.º 36 (2013): 497-522, doi:<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-65682013000300022>.
 2. José Benjamín Inuca Lechón, “Yachay tinkuy o encuentro y confrontación de saberes: Genealogía de la interculturalidad y del buen vivir en la educación de los pueblos kichwas del Ecuador desde mediados del siglo XX” (tesis doctoral, FLACSO Ecuador, 2017), <https://bit.ly/3x9YEHg>, 325.
 3. Estermann denomina “ecosofía” al cuidado del equilibrio tanto cósmico como espiritual en el aprovechamiento de los recursos naturales para consumo y uso como medios de producción.

sente en la naturaleza.⁴ Esta cosmo-espiritualidad se proyecta desde la sensibilidad humana, a través del diálogo y la interacción con y entre todos los elementos de la naturaleza, pues, al igual que los humanos, los demás seres de la naturaleza se piensan y se comunican desde y a través de sus propias manifestaciones, en lo que se denomina “cosmocimiento”. Es así como Kohn sostiene que los signos existen más allá de lo humano, por lo que propone buscar maneras para que, al acceder a los pensamientos del bosque, podamos construir un buen vivir en esta época antropocéntrica.⁵

La epistemología andina⁶ no concibe el conocimiento como poder sino como un instrumento de servicio. Así, los chamanes andinos ponen su saber al servicio de la vida, de *Pacha*, que incluye las nociones espacio-tiempo, para dar lugar a un concepto de “cosmos interrelacionado” o de “relacionalidad cósmica”.⁷ En general, los aspectos de la espiritualidad en los que se insertan los ritos y las curaciones forman parte del saber andino y son el fruto de una profunda preparación en la interrelación y el conocimiento de la naturaleza, que se han transmitido de generación en generación.

La relacionalidad a la que se refiere Estermann se traduce en el principio de armonía, según el cual todo tiene que ver con todo. Así, *Pacha* es un organismo en el que cada uno de sus componentes guarda relación con los demás, por lo que la alteración que sufra una parte afecta a las demás. En esta visión holística del Universo, las alteraciones en cualquier organismo generan desequilibrio, caos y hasta muerte.⁸ Además, la relacionalidad propicia interacciones en los niveles cósmico, antropológico, económico, político y religioso, así como con los principios de correspondencia, complementariedad, reciprocidad y ciclicidad.⁹

El principio de relacionalidad está referido a todas las interacciones que se producen entre los seres vivos, bajo la premisa de que los elementos de la naturaleza se agotan y, por tanto, deben ser aprovechados de manera responsable y racional, con el fin de satisfacer las necesidades que demanda la vida. Alude además a los cuidados

-
4. Josef Estermann, “Interculturalidad y conocimiento andino: reflexiones acerca de la monocultura epistemológica”, *Revista Kawsaypacha: sociedad y medio ambiente* (junio de 2018), 27.
 5. Eduardo Khon, “El pensamiento silvestre como fundamento para el Buen vivir”, *Buen vivir como alternativa al desarrollo: una construcción interdisciplinaria y participativa* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2018), 104 y 107.
 6. Otros filósofos e investigadores estudiaron previamente la filosofía andina, pero algunos de ellos pusieron en duda la existencia de una filosofía andina por considerar que se requiere de un estudio sistemático y riguroso mientras otros la califican de “filosofía primitiva”.
 7. Estermann, “Interculturalidad y conocimiento andino”, 27-8.
 8. Josef Estermann, *Más allá de Occidente: apuntes filosóficos sobre interculturalidad, descolonización y el Vivir Bien andino* (Quito: Abya-Yala, 2015), 181.
 9. Josef Estermann, “Ecosofía andina: Un paradigma alternativo de convivencia cósmica y de Vivir Bien”, *Revista FALA. Filosofía Afro-Indo-Abiyalense*, 2013, 5.

que debe brindar la comunidad en su conjunto a fin de evitar la destrucción en nuestro paso por la Madre Tierra y para que, de la misma manera, las nuevas generaciones puedan aprovecharlos y cuidarlos a su tiempo, y asegurar el más trascendental principio del buen vivir que es la vida misma.

Otro de los principios del saber andino es el de correspondencia, según el cual lo que pasa en lo macro se refleja en lo micro y a la inversa: como es arriba es abajo; como es en lo grande es en lo pequeño. Estermann explica que esta correspondencia se manifiesta en el orden cósmico de la *pachasofía*¹⁰ frente al orden “ecosófico”,¹¹ que se traduce en una suerte de ‘justicia cósmica’ en la que el equilibrio de *Pacha* se va a reflejar en todos los aspectos de la vida.¹² En suma, nada es arbitrario.

Un principio también identificado por Estermann es el de complementariedad “sexualada”, que discurre entre lo femenino y masculino y se expresa en la reproducción de todos los seres vivos. El autor lo considera fundamental en el proceso de conservación de la vida, pues, sin este, se interrumpe el flujo vital. Desde luego, este principio por sí solo no asegura la existencia de relaciones interpersonales equitativas y justas.

También importante es el principio de reciprocidad que se presenta en los diferentes aspectos y dimensiones de la vida. Se trata de devolver o retribuir lo recibido de la naturaleza y de otras personas. La reciprocidad es acumulable y por ello se manifiesta en relación con el presente y con la vida futura. Se expresa de distintas formas: con rituales de agradecimiento y a través del cuidado de lo que ella ofrece. De esta manera, el amor genera más amor y la destrucción conlleva más destrucción. Es como un espejo que refleja lo que tiene al frente.

Por último, el principio de ciclicidad proyecta a *Pacha* como una espiral en la que se presentan consecutivamente períodos constantes, que se exteriorizan en ciclos vitales, astrológicos y meteorológicos; por ello hay un momento propicio para cada actividad, sea agrícola, económica o de sanación. Funcionan como ejes que viabilizan las relaciones e interacciones de los seres de la naturaleza. Lo cíclico en la naturaleza se presenta en ciclos astronómicos: el día y la noche o en los ciclos de meteorológicos: el invierno, el verano; el frío y el calor; y, concretamente, en el océano, con el ascenso y descenso de los mares.

10. “Pachasofía” es un concepto complejo polisémico que no tiene una traducción al español. Estermann la define como una reflexión acerca de la relacionalidad múltiple vigente para todo el cosmos.

11. Ecosofía es un vocablo acuñado por el filósofo noruego Arne Naess. Para Estermann, la “ecosofía” parte de una concepción holística de la vida y, constituye una expresión de interrelacionalidad dentro del topo y un orden que se proyecta como garantía de este flujo de energía.

12. Estermann, *Más allá de Occidente*, 182.

Estos principios se traducen en una relación ser humano-naturaleza de respeto, armonía, equilibrio y cuidado. De la misma manera, nuestra relación con los demás seres humanos debe ser de respeto, consenso y reciprocidad para una convivencia armónica. El consenso es necesario para lograr la armonía comunitaria puesto que, la imposición engendra resentimiento. Las faltas en contra del cosmos u orden universal deben ser asumidas de tal modo que se procure y alcance la reconciliación entre el cosmos o la comunidad y la persona infractora en el entendido que la venganza no ayuda a recuperar la armonía, sino que más bien la aleja.¹³

Implica además que la vida de los seres humanos sea llevada con austeridad pues la acumulación de cualquier tipo de bienes materiales es contraria al buen vivir ya que supone una negación de medios de subsistencia a otras personas, más aún cuando estos provienen de la naturaleza porque se está impidiendo o limitando su acceso a futuras generaciones.

Aunque Estermann alude a la cosmovisión de los pueblos andinos, es necesario puntualizar que una revisión de prácticas asociadas al buen vivir en el espacio geográfico del Abya Yala,¹⁴ lo señalan como un concepto común que, con diferentes denominaciones, según sus propias lenguas, atesoran nuestros pueblos originarios y que se caracteriza por los siguientes valores: la armonía en las interrelaciones del ser humano con la naturaleza, la comunidad y los otros integrantes de la comunidad, en una palabra, la “cosmo-convivencia”; el respeto y el cuidado la naturaleza como fuente generadora de la vida y el hogar de todos los seres, así como de la comunidad, de la familia y personal; y una economía de supervivencia y, por tanto, de no desperdicio y de no acumulación; de solidaridad y de reciprocidad. En conclusión, el buen vivir es un modo de vida que marcha a contracorriente del modelo occidental y de su paradigma de “desarrollo”, por ello, es una alternativa frente a ese modelo.

-
13. En el *lekil kijlejal* de los tzeltales (México) el concepto de justicia es similar al de nuestros pueblos andinos; la falta cometida por un miembro de la comunidad afecta a la comunidad en general y al mundo. Su reparación se la consigue, sin venganza y teniendo por norte la rectitud de corazón. Cuando la agresión es mutua corresponde que ambas personas se den la mano y que quien cometió la falta la reconozca y se someta al castigo que su comunidad le imponga, con lo cual se resuelve el problema. De esta manera, la comunidad asume un compromiso de silencio por el cual ninguna persona puede ni debe recordar dicha falta ni recriminar al infractor pues “el silencio es perdón”. Pero si la falta no es reconocida se aplica una sanción que puede llegar a la expulsión de la comunidad, que es la más grave (Antonio Paoli, *Educación, autonomía y lekil kuxlejal: aproximaciones sociolingüísticas a la sabiduría de los tseltales* (Ciudad de México, Univ. Autónoma Metropolitana [u.a.], 2003), 82, 83, 200-3).
 14. Parecería que salvo en Cuba, donde la población indígena se dispersó a lo largo del tiempo, según la investigadora Lyliam Padrón, todos los países de la región exhiben esta práctica en alguno de sus pueblos originarios.

El buen vivir resulta ser entonces la construcción milenaria y permanente de proyectos colectivos de nuestros pueblos originarios, a partir de su propia cosmovisión, de sus propios sistemas de valores y de sus mitos, y una herencia cargada de conocimientos, experiencias y de esa sabiduría que brinda el diálogo con la naturaleza.

Parecería además que el buen vivir no se restringe a territorios americanos, pues el *ubuntu* sudafricano, del que Nelson Mandela fue uno de sus exponentes tiene algunos rasgos similares al buen vivir.¹⁵ Onyejiuwa explica que el *ubuntu* no es solo una filosofía africana, sino que también es una espiritualidad y una ética de vida tradicional africana que se resume en armonía, en la cultura de paz, en el compromiso con el bien común, en la reciprocidad, la compasión y la justicia. La idea central de esta filosofía es que la vida de cada persona está ligada a la de otra. “El Ubuntu africano podría llevar a cabo una revolución de ternura si las personas del mundo se permitiesen beber de su espíritu”.¹⁶

Desmond Tutu explica que en el *ubuntu* todo lo aprendemos de otros seres humanos por lo que la soledad contradice la naturaleza humana. “En nuestra cosmovisión africana, el bien supremo es la armonía de la comunidad”, insiste Tutu.¹⁷ La concepción del *ubuntu* es antropocéntrica, a diferencia de la de nuestros pueblos originarios que es biocéntrica.

Ghandi se empeñó en crear una cultura (*ashram*), basada en la solidaridad y el esfuerzo común, que subyacía de prácticas cimentadas por los pueblos indios a lo largo de su historia. *Swadeshi* constituía el conjunto de aldeas rurales autosuficientes y con gobiernos propios, llamadas a vivir en el *sarvodaya*, es decir, el bien común o la búsqueda de bienestar para todas personas de manera que la riqueza de la comunidad sirva a todas las personas por igual, en una economía de justicia y no violenta que atienda las necesidades naturales “y nada más”. Para Gandhi, la producción de bienes y su circulación deben enfocarse en imperativos éticos y no en el afán de acumulación y enriquecimiento de las personas; menos todavía en el abuso y despilfarro de los bienes que provee la naturaleza.¹⁸

15. Víctor Hugo Mora Mendoza, “Nelson Mandela y la filosofía Ubuntu”, diario *El Universal*, 9 de diciembre de 2013, edición digital, <https://bit.ly/3fàKBdI>.

16. Chica Onyejiuwa, “Ubuntu: una cultura africana de solidaridad humana”, trad. Juan Carlos Figueira Iglesias, *Revista Umoya*, 15 de julio de 2017, <https://bit.ly/3qEswJG>.

17. Desmond Tutu, “Ubuntu. Sobre la naturaleza de la comunidad humana”, *Cetr Investigar la qualitat humana*, 2012, <https://bit.ly/3wa7qDM>.

18. Óscar Useche, “La resistencia social India y el bien de todos. Aportes de Gandhi para una economía no violenta”, *Revista Latinoamericana Polis*, No violencia, resistencias transformaciones culturales, 43 (2016), <https://bit.ly/3hr0bCj>.

En la Encíclica *Laudato si*, dedicada al cuidado de la *Casa común*, el papa Francisco alude al pensamiento de su Iglesia en relación con la naturaleza a lo largo de la historia y, si bien se muestra contrario al *biocentrismo*, sostiene que “todo está conectado. Por eso se requiere una preocupación por el ambiente unida al amor sincero hacia los seres humanos y a un constante compromiso ante los problemas de la sociedad”.¹⁹

Podríamos aproximarnos a más pueblos del mundo de ayer y de hoy, con prácticas asociadas al buen vivir, cuyas experiencias en muchos casos no han sido suficientemente difundidas pero el espacio y el objetivo del artículo nos impiden extendernos. Es que, conforme señala Margolis, el buen vivir va más allá de lo indígena, lo rural, lo urbano. Para él se trata de un “mosaico filosófico” que busca una nueva comunidad más consciente y decidida a seguir prácticas de vida que aclaran la vida misma.²⁰ Así, podría concluirse que a estas culturas las ha animado la construcción de una forma de vida en armonía y con respeto.

EL BUEN VIVIR EN ECUADOR

Al no existir una definición única y pacífica de “buen vivir”, el constituyente ecuatoriano tampoco quiso aventurarse a definiciones que harían imposible un consenso para viabilizar la institucionalización del buen vivir en la Constitución. Así, en el preámbulo se limitó a consignar la decisión del pueblo ecuatoriano de construir “una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*; una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades”.²¹ Esta última proclama no constituye un elemento diferenciador pues la mayor parte de las constituciones contemporáneas, sin muchas pretensiones, también propenden al respeto de la dignidad de las personas y de las colectividades en todas sus dimensiones.

La Asamblea Constituyente se decantó más bien por insertar un rosario de derechos “del buen vivir”, que se suman a los tradicionales no incluidos en ese membrete. No creemos que existan razones conceptuales o metodológicas para que la Constitución diferencie derechos del buen vivir de los “derechos”, pues también estos constituyen una garantía de buen vivir.

19. Papa Francisco, “Laudato si sobre el cuidado de la Casa común”, Carta Encíclica, 24 de mayo de 2015, <https://bit.ly/38HttbN>, 71-2.

20. Elías Margolis Schweber, “El buen vivir: La búsqueda de su comprensión a través de diferentes filosofías”, *Estudios Políticos* 40 (abril de 2017): 123-47, doi:<https://doi.org/10.1016/j.espol.2017.03.003>.

21. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, preámbulo.

De otro lado, parecería que en la óptica del constituyente el buen vivir se limita exclusivamente a los derechos, como si no requiriera de participación social, de la sinergia comunitaria y, aunque en su capítulo noveno, referido a las “Responsabilidades” (artículo 83), se incluyen 17 deberes y responsabilidades de “las ecuatorianas y los ecuatorianos”, no evidencian organicidad alguna. De igual manera, la participación es asumida como una institución vertical o reactiva pero no proactiva y horizontal, como la entiende el *sumak kawsay*.

Después de consignar los derechos del buen vivir y las responsabilidades que tenemos, la Constitución de la República estructura y diseña separadamente el “Régimen de desarrollo” y el “Régimen del buen vivir” lo que obviamente resulta un contrasentido pues el buen vivir es una alternativa al desarrollo.²² A ello se suma que las normas en sí no siempre guardan coherencia con la filosofía del buen vivir.

Los enunciados constitucionales sobre el tema nos ubican frente a un buen vivir distinto al *sumak kawsay*, fruto de la cosmovisión de nuestros pueblos originarios. Sin embargo, como advierte Crespo, la inclusión de conceptos como buen vivir, *sumak kawsay* y *Pacha Mama* es muy importante para comenzar a construir una sociedad diversa, incluyente, equitativa, que se erija en una alternativa al modelo imperante.²³ Sin duda, es un “buen vivir mestizo” poscapitalista,²⁴ que trata de conciliar de alguna manera el buen vivir de nuestros pueblos originarios y un modo de vida capitalista y urbano. Por decirlo de alguna manera, es una versión alivianada de buen vivir, pero para que siga siendo “buen vivir” no puede renunciar a elementos y aspectos que lo identifican y caracterizan.

Y la base estructural del buen vivir la constituye una relación de respeto, armonía, equilibrio y cuidado con todos los seres de la naturaleza, como premisa para asegurar la vida. A su vez, el cuidado va más allá del respeto, de la armonía y del equilibrio, y está dado por la protección de las fuentes y de las formas de vida y se transversaliza en todas las relaciones de los seres humanos, es decir, en sus relaciones con los otros seres de la naturaleza, con la comunidad y con la familia. Es la “cosmovivencialidad”.

El concepto de cuidado, por tanto, es activo y participativo, a diferencia de los de armonía y equilibrio. La armonía es la eliminación de toda forma de confrontación, de perjuicio y de daño y, de igual manera se expresa en todos los escenarios en que se

22. *Ibid.*, arts. 275 a 278; y, 340 a 415.

23. Juan Manuel Crespo, “Sistematización conceptual del Buen vivir”, *Buen vivir como alternativa al desarrollo: una construcción interdisciplinaria y participativa* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2018), <https://bit.ly/3jtIoge>, 24.

24. *Ibid.*, 25.

desarrolla la vida y en relación con todos los seres del universo, porque todos cumplen un rol fundamental para la existencia.

El respeto es la conciencia de la otredad, sea que se trate del humano o de cualquier ser de la naturaleza y de sus derechos, entre los cuales, el de existir es el principal. El equilibrio está relacionado con la justicia de las relaciones, del derecho a las mismas oportunidades de vida, a una igual posibilidad de acceso a los bienes que permiten la vida; a la reciprocidad y ciclicidad y, por tanto, a la austeridad, a la no acumulación que conlleva una negación del derecho de los demás seres.

De lo expuesto, podemos concluir que el buen vivir se sustenta en el protagonismo de la naturaleza por ser fuente de la vida, de tal suerte que cualquier política estatal debería satisfacer ineludible y elementalmente un test vital, que como un ejercicio rudimentario de axiosofía aplicada propongo: ¿Le afecta a la naturaleza? ¿Le afecta a la comunidad? ¿Le afecta al ser humano? Si le afecta a la naturaleza, no tendría sentido continuar con dicho examen. Pero la vida no se la asegura únicamente a través de la no acción, sino también de la acción. De allí que el test de vida debe incluir, de un lado la variable del cuidado: ¿Se cuida la naturaleza, a la comunidad y al ser humano?; y de otro, la de hacer respetar los derechos: ¿Son efectivas estas medidas para proteger y garantizar los derechos de la naturaleza, de la comunidad y las personas consideradas en forma particular?

PROGRESO, DESARROLLO Y BUEN VIVIR

Buen vivir no es progreso ni desarrollo. Aunque la aspiración de progreso tiene varias acepciones y comprensiones, en la concepción occidental se traduce en un conjunto de aspectos que se incorporan a la vida de las personas con la pretensión de mejorarla. Desde la óptica del desarrollo, el bienestar de los pueblos se determina por la riqueza global de cada país que, al alcanzar determinados niveles de “crecimiento” adquiere el estatus de “desarrollado”, de tal suerte que ambos términos se consideran casi en sinónimos.²⁵

El desarrollo se basa en la aplicación de políticas, instrumentos e indicadores elaborados por organismos internacionales, detentadores del conocimiento occidental y de las fórmulas económicas que permitirían alcanzar el “desarrollo” propiciado por un orden internacional occidental, de carácter hegemónico y homogeneizador, que rechaza o menosprecia cualquier otro conocimiento o saber. Escobar pone de manifiesto

25. Alberto Acosta, “El fantasma del desarrollo”, en *Desarrollo, postcrecimiento y Buen Vivir: debates e interrogantes*, de Koldo Unceta (Quito: Abya-Yala, 2014), <http://www.digitaliapublishing.com/a/52457/>, 11.

que tanto el desarrollo como la modernidad involucran varios principios: de una parte, el individuo racional que no se encuentra atado a un lugar y a una comunidad; de otra, la separación de las nociones de naturaleza y de cultura; una economía que separa lo social de lo natural y, en general, la primacía del conocimiento experto por encima de otros saberes.²⁶ Es que “el desarrollo es simultáneamente tanto imposición de unos saberes como exclusión de otros”, al decir de Gudynas.²⁷

El desarrollo como objetivo global no demoró en desilusionar a los países de América Latina, pues profundizó la pobreza y el endeudamiento público y evidenció más desigualdades tanto en las relaciones de los seres humanos con la naturaleza como entre las sociedades mismas, de manera que tampoco alcanzó el proyectado crecimiento económico, aunque sí propició una mercantilización generalizada, asentada en un estilo de vida consumista.

En la Conferencia de las Naciones Unidas “sobre el Medio Humano”, que tuvo lugar en Estocolmo en junio de 1972, se puso de manifiesto que el desarrollo económico y social era “indispensable” para asegurar “al hombre” un “ambiente de vida y trabajo favorable y crear en la Tierra las condiciones necesarias para mejorar la calidad de la vida.²⁸ Se gestó entonces el concepto de ‘*maldesarrollo*’ o el fracaso de ese modelo que forzó una revisión de los problemas que afectan a todo el sistema y no permiten la satisfacción de las necesidades humanas y menos aún, generan oportunidades para la población.²⁹

Es así como, ante el saldo negativo de la ‘primera década de desarrollo’ (finales de los años de 1960), al que se sumaron las crisis económica y energética de 1973, las Naciones Unidas se vieron urgidas a preparar una agenda con iniciativas para asumir un nuevo “desarrollo”, en la que se reflexionó sobre la distribución del ingreso y el medioambiente. A partir de entonces, el tema ambiental ha sido recurrente en las agendas políticas intergubernamentales.³⁰ Surgieron también propuestas para una *congelación* del progreso en los países “desarrollados” y un control de la natalidad para los países periféricos.

26. Arturo Escobar, “Una minga para el posdesarrollo”, *Revista Signo y pensamiento*, junio de 2011.

27. Eduardo Gudynas, “Posdesarrollo como herramienta para el análisis crítico del desarrollo”, *Estudios Críticos sobre el Desarrollo*, Universidad de Zacatecas, México, 2017, 196.

28. ONU Asamblea General, *Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano*, 5 a 16 de junio de 1972, Principio 8.

29. Acosta, “El fantasma del desarrollo”, 11-9.

30. Grupo de Estudios sobre Historia y Discurso (GEHD), “Introducción: Buen Vivir y Estilos de Desarrollo”, en *Estilos de desarrollo y buen vivir*, ed. Ana Grondona y Victoria Haidar (Buenos Aires: Centro Cultural de la Cooperación Floreal Gorini, 2016), 23.

No tardó en constatarse que los límites del desarrollo estaban vinculados con desigualdades geopolíticas y los países “periféricos” quisieron plantear sus propias soluciones, a través del diseño de estilos específicos de desarrollo, entendidos como el resultado de la forma en que interactúan el Estado, el poder y el mercado en una sociedad.³¹ Todos ellos constituían un abanico de propuestas con diferentes matices y acentos, concebidos como alternativas que partían de una visión estructural de mediano y largo plazos, teniendo presente la realidad social y la lógica histórica; y de corto plazo, considerando las fuerzas que ejercen el poder y su organización institucional; en otras palabras, las relaciones de fuerza existentes en cada sociedad.³²

Se estimó necesario un desarrollo centrado en el ser humano y en el entorno en que vive, antes que en los indicadores económicos. Entre los modelos propuestos tanto desde Occidente como desde la periferia, están el desarrollo sostenible, el desarrollo sustentable, el desarrollo humano y el decrecimiento.³³

En este contexto, Amartya Sen propuso pensar un desarrollo centrado en la libertad “real” que daría como resultado un desarrollo humano. Según él, el desarrollo exige la eliminación de las principales fuentes de privación de la libertad que para él son la pobreza y la tiranía. También considera privaciones de la libertad, la escasez de oportunidades y la falta de acceso a servicios básicos.³⁴ El modelo de desarrollo propuesto por Sen es antropocéntrico porque limita el rol de la naturaleza a lo práctico y utilitario y constituye una visión alejada del *sumak kawsay*, al no atacar al origen mismo de los problemas que busca solucionar.

Los desarrollos sustentable y sostenible constituyen una misma propuesta, no solo porque la Organización de las Naciones Unidas usa alternativamente esos conceptos, sino porque no existe diferencia de fondo entre estos. Según la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, el desarrollo sostenible es aquel que puede satisfacer las necesidades actuales sin comprometer las de futuras generaciones, mediante una interrelación del crecimiento económico sostenible y equitativo, la inclusión social y la protección del medioambiente, esenciales para el

31. Alfredo Eric Calcagno, “Naturaleza de los estilos de desarrollo”, en *Estilos de desarrollo y buen vivir*, ed. Ana Grondona y Victoria Haidar (Buenos Aires: Centro Cultural de la Cooperación Floreal Gorini, 2016), 45-6.

32. *Ibid.*

33. En este proceso, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL, ha jugado un papel trascendental.

34. Amartya Sen, “El desarrollo como libertad”, *Gaceta Ecológica del Instituto Nacional de Ecología*. Ciudad de México, 2000, 15.

bienestar de las personas y las sociedades, así como la erradicación de la pobreza, la reducción de desigualdades y la mejora de niveles de vida básicos.³⁵

Existen varias versiones del desarrollo sostenible que se diferencian en su intensidad y en la profundidad de sus propuestas; y, aunque son modelos próximos al buen vivir, buscan modular el desarrollo capitalista sin atacar el estilo de vida consumista, que incide en el deterioro y agotamiento del medioambiente.

Para enfrentar las secuelas perniciosas del desarrollo y del subdesarrollo, se apeló también al no tan novedoso concepto de “bien común”.³⁶ Belotti explica que lo “común” conlleva que los recursos disponibles sean paralelamente de la comunidad y de cada persona que forma parte de ese conglomerado, en una “titularidad difusa”, en la que esos recursos están disponibles para los miembros de la comunidad, mientras que las instituciones están llamadas a defenderlos ante eventuales riesgos y peligros, como guardianes de los intereses de las generaciones presente y futuras, con lo que pierde sentido el término ‘propiedad’.³⁷ De cara al buen vivir, el bien común tiene la misma debilidad de su enfoque antropocéntrico.

En esta discusión *posdesarrollista* respecto del modelo económico más adecuado para nuestras sociedades, Unceta incluye el buen vivir y el decrecimiento.³⁸ El decrecimiento, propiciado por intelectuales y científicos de América Latina y Europa, se sustenta generalmente en la insatisfacción con el consumismo y la acumulación de la sociedad occidental; promueven la atención a las necesidades vitales y espirituales y, la austeridad; y, la necesidad de revertir el consumo y el mercado, como condiciones para racionalizar la utilización de recursos naturales, disminuir la cantidad de residuos y las horas de trabajo, con la finalidad de alcanzar “mayor eficiencia social y ecológica” y satisfacción personal.³⁹ El decrecimiento sostenible no constituye una respuesta integral a los problemas de la sociedad contemporánea; es una ralentización del crecimiento económico.

Paralelamente, desde Noruega, el filósofo Arne Naess, admirador de Ghandi, nos aportaba el “ecologismo profundo” (a diferencia del ecologismo superficial), que pro-

35. ONU, “La Agenda para el desarrollo sostenible”, *Objetivos de Desarrollo Sostenible* (s.f.), <https://bit.ly/3qBtbva>.

36. Como se recordará, para Platón, la felicidad y el bien en general, se podía alcanzar en comunidad.

37. Francesca Belotti, “Entre bien común y buen vivir. Afinidades a distancia”, *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*, FLACSO Ecuador, enero de 2014, 48-9.

38. Koldo Unceta, *Desarrollo, postcrecimiento y Buen Vivir: debates e interrogantes* (Quito: Abya-Yala, 2014), 121-49.

39. *Ibíd.*, 121-50.

pugna el *ecoser* como una nueva forma de autorrealización.⁴⁰ Sostiene la igualdad de derechos de todos los seres de la naturaleza, al tener cada uno de estos un valor intrínseco en el equilibrio perfecto de la Totalidad. Rechaza, por tanto, la primacía de unos seres sobre otros.⁴¹ En este mismo orden de ideas, se han formulado interesantes desarrollos cada vez más cercano al buen vivir bajo el concepto de Ética ambiental.

LA GLOBALIZACIÓN: LOS PATRONES, EL CONSUMO Y EL DESCARTE

Al igual que el “desarrollo”, la globalización es otro producto insignia del capitalismo, pero hay quienes advierten globalización en las campañas de expansión del Imperio romano y en los procesos de conquista del siglo XV, porque supusieron la “romanización” del mundo conocido para la época y, la imposición de idioma, religión, cultura, costumbres, de formas de hacer política y del derecho, respectivamente. Esta globalización, se tradujo en una interactuación cultural en algunos casos y en otros, en dominación e imposición. La diferencia con el proceso globalizador actual radica en su profundidad y magnitud.

Pero ¿qué es la globalización? Parte de la idea de lo global. El *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia de la Lengua, define el vocablo “globalización” como la “extensión del ámbito propio de instituciones sociales, políticas y jurídicas a un plano internacional”, o, “difusión mundial de modos, valores o tendencias que fomentan la uniformidad de gustos y costumbres”. En el campo económico, es el proceso “por el que las economías y mercados, con el desarrollo de las tecnologías de la comunicación, adquieren una dimensión mundial, de modo que dependen más de los mercados externos y menos de la acción reguladora de los Gobiernos [sic]”.⁴² De las diferentes acepciones presentadas se evidencia su carácter instrumental. No es un fin.

Para Ferrer es la dimensión financiera de la globalización la que hoy marca un antes y un después, en la medida en que se desarrolla virtualmente, aprovechando las innovaciones tecnológicas, para dejar a los gobiernos nacionales sumidos en la impotencia.⁴³

40. Hay quienes le atribuyen la maternidad de la ecología profunda al norteamericano Aldo Leopold [La ética de la Tierra, 1948].

41. Raúl Mercado Pérez, “El cuidado del medio ambiente, una cuestión ética”, *Sincronía* (Universidad de Guadalajara), n.º 69 (2016): 20-9.

42. Real Academia de la Lengua Española, “Globalización”. En *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid, s. f. <https://bit.ly/3xaiuSL>.

43. Aldo Ferrer, *Vivir con lo nuestro. Nosotros y la globalización* (Buenos Aires: El Cid Editor, 2002), 45-8.

Alonso explica que en la dinámica de la globalización de la economía cuentan las crisis del modelo keynesiano, del Estado social y de la cultura de seguridad nacional que han dado lugar a comportamientos de “autoconstrucción” individual y de formas de neutralización de eventuales riesgos. Al mismo tiempo surgen, por una parte, la oferta de productos de ocio y entretenimiento y, por otra, el mercado de productos de lujo, como concepto asociado a la adquisición de nuevos signos universales de distinción y la nueva economía financiera y tecnológica.

La globalización económica le ha permitido al capitalismo expandir y consolidar el consumismo, a partir de un modo de ser y de vivir occidentales “exitosos”, median-do la capacidad de compra. Si bien es cierto que todos los seres vivos consumimos para subsistir, el consumismo alude a un comportamiento social compulsivo e irreflexivo que acarrea acumulación de bienes innecesarios con la creación de nuevas “necesidades”.

En este contexto, Alonso considera que la globalización tiene efectos que trascienden la “superficial homogeneidad” que se le atribuye, pues genera jerarquías añadidas y efectos diferenciadores en las culturas de consumo que pasan a convertirse en amalgama de estilos de vida y modos adquisitivos de alto contenido social y simbólico. El mismo Alonso pone en evidencia que los discursos de justificación del consumismo han ido evolucionando hasta llegar al *styling opulento*, que resulta ser una mezcla de utilidad y espectáculo social, en el que ya no resulta necesario dar razones para el consumo, “porque el consumo se ha convertido ya culturalmente en la razón de todo”.⁴⁴

Pero el consumismo no se reduce al desperdicio de recursos económicos, sino que impacta en la naturaleza por dos vías: la extracción inclemente de recursos naturales que permiten la producción de esos bienes para el consumo y, el desperdicio y la basura. Solo las envolturas y fundas para acarrear esos productos ya son un problema medioambiental de grandes proporciones. Y los productos en sí son otra historia: se los compra sin necesidad y se los desecha para dar espacio a otros, igualmente inútiles. Es la lógica del consumismo.

De esta manera, los procesos de globalización inciden en las prácticas de consumo por doble vía: un segmento poblacional vinculado con la economía global y con los modos de consumo que se le asocian como los nuevos productos tecnológicos, movilidad internacional, alto nivel adquisitivo; y, por otra, territorios que acumulan costes sociales a cuyo efecto, adaptan sus estilos de vida defensivamente a una mercantilización agresiva y generalizada.⁴⁵ Para el caso, se trata de los pueblos que se resisten a

44. *Ibid.*, 48.

45. Luis Enrique Alonso, “La globalización y el consumidor: reflexiones generales desde la sociología del consumo”, *Colección Mediterráneo Económico* 11 (2007): 43-4.

esa occidentalización pero la globalización conlleva que todos los pueblos del mundo formen parte de este sistema voluntaria o involuntariamente.⁴⁶

Pero también hay otro aspecto de la globalización que merece ser destacado y es el del conocimiento. La sociedad ha incrementado el consumo de conocimiento, aunque no siempre edificante. La globalización también brinda oportunidad para que personas y grupos de diferentes culturas se conozcan, interactúen, se diferencien y se identifiquen. Es así como el buen vivir ha concitado la atención de investigadores principalmente europeos, quienes, desde distintos ángulos han interpretado, dimensionado y valorado estas prácticas de nuestros pueblos originarios. Como lo señala Jaramillo, “andar es una necesidad fundamental en la especie humana y andamos para comunicarnos, para aprender, para conocer todo lo que hay más allá de nuestro entorno cercano. La especie humana necesita comunicarse para sobrevivir”.⁴⁷

Para dimensionar el interés o la curiosidad que suscita el buen vivir, basta acceder a la entrada “buen vivir” en Google que reporta a esta fecha 317 millones de resultados. Sin la globalización el *sumak kawsay* no se habría difundido y analizado de esta manera. Es una ventana al mundo para la mejor comprensión de su cosmovisión, de su cultura y de sus inquietudes. Son nuevas oportunidades para que el *sumak kawsay* sea revalorizado, analizado y difundido. El buen vivir es relacionalidad y, por ello, conocer e interactuar con otros saberes, diversos o similares, enriquecerá la construcción de nuestras sociedades en esa demanda de cuidado de la naturaleza, de una mejor interrelación entre las diversas culturas originarias o no, que se encuentren en la búsqueda de opciones para el futuro, donde cada una de ellas puede aportar desde su sabiduría, desde su cosmovisión.

Los problemas de los gases de efecto invernadero y, específicamente, el cambio climático y el calentamiento global los sufrirá toda la Tierra. No hay un tribunal cósmico que al establecer la causa de los problemas de la naturaleza señale a sus responsables y les asigne las consecuencias. Por el contrario, parecería más bien que no existe relación lógica entre la producción del daño y la generación de consecuencias. Estamos entonces ante una responsabilidad colectiva, compartida e indivisible de quienes vivimos en el Planeta, sin excepciones.

Así, el cuidado del 28% de la superficie terrestre que ocupan las comunidades indígenas no es suficiente para revertir las secuelas del deterioro de la Madre Tierra

46. Dolors Comas D’Agermir, “La globalización. ¿unidad del sistema?: exclusión social, diversidad y diferencia global”, en *Los límites de la globalización* (Madrid: Ariel, 2002), 101.

47. Juan José Jaramillo, “Caminos, carreteras y autopistas: enlace de pueblos y culturas”, en *Perspectivas de la globalización*, ed. Manuel Blanca, Miguel Cuerdo y Jorge Sainz (Madrid: Dykinson, 2006), 237.

como totalidad.⁴⁸ El cuidado de la naturaleza y la edificación de sociedades más justas, armoniosas y equilibradas no es una tarea que se pueda realizar en solitario; debe ser una tarea global.

Es así como Lafontaine y Müller, consideran que el “tema” de la globalización es justamente la protección del *medio ambiente*, en la medida en que muchos de los graves problemas de este tipo, incluidos los climáticos o los de la capa de ozono, al afectar a todo el planeta, podrán ser resueltos únicamente en común.⁴⁹

La globalización, además, puede ser de utilidad en el contexto del buen vivir, para desarrollar el turismo comunitario y la economía social y solidaria, que generan innovadoras oportunidades para compartir espacios de acercamiento, de conocimiento y de diálogo; y para la valoración de las artesanías y otros productos que elaboran nuestras comunidades.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIÓN

El buen vivir es una construcción social ancestral pero no exclusiva de los pueblos indígenas andinos. Se requiere una investigación más exhaustiva y profunda para establecer una hipotética dimensión universal de sus principios; hay razones para pensar en ello. Las prácticas aquí analizadas son solo una muestra que busca alentar esta línea de investigación. La globalización del conocimiento nos ha acercado a mundos y modos de vida desconocidos, en una suerte de descubrimiento de tesoros culturales que merecen ser rescatados y destacados.

De su parte, la globalización económica propicia estilos de vida antagónicos con el buen vivir, porque fomentan el consumismo, la acumulación, el desperdicio, el derroche, para dar como resultado final la destrucción de la naturaleza. En suma, todo lo contrario, a lo que constituye el buen vivir. A esa globalización se la debe enfrentar también con acciones colectivas planetarias y con un nuevo *ecoser*, diría Naess.

No obstante, la globalización también se ha constituido en una herramienta para difundir los valores inherentes al buen vivir y para llamar la atención respecto de las consecuencias del capitalismo voraz, inclemente y destructivo, aunque en condiciones de desigualdad.

48. FAO y PNUMA, “El estado de los bosques del mundo: los bosques, la biodiversidad y las personas” (Roma, 2020), <http://www.fao.org/3/ca8642es/CA8642ES.pdf>.

49. Oskar Lafontaine y Christa Müller, *No hay que tener miedo a la globalización*, Ensayo Pensamiento (Madrid: Biblioteca Nueva, 1998), 141.

En este contexto, los pueblos originarios, con la autoridad moral que les concede su espíritu cosmovivencial, están llamados a propiciar un nuevo orden económico militante por la vida, consensuado entre los pueblos originarios del mundo y movimientos afines; y, a ejercer una actoría firme y decidida en defensa de la Tierra y para ello no es necesario moverse o alejarse de sus territorios. No podemos limitarnos a esperar las *recetas* de los organismos intergubernamentales, como si se tratara de los depositarios exclusivos del conocimiento y de las soluciones. Pasar al activismo sería la consigna.

Que la globalización entonces se convierta en la herramienta para generar conciencia sobre las dimensiones de la desigualdad social y de la destrucción planetaria y, la viabilidad de una cosmovivencia armónica. En suma, para la consecución de los cambios que requiere el estadio presente de la humanidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta, Alberto. “El fantasma del desarrollo”. En *Desarrollo, postcrecimiento y Buen Vivir: debates e interrogantes*, de Koldo Unceta, 7-23. Quito: Abya-Yala, 2014. <https://bit.ly/3w6pj6l>.
- Alonso, Luis Enrique. “La globalización y el consumidor: reflexiones generales desde la sociología del consumo”. *Colección Mediterráneo Económico* 11 (2007): 37-56.
- Belotti, Francesca. “Entre bien común y buen vivir. Afinidades a distancia”. *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*. FLACSO Ecuador, enero de 2014.
- Calcagno, Alfredo Eric. “Naturaleza de los estilos de desarrollo”. En *Estilos de desarrollo y buen vivir*, editado por Ana Grondona y Victoria Haidar, 35-48. Buenos Aires: Centro Cultural de la Cooperación Floreal Gorini, 2016.
- Comas D’Agermir, Dolors. “La globalización. ¿unidad del sistema?: exclusión social, diversidad y diferencia global”. En *Los límites de la globalización*. Madrid: Ariel, 2002.
- Crespo, Juan Manuel. “Sistematización conceptual del Buen vivir”. *Buen vivir como alternativa al desarrollo: una construcción interdisciplinaria y participativa*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2018. <https://bit.ly/3jtIoge>.
- Escobar, Arturo. “Una minga para el posdesarrollo”. *Signo y pensamiento*, junio de 2011.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Estermann, Josef. “Interculturalidad y conocimiento andino: reflexiones acerca de la monocultura epistemológica”. *Revista Kawsaypacha: sociedad y medio ambiente*, junio de 2018.
- . “Ecosofía andina: Un paradigma alternativo de convivencia cósmica y de Vivir Bien”. *Revista FAIA. Filosofía Afro-Indo-Abiyalense*, 2013.
- . *Más allá de Occidente: apuntes filosóficos sobre interculturalidad, descolonización y el Vivir Bien andino*. Quito: Abya-Yala, 2015.

- FAO y PNUMA. “El estado de los bosques del mundo: los bosques, la biodiversidad y las personas”. Roma, 2020. <http://www.fao.org/3/ca8642es/CA8642ES.pdf>.
- Ferrer, Aldo. *Vivir con lo nuestro. Nosotros y la globalización*. Buenos Aires: El Cid, 2002.
- Gudynas, Eduardo. “Posdesarrollo como herramienta para el análisis crítico del desarrollo”. *Estudios Críticos sobre el Desarrollo, Universidad de Zacatecas, México* 7, n.º 12 (2017): 193-210.
- Grupo de Estudios sobre Historia y Discurso GEHD. “Introducción: Buen Vivir y Estilos de Desarrollo”. En *Estilos de desarrollo y buen vivir*, editado por Ana Grondona y Victoria Haidar, 17-34. Buenos Aires: Centro Cultural de la Cooperación Floreal Gorini, 2016.
- Inuca Lechón, José Benjamín. “Yachay tinkuy o encuentro y confrontación de saberes: Genealogía de la interculturalidad y del buen vivir en la educación de los pueblos kichwas del Ecuador desde mediados del siglo XX”. Tesis doctoral, FLACSO Ecuador, 2017. <https://bit.ly/3x9YEHg>.
- Jaramillo, Juan José. “Caminos, carreteras y autopistas: enlace de pueblos y culturas”. En *Perspectivas de la globalización*, editado por Manuel Blanca, Miguel Cuervo, y Jorge Sainz, 237-42. Madrid: Dykinson, 2006.
- Khon, Eduardo. “El pensamiento silvestre como fundamento para el Buen vivir”. Buen vivir como alternativa al desarrollo: una construcción interdisciplinaria y participativa. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2018, <https://bit.ly/3jtIoge>.
- Lafontaine, Oskar, y Christa Müller. *No hay que tener miedo a la globalización*. Ensayo Pensamiento. Madrid: Biblioteca Nueva, 1998.
- Margolis Schweber, Elías. “El buen vivir: La búsqueda de su comprensión a través de diferentes filosofías El buen vivir: la búsqueda de su comprensión a través de diferentes filosofías”. *Estudios Políticos* 40 (abril de 2017): 123-47. doi: <https://doi.org/10.1016/j.espol.2017.03.003>.
- Mercado Pérez, Raúl. “El cuidado del medio ambiente, una cuestión ética”. *Revista Sincronía, Universidad de Guadalajara* 69 (2016): 20-9.
- Mora Mendoza, Víctor Hugo. “Nelson Mandela y la filosofía Ubuntu”. Diario *El Universal*. 9 de diciembre de 2013, digital edición. <https://bit.ly/3faKBdI>.
- Onyejiuwa, Chica. “Ubuntu: una cultura africana de solidaridad humana”. Traducido por Juan Carlos Figueira Iglesias. *Revista Umoya*, 15 de julio de 2017, <https://bit.ly/3qEswJG>.
- ONU Asamblea General, *Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano*, 5 a 16 de junio de 1972.
- ONU. “La Agenda para el desarrollo sostenible”. Desarrollo. *Objetivos de Desarrollo Sostenible*, s. f. <https://bit.ly/3qBtbva>.
- Paoli, Antonio. *Educación, autonomía y lekil kuxlejal: aproximaciones sociolingüísticas a la sabiduría de los tseltales*. Ciudad de México: Univ. Autónoma Metropolitana [u.a.], 2003.
- Papa Francisco. “Laudato si. Sobre el cuidado de la Casa común”, Carta Encíclica, 2015, <https://bit.ly/38HttbN>.

- Real Academia de la Lengua Española. “Globalización”. En *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid, s. f, <https://bit.ly/3xaiuSL>.
- Sen, Amartya. “El desarrollo como libertad”. *Gaceta Ecológica Instituto Nacional de Ecología*. México, 2000.
- Tutu, Desmond. “Ubuntu. Sobre la naturaleza de la comunidad humana”. *Cetr Investigar la qualitat humana*, 2012. <https://bit.ly/3wa7qDM>.
- Unceta, Koldo. *Desarrollo, postrecimiento y Buen Vivir: debates e interrogantes*. Quito: Abya-Yala, 2014. <http://www.digitaliapublishing.com/a/52457/>.
- Useche, Óscar. “La resistencia social India y el bien de todos. Aportes de Gandhi para una economía no violenta”. *Revista Latinoamericana Polis*, No violencia, resistencias transformaciones culturales, 43 (2016), <https://bit.ly/3hr0bCj>.
- Vanhulst, Julien y Beling, Adrián E. “El Buen vivir: una utopía latinoamericana en el campo discursivo global de la sustentabilidad”. *Polis, Revista Latinoamericana* 12, n.º 36 (2013): 497-522. doi:<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-65682013000300022>.

Cambios tecnológico-productivos del trabajo: problemática jurídica ecuatoriana

*Technological-Productive Changes in Work:
Ecuadorian Juridical Issues*

Carolina Jacqueline Rodríguez Mendoza

Docente de la Universidad Regional Autónoma de los Andes

Tulcán, Ecuador

ut.carolinarm16@uniandes.edu.ec

ORCID: 0000-0002-2001-5264

Milton Enrique Rocha Pullopaxi

Docente de la Universidad Indoamérica

Quito, Ecuador

miltonerri@gmail.com

ORCID: 0000-0001-7871-6613

Artículo de investigación

DOI: <https://doi.org/10.32719/26312484.2022.37.6>

Fecha de recepción: 11 de mayo de 2021

Fecha de revisión: 11 de agosto de 2021

Fecha de aceptación: 15 de septiembre de 2021

Fecha de publicación: 3 de enero de 2022

Licencia Creative Commons



RESUMEN

Este estudio tuvo por objetivo esquematizar las relaciones entre las transformaciones tecnológicas y productivas en el ámbito laboral. Para cumplir con este fin, se siguió una metodología cualitativa de revisión documental y de aporte intuitivo sobre la base teórico descriptiva de conceptos como: tecnología, innovación, creación, cambios sociales, transformaciones productivas, y, principalmente, empleo en el marco del concepto *trabajo*. Al considerar el nivel descriptivo y exploratorio, se delinear las relaciones que se han encontrado en la literatura científica en esta área del conocimiento y se formulan la posible existencia de más relaciones. Finalmente, este escrito, expone la importancia del cambio tecnológico; mira el proceso de transformación tecnológica en el contexto social, plantea la emergencia o necesidad de un nuevo paradigma; fija la relación entre tecnología, innovación tecnológica, cambio social y trabajo para concluir sobre sus dimensiones, el tipo de relación y sus efectos; también pone de manifiesto las dificultades, límites y retos que representa este tema para el mundo contemporáneo, especialmente sobre el empleo desde una perspectiva jurídica ilustrada en problemáticas del contexto actual ecuatoriano.

PALABRAS CLAVE: trabajo; transformaciones; tecnológico; productividad; jurídico; Ecuador.

ABSTRACT

The research objective has been to outline the relationships between technological and productive transformations in the work. To reach that, a qualitative methodology of documentary review and intuitive contribution was followed on the theoretical descriptive basis of concepts such as: technology, innovation, creation, social changes, productive transformations; and, mainly, employment within the framework of the concept of work. As it is a descriptive and exploratory level investigation; The relationships that have been found from the scientific literature in this area of knowledge are delineated and the possible existence of more relationships is formulated. Finally, this study exposes the importance of technological change; look at the process of technological transformation in the social context, raises the emergency or need for a new paradigm; fixes the relationship between technology, technological innovation, social change and work to conclude on its dimensions, the type of relationship and its effects; It also highlights the difficulties, limits and challenges that this issue represents for the contemporary world, especially on employment from a legal perspective illustrated in problems of the current Ecuadorian context.

KEYWORDS: work; transformations; technological; productivity; legal; Ecuador.

FORO

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación trata el fenómeno social de los cambios tecnológicos y productivos en el ámbito laboral, siendo indispensable su estudio debido a que es una constante del mundo contemporáneo, y ha tenido un crecimiento acelerado en las últimas décadas.

La idea central de este artículo consiste en establecer una aproximación descriptiva de las relaciones que suceden entre las transformaciones tecnológicas y productivas en un contexto laboral o de trabajo desde una perspectiva jurídica que asume las problemáticas de la actual realidad ecuatoriana.

La importancia y la relevancia de la temática resaltan porque su incidencia cubre todas las esferas de la vida en sociedad, sea pública o privada, y hasta las relaciones con el entorno-naturaleza, por lo cual un acercamiento desde una perspectiva jurídica es abonar a este amplio espectro de conocimiento.

Las aportaciones que se desarrollan en este trabajo se pueden verificar en tres segmentos: 1) Aportaciones teóricas, debido al establecimiento de las relaciones existentes entre las categorías estudiadas y de sumar una aproximación ilustrativa desde el ámbito jurídico al fenómeno del cambio tecnológico; 2) Aportaciones metodológicas, en razón del planteamiento descriptivo y exploratorio que permiten incrementar el conocimiento —más relaciones entre categorías— y desde distintas disciplinas; y 3) Utilidad práctica o técnica, aunque no genere instrumentos o herramientas, sí sienta las bases para que puedan elaborarse.

La línea argumentativa para el desarrollo de contenidos se construye desde cuatro ejes centrales: 1) Los cambios tecnológicos hacen necesario que se produzca un nuevo paradigma sobre el proceso de transformación tecnológica multidimensional; 2) La relación entre cambios tecnológicos y cambios sociales —incluyendo cambios culturales— es bidireccional como indicador de avance entre la idea de cambio-innovación-cambio; 3) La relación anterior sucede con mayor presencia en un contexto de trabajo; y, mucho más específico, en lo laboral y el empleo; por lo tanto, es imprescindible abordar una segunda relación entre transformaciones tecnológicas y productivas en situaciones de trabajo típico; y 4) Las problemáticas pueden ser múltiples entorno a estas relaciones en el ámbito laboral, no obstante, más notorias desde una perspectiva jurídica en situaciones de trabajo atípico.

La confirmación de argumentos permitirá llegar al objeto de determinación exploratoria y descriptiva de la problemática jurídica que resulta del establecimiento de las relaciones entre cambios tecnológicos y productivos del trabajo, sin que necesariamente entre a una reflexión profunda dentro del ámbito jurídico, sino que ponga de manifiesto posibles escenarios en los que representa una problemática.

En los primeros cinco apartados se encontrará la construcción teórica y determinación de relaciones de las categorías enunciadas; mientras que el sexto hará un ejercicio de exploración ilustrativa de la problemática jurídica dejando a salvo reflexiones profundas para futuros trabajos.

CAMBIO TECNOLÓGICO

La producción de tecnología es un proceso que busca dar solución a problemas de carácter simple o complejo, que no solo incluye incorporación de máquinas o equipos, también involucra aplicación de conocimientos prácticos y teóricos, que ante los desafíos de cada etapa buscan generar nuevas formas de producción, organización y comercialización que respondan a los patrones de consumo.¹

El cambio tecnológico presenta elementos distintivos asociados al conocimiento como: factor productivo, innovación como base para mantener una posición ventajosa y diferencial en el mercado y el desarrollo sistemas que permiten una mayor conexión entre las personas.² Esto ha facilitado la globalización de los mercados e impulsado nuevas modalidades productivas.

Con la cuarta revolución industrial se han profundizado “el desarrollo de aplicaciones en el campo de la cibernética y de las tecnologías de información y comunicación”.³ Avances tecnológicos que permiten automatizar tareas cognitivas, controlar procesos físicos, analizar y extraer información del mundo virtual.

TRANSFORMACIÓN TECNOLÓGICA EN LO SOCIAL: NUEVO PARADIGMA

Toda transformación que se presenta en el plano del conocimiento y de la realidad concreta genera impactos en varias dimensiones —social, económica, cultural, política, etc.— de donde surgen varios tipos de relaciones. Para comprender esta constelación de conocimientos de manera sistematizada es necesario plantear la posibilidad de un paradigma sobre el proceso de transformación tecnológica que, según Lück,

-
1. Sonia Roitter, *Cambio tecnológico y empleo: Aportes conceptuales y evidencia frente a la dinámica en curso* (Buenos Aires: Centro Interdisciplinario de Estudios en Ciencia, Tecnología e Innovación, 2019), 17.
 2. *Ibid.*, 22.
 3. Ana Catalano, *Tecnología, innovación y competencias ocupacionales en la sociedad del conocimiento*, Documentos de Trabajo 22 (Argentina: Oficina de País de la OIT para la Argentina, 2018), 18, <https://url2.cl/MtVcH>.

basado en Castelles, tiene algunas características que representan la base material de la sociedad de la información:⁴

Primera, la información se constituye en la materia prima de la tecnología y no a la inversa; por lo tanto, es parte sustancial del nuevo paradigma tecnológico que simplifica la información con influencia sobre la tecnología. Segunda, la tecnología se incorpora en todas las esferas de la vida humana de manera individual o colectiva. Tercera, la información como fenómeno complejo y de gran interacción a través de la tecnología puede entenderse desde la morfología de la red.

Cuarta, no es necesario destruir una institución u organización cuando existe una flexibilidad del sistema de redes, es decir, se puede modificar, configurar, reconfigurar, programar y reprogramar procesos sin que esto signifique una desaparición de la base material de la organización. Quinta, convergencia de la tecnología con un sistema de información integrado, por ejemplo, tecnología específica para un área de conocimiento, por ejemplo, estudios neurolingüísticos a través de Resonancia Magnético Nuclear (RMN) y computarizada.

Lück, agrega que “la economía informacional no se basa apenas en la información, pero sí en la inclusión de atributos culturales en la implementación y diseminación del nuevo paradigma tecnológico”.⁵ Es decir, que las relaciones Estado-sociedad global; Estado-sociedad-nación; Estado-nacionalidades y pueblos; Estado-instituciones; y a la inversa y entre quienes componen el mundo como personas naturales y jurídicas a nivel individual o colectivo, nacional o internacional; tienen un rol importante en los procesos que involucran la tecnología y la toma de decisiones.

En ese sentido, existe una emergencia en la formulación de un paradigma tecnológico en vista de que la información-tecnología-decisión, muchas veces no se relacionan de manera adecuada; sobre todo la última, debido a que esta depende de la voluntad política, de la pertinencia normativa, de la administración y gestión de los estados, de los recursos asignados, del compromiso social, y los objetivos e ideales que se persiguen como una sociedad de un Estado determinado.

Para acercarse a la comprensión más adecuada de la relación entre las transformaciones tecnológicas y las productivas en el ámbito del trabajo es necesario plantear el esquema de la información y de la decisión a los niveles y dimensiones antes comentados; cuestión que no se podrá profundizar en este trabajo académico debido a la extensión del tratamiento, pero sí se hace referencia a la emergencia de su estudio.

4. Esther Hermes Lück, “El proceso de transformación tecnológica y la formación docente”, *Revista de Universidad y Sociedad del Conocimiento* 6, n.º 1 (2009): 3, <https://n9.cl/b0bw>.

5. *Ibíd.*, 3.

INNOVACIÓN TECNOLÓGICA, CAMBIO SOCIAL Y TRABAJO

En la anterior sección se puso de manifiesto que existen varios tipos de relaciones; y, en esa línea lógica, una relación especial sucede entre los cambios tecnológicos y los cambios sociales.

Para Bouza, la relación entre estos dos aspectos es de tipo bidireccional, es decir, que no necesariamente uno de los dos es el determinante de la relación. En otras palabras, los efectos que producen las transformaciones tecnológicas en los cambios sociales no son los únicos, sino que sucede también a la inversa.⁶ Ejemplo, si hay cambios sociales, se deriva un número considerable de demandas sobre la tecnología. Así, de manera cíclica, las creaciones o innovaciones tecnológicas impulsarán algunos cambios sociales.

Se produce también una idea cíclica de cambio-innovación-cambio. Por ello, la elaboración de conocimiento a tecnología es un indicador del avance como sociedad. Puede haber una presencia de innovación que genera mucho más grado de avance tecnológico; y, por lo tanto, impulsar el cambio social; como puede haber un grado de “innovación” algo repetitivo o redundante que no contribuye a este cambio social y, que por el contrario, lo estatiza o retrocede.⁷

En esa lógica también sucede una relación de cambios tecnológicos y cambios culturales. Podría decirse que “de las deficiencias del mercado de trabajo y de la nostalgia colectiva hacia el supuesto paraíso perdido proceden los aspectos más sombríos del aún vacilante cambio social en curso”.⁸

En este punto del ensayo se comienza a dar la importancia a la variable “trabajo” como un eje medular entre la transformación tecnológica y productivas en el contexto de cambios sociales (entre ellos, culturales y políticos).

Para delimitar el campo de análisis en los siguientes apartados se irán haciendo consideraciones dirigidas a contextualizar las categorías y sus relaciones en un contexto de trabajo incluyendo una perspectiva jurídica.

6. Fermín Bouza, “Innovación tecnológica y cambio social”, en *Las encrucijadas del cambio social*, Universidad de Vigo (Vigo: Servizo de Publicacións, 2002), 85-97.

7. *Ibid.*, 91.

8. *Ibid.*, 96.

TRANSFORMACIONES TECNOLÓGICAS Y PRODUCTIVAS EN TORNO AL TRABAJO

El trabajo, según la Real Academia Española, presenta varias acepciones como: a) verbo que consiste en la acción y efecto de trabajar; b) en el sentido de oficio se puede considerar una ocupación retribuida; c) como resultado o producto es una obra, algo que lo realizó un agente; d) manifestación de la actividad humana reflejada en una obra; e) operación de alguna máquina o herramienta con un fin determinado; entre otras, pero que sustancialmente la que más se liga a la idea que se pretende relacionar es la siguiente: “esfuerzo humano aplicado a la producción de riqueza, en contraposición a capital”.⁹ Esta, aunque parece una acepción jurídica por el sentido de la contraprestación de la remuneración por una actividad laboral, pone especial énfasis en la idea de la producción de la riqueza.

Antes de empezar con el análisis de la relación de las transformaciones tecnológicas y productivas, es fundamental introducir elementos desde la normativa ecuatoriana sobre la definición de trabajo. La Constitución de la República del Ecuador de 2008 (en adelante, la Constitución) sostiene que el trabajo es un derecho, deber social, y derecho económico.¹⁰

El reconocimiento jurídico del trabajo presenta dos dimensiones: social y económica. Más allá de esto, se establece como fuente de realización personal y base de la economía; es decir, no solo forma parte de la vida jurídica, sino que resume mucho de lo que significa la humanidad y además un eje económico de las sociedades contemporáneas. Esta connotación histórica, filosófica y existencial podría resumirse en que *sin trabajo no hay vida* y sin el mismo no puede trascender las sociedades ni del mundo.

En ese orden de ideas, la Constitución en su artículo 319 plantea como relación sustancial el trabajo y la producción sintetizada en las formas de organización de la producción y su gestión.¹¹ También se puede entender la relación del sentido de creación e innovación cuando se refiere a propiedad intelectual e industrial.

Otro de los elementos y relaciones que se reconocen son aquellas que se producen por el efecto del trabajo en la retribución y la redistribución de la riqueza. El primero, sobre retribución, porque para alcanzar una vida digna en el sentido individual y fa-

9. Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española* (RAE, 2014), <https://dle.rae.es> sobre el término “trabajo”.

10. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial Suplemento 449, 20 de octubre de 2008, art. 33.

11. *Ibíd.*, arts. 319-322.

miliar la contraprestación garantiza que se cubra con las necesidades básicas; y, por lo tanto, la satisfacción de varios derechos. El segundo, la redistribución de la riqueza, enmarca el deber del Estado sobre la garantía y el desarrollo de políticas públicas manifestado prácticamente en los planes, programas, proyectos, entre otros, que ejecutan cada acción para la consecución de varios derechos.

Tanto normativa como política pública moldean en cada Estado y sociedad el *ser* y el *deber ser* del trabajo y de sus implicaciones en todas las esferas de la vida. A continuación, se expone una serie de elementos de análisis para la comprensión de la relación: transformaciones tecnológicas y productivas en el contexto del trabajo. Esto tiene una suerte de aplicación de sistemas que inciden sobre el empleo de una forma diferencial ya sea de manera sustitutiva o complementaria sobre las tareas y de forma negativa para los empleos caracterizados por tareas rutinarias.¹²

Desde el enfoque del mecanismo de compensación, los puestos de trabajo que son reemplazados por la implementación de tecnología en la cadena de producción, pueden ser compensados considerando que los sistemas tecnológicos posibilitan una mayor producción con reducción de costos y precios lo que genera mayor demanda, y esto posibilita necesidad de nuevos puestos de trabajo para atender la necesidad emergente.

En efecto, Marx en su análisis sobre este tema señala que la incorporación de maquinarias aumenta la productibilidad, sin embargo, a diferencia del enfoque de “compensación”, el trabajo humano será reemplazado por el de la máquina y no generará puestos de trabajo, lo que se verá reflejado en aumento de las tasas de desempleo, considerando que la compensación es parcial a la velocidad con la que se da el crecimiento de la demanda no responde a la incorporación inmediata de los trabajadores desplazados.¹³

Según Roitter, desde la perspectiva de Petit, “la compensación no se produce en términos de empleo ya que, capital y trabajo se utilizarían hasta el punto en que ambos obtengan el mayor retorno marginal en términos de ganancias y utilidad, respectivamente, al igualar la productividad marginal por unidad de valor invertida en cada factor”.¹⁴ En este sentido existe un punto de ajuste del mercado, la innovación tecnológica no genera desempleo y existe beneficio tanto para el trabajador como para el

12. Jeremy Rifkin, *El fin del trabajo: Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo* (Nueva York: Paidós Ibérica, 1996).

13. Karl Marx, *El Capital*, traducido por Isaac Zeiger (Buenos Aires: Gradifco, Pensadores Universales, 2006).

14. Roitter, *Cambio tecnológico y empleo: Aportes conceptuales y evidencia frente a la dinámica en curso*, 31.

empleador. Para Keynes esta perspectiva no toma en cuenta la baja demanda efectiva prediciendo que no existirá el equilibrio para mantener el empleo.

La incertidumbre nace del impacto del avance tecnológico, la capacidad de respuesta de los nuevos sistemas productivos para generar empleo y la cualificación de los trabajadores ante los nuevos requerimientos, el proceso de cambio plantea estos cuestionamientos en la medida de que no se tiene claro si la transformación por la que se está atravesando actualmente tenga la capacidad de generar el mismo número de empleos que va desplazando, por lo que se presentan una serie de perspectivas que se exponen a continuación:

Desde una visión radical, Ford señala que, a medida que avanza el desarrollo tecnológico, aumenta el riesgo sobre ocupaciones que pueden perderse como consecuencia de la automatización.¹⁵

Autores como Frey y Osborne, plantearon un análisis enfocado en la idea de que ciertas ocupaciones pueden ser computarizadas, y que en la medida que se presenta el avance tecnológico tiene un efecto negativo sobre el empleo, especialmente en actividades de construcción, logística, transporte y manufactureras.¹⁶

Algunos llegan al conceso de que los cambios tecnológicos tendrán un impacto negativo sobre las actividades rutinarias y que sus efectos también alcanzarán a las actividades cognitivas no rutinarias, en esta línea la destrucción no será solo para ocupaciones o tareas específicas, incluso se destaca la incidencia negativa de las nuevas tecnologías sobre el empleo a partir de los avances digitales que incrementan productividad sin requerir incorporación masiva de mano de obra.

Frente a estas perspectivas se presentan otras alternativas centradas en mecanismos de complementariedad antes que en los efectos de la sustitución, lo que invita a pensar en que este mecanismo posibilita la generación de empleos a partir de la necesidad de nuevas actividades.

En cierto modo, se sostiene que los cambios tecnológicos complementan los procesos de automatización en la medida que generan aumento de producción, y, por ende, el requerimiento de mano de obra, y señalan que la disminución del empleo no es consecuencia de la innovación tecnológica, sino de la falta de capacidad para mejorar la productividad y el producto a partir de mejoras tecnológicas. A la par se

15. Martin Ford, *El auge de los robots: La tecnología y la amenaza de un futuro sin empleo* (Barcelona: Paidós Ibérica, 2016).

16. Carl Frey y Michael Osborne, "The future of employment: How susceptible are jobs to computerisation?", *Technological Forecasting & Social Change* 49 (2017): 254-80, doi:<https://url2.cl/5z9Rs>.

establece que la sustitución de trabajo se da principalmente en tareas rutinarias, y se mantiene que el trabajo cognitivo será difícilmente sustituido.

Con referencia a la creación de nuevos empleos se establece que el impacto tecnológico es gradual considerando que, en un primer momento, se destruyen ocupaciones, se modifican tareas existentes, cambia la organización y, a partir de esto, se genera la disminución de la masa laboral, lo que permite ajustes y cambios dando paso a la creación de puestos de trabajo; claro está que estos procesos van acompañados de requerimientos de competencias y cualificaciones de los trabajadores, que se deben ajustar al proceso de cambio.

Otro aporte importante son las particularidades de los tipos de trabajo y las ocupaciones; también las tareas y ocupación, si en las actividades que se realizan predomina el trabajo manual o cognitivo y el grado de rutinización que puede presentar cada una de ellas; esta distinción permitirá diferenciar el impacto que tendrá el cambio tecnológico sobre estos grupos.

En efecto, las tareas y ocupaciones en las que predomina el trabajo manual son propensas a ser codificadas y sistematizadas, también afecta a las actividades que en parte son rutinarias y cognitivas, en un menor grado en las actividades que requieren esfuerzo cognitivo, intuición, interacción, adaptabilidad y no son repetitivas, aunque no se descarta la idea de que las innovaciones tecnológicas permitan insertarse en el ámbito de las actividades cognitivas.

Para Arntz, Gregory y Zierahn en algunos casos los procesos de automatización no destruyen labores, sino que el efecto se da sobre parte de las tareas de la ocupación, por ejemplo, las actividades específicas como la contabilidad, el trabajo administrativo y aquellos que son repetitivos en las fábricas por medio de la aplicación de sistemas informáticos se han ido remplazando.¹⁷

Lo que puede ser diferente en trabajos que requieren interacción social, por ejemplo, negociadores, vendedores, cuidadores de personas con altos niveles de dependencia o enfermas, entre otros, actividades que se caracterizan por aplicación de la inteligencia emocional, siendo difícil su automatización por su naturaleza de experiencia humana.

En términos de nivel de cualificación, algunos estudios coinciden en que el efecto negativo de la automatización se reflejará en aquellas actividades que requieren un ni-

17. Melanie Arntz, Gregory Terry, y Ulrich Zierahn, "The Risk of Automation for Jobs in oecd Countries: A Comparative Analysis", *Employment and Migration Working Papers*, n.º 186 (2016): 1-33, doi:<https://url2.cl/32i1a>.

vel bajo de cualificación;¹⁸ y, por otra parte, existirían oportunidades para actividades debido a la imposibilidad de automatizar tareas basadas en la experiencia como en el caso mencionado en el párrafo anterior.

Otro análisis está encaminado a evaluar los horizontes laborales diferentes, considerando que la tecnología informática puede crear o cambiar empleos y estos requieren ciertos niveles de cualificación de los trabajadores para responder a los cambios y nuevas necesidades, especialmente relacionadas con la creatividad y habilidad para resolver problemas.

“Los cambios en las calificaciones y capacidades, así como los incrementos en la productividad que se derivan de las transformaciones tecnológicas recientes también tienen su impacto en los niveles de remuneración de los trabajadores”,¹⁹ frente a la desaparición de ocupaciones de mediana cualificación, los empleos de estratos altamente cualificados serán los que presenten mejores niveles salariales.

Por un lado, tenemos los empleos que requieren habilidades especiales para resolver problemas ubicados en altos estratos cualificados y a la par los de estrato bajo poco cualificados que no pueden ser automatizados debido a que los sistemas tecnológicos no pueden reproducir su experiencia, o por las escasas productividad que representan ciertas actividades.

Desde otro ángulo, se hace una evaluación de los aportes de la tecnología frente a la organización del trabajo y la calidad del empleo, en este sentido las transformaciones tecnológicas favorecen a las técnicas de producción, comercialización y distribución.

La tecnología digital ofrece a las empresas la posibilidad de prescindir de ciertos puestos de trabajo, digitalizar tareas y reubicar puestos. La deslocalización permite evaluar costos de contratación de un país a otro, generando empleo en el país seleccionado y a la par permite el surgimiento de nuevas actividades de servicios orientados a la actividad industrial.

Son algunos de los ejemplos de las relaciones que suceden a las transformaciones tecnológicas y productivas sobre el trabajo y más en el empleo, en un sentido básico de hipótesis tentativa donde en varios casos la tecnología contribuye a la producción, pero no genera empleos; y, por otro lado, cuando sí lo hace en un contexto de trabajo

18. Abramo Lais y Salazar, “El trabajador frente a la automatización: efectos sociales y percepción de los trabajadores”, *Revista Mexicana de Sociología* 50 (1988): 61-9, doi:10.2307/3540584; Daniel Martínez, “Sobre el incierto futuro del trabajo y del rol de los actores sociales”, *Revista Economía* 41, n.º 81 (2018): 69-100, doi:https://url2.cl/sD18y; Rafael Doménech et al., “Afectados por la revolución digital: El caso de España”, *Papeles de Economía Española*, 2018, 128-45.

19. Roitter, *Cambio tecnológico y empleo: Aportes conceptuales y evidencia frente a la dinámica en curso*, 50.

típico, no obstante, queda en siguientes líneas formular de manera exploratoria si esto se repite de la misma manera en el trabajo atípico.

TRANSFORMACIONES TECNOLÓGICAS Y PRODUCTIVAS: TRABAJO ATÍPICO

Un mundo interconectado determina nuevos patrones de comportamiento, y promueve nuevas estructuras organizacionales adaptadas para minimizar costos y facilitar transacciones, lo que cambia la dinámica del mercado de consumo pues existe una gran variedad de actividades, bienes y servicios que son ofertados a través de plataformas digitales, es precisamente este contexto el que determina el surgimiento de nuevas modalidades de trabajo.²⁰

Los cambios tecnológicos marcan una transición del empleo formal a modalidades atípicas de empleo, por un lado el empleo formal se caracteriza entre otras cosas por ser continuo, estable, de tiempo completo, personal, bajo dependencia y con una remuneración, además de ofrecer a los trabajadores cierta estabilidad económica, sentido de pertinencia e integración social mientras que en el empleo atípico la jornada laboral es flexible, carece de estabilidad, no se genera vínculo de pertinencia, el trabajador es responsable de su propio esfuerzo respecto a la generación de ingresos y cuidado de su seguridad y salud.

Según informe de la OIT de 2016 las formas no estándar de empleo responden a arreglos sobre la jornada laboral, el tipo de contratación y la estabilidad del puesto de trabajo, entre ellas se distingue de manera general las siguientes categorías: a) empleo temporal por ser una modalidad de duración determinada, la actividad puede ser trabajo por proyectos o tareas; b) trabajo a tiempo parcial su jornada de trabajo es menor a 8 horas; c) trabajo a pedido, las horas de trabajo son reducidas y sus horarios tienen a ser poco predecibles; d) trabajo multipartita característico por su régimen de subcontratación; y e) empleo encubierto por cuenta propia económicamente dependiente.²¹

Estas categorías bien pueden trasladarse como ejemplificación en el uso de plataformas digitales que actualmente comienzan a cubrir el mercado tanto nacional como internacional; entre ellas, se puede citar Uber, Cabify, Globo, entre otros, que por sus características deben observarse bajo criterios de primacía de la realidad, especial-

20. Javier Madariaga et al., *Economía de plataformas y empleo ¿Cómo es trabajar para una app en Argentina?* (Buenos Aires: CIPPEC-BID / OIT, 2009), 129.

21. OIT, “El empleo atípico en el mundo: Retos y perspectivas. Presentación resumida del informe” (Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2016), 2.

mente la relación existente entre los sujetos y las condiciones para el desarrollo de la prestación del servicio.

No se puede desconocer que la empresa que maneja la plataforma establece en la mayoría de casos las condiciones del servicio, determina el monto a cobrar al usuario y porcentaje que le corresponde a la empresa, además de generar un registro de desempeño y establecer sanciones, lo cual llama la atención de forma particular debido a que las empresas niegan cualquier vínculo de relación laboral y denominan a sus trabajadores como “*contratistas independientes*”.²²

Un criterio que se puede desprender de un análisis social y jurídico del derecho del trabajo, es que las empresas tergiversan la relación laboral típica y aparentan cumplir funciones de intermediación haciendo funcional la flexibilización, lo que les permite transferir los riesgos al trabajador, bajar costos y extenderse en el mercado conectando la oferta y la demanda de un servicio o producto, esto se traduce, en una aparente inestabilidad laboral, problemas en la seguridad y salud de los trabajadores considerando la inexistencia de obligaciones legales, falta de supervisión y formación, la rotación y duración de horarios de trabajo; y, por supuesto, una alerta para el sostenimiento del sistema de seguridad social.²³

El aumento de esta modalidad genera controversia sobre la relación jurídica existente, debido a que la aparente inexistencia de la relación laboral dificulta la protección de derechos laborales, la exigibilidad de garantías que se relacionan a las condiciones típicas del empleo como protección social y condiciones saludables de trabajo, y también genera conflicto a nivel de control fiscal y competencia desleal.

En este sentido se recomienda el establecimiento de una nueva categoría de trabajo que considere las particularidades de las plataformas digitales y el establecimiento de mecanismos que garanticen progresivamente el acceso a la seguridad social, especialmente las relacionadas con la seguridad y salud en el trabajo, además de un sistema adecuado de control administrativo, tributario y laboral.²⁴ Lo indispensable es que las transformaciones tecnológicas vayan de la mano de los cambios sociales, pero no solo aquello, sino que deben estar en el marco de la pertinencia jurídica que viabiliza la protección de los derechos.

22. Madariaga et al., *Economía de plataformas y empleo ¿Cómo es trabajar para una app en Argentina?*

23. Christoph Ernst y Verónica Robert, *Cambio tecnológico y futuro del trabajo. Competencias laborales y habilidades colectivas para una nueva matriz productiva en Argentina* (Buenos Aires: Oficina de País de la OIT para la Argentina, 2019).

24. Madariaga et al., *Economía de plataformas y empleo ¿Cómo es trabajar para una app en Argentina?*

PROBLEMÁTICAS JURÍDICAS EN EVIDENCIA: TRANSFORMACIONES PRODUCTIVAS Y TECNOLÓGICAS EN LOS ESTADOS CONSTITUCIONALES DE DERECHOS

Toda vez que se ha dejado sentado la relación bilateral y recíproca entre cambio social y transformaciones tecnológicas; y, de esta última con las transformaciones o cambios productivos en un contexto de trabajo típico y atípico, es prudente realizar un abordaje ilustrativo de un espectro genérico de problemáticas jurídicas que podrían presentarse.

En el desarrollo de este apartado se hará énfasis en tres segmentos: primero, generalidades sobre el modelo político de Estado en el Ecuador y su implicación; segundo, ejemplificación de algunas garantías constitucionales como medios para el goce efectivo de los derechos; y, tercero, una contextualización ilustrativa de las problemáticas jurídicas asociadas a las transformaciones tecnológicas, productivas y sociales.

Primero, el modelo político de Estado Constitucional de Derechos lleva consigo la carga del Neoconstitucionalismo o Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, lo que cambia la forma de comprender la Teoría del Derecho, la Teoría Democrática y la Teoría del Estado, por lo cual se tiene un considerable conjunto de elementos que diferencian a este modelo político de Estado frente al anterior denominado Estado de Derecho o Estado legalista.²⁵

Hacer una descripción detallada del paradigma constitucional del Ecuador desbordaría el objeto de este estudio, por lo cual se hará una breve síntesis de lo más relevante. Se puede afirmar que, en este modelo de Estado, la autoridad pasa a ubicarse en un lugar secundario, esto debido a que la Constitución, como los derechos, son límites al poder y ninguna autoridad está por encima.

El Estado pasa a ser estructura de un sistema que sirve como medio para el goce efectivo de los derechos, su protección, exigibilidad y justiciabilidad en caso de que hayan sido vulnerados y necesiten de una reparación integral.²⁶

25. Miguel Carbonell, “El neoconstitucionalismo en su laberinto”, en *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos* (Madrid: Trotta, 2007); Roberto Gargarella y Christian Courtis, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes* (Santiago: CEPAL, 2009); Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *Política, justicia y Constitución*, Crítica y Derecho, 2 (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2012), 157-88; Ramiro Ávila, “Ecuador Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, en *Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis de la doctrina y el derecho comparado*, Justicia y Sociedad 3 (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 29-37.

26. Jorge Calderón Gamboa, *La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de De-*

Por otra parte, la Constitución se transforma en la norma jurídica suprema del ordenamiento jurídico, donde los enunciados sustantivos (derechos) son de aplicación directa e inmediata.²⁷

Otro elemento sustancial se refiere a la superación de la Teoría del Derecho Subjetivo, sobre la titularidad y legitimación activa en garantías jurisdiccionales, puesto que se incorpora la categoría *sujetos de derechos*, por la cual se incrementa el grado de exigibilidad.²⁸ Tanto así que cualquier sujeto de manera individual, colectiva o las dos al mismo tiempo, o indistintamente, pueden activar garantías jurisdiccionales cuando se conozcan de la vulneración de derechos. Se agrega que la naturaleza es sujeto de derechos.²⁹

Este salto cualitativo y cuantitativo también se ha visto representado en la conclusión diacrónica de la historia de la humanidad cuando unos individuos ejercían una relación de poder y subordinación sobre otros tratándolos como objetos. Aquí el ejemplo que permite hacer un análisis del trabajo y del trabajador en un contexto de transformaciones tecnológicas y productivas que atraviesan el fenómeno jurídico.

Los trabajadores en la historia han sido explotados como esclavos, y quizá esta relación ha ido evolucionando, sin dejar de lado quien tiene mayor capacidad de poder en esa relación. Por ilustrar este punto: se fue esclavo, se fue siervo, se es proletario, se es trabajador “asalariado”.

Aunque las denominaciones resulten eufemismos que encubren la explotación del hombre por el hombre, o, en otras palabras, del ser por el ser, se les hace imposible permanecer por mucho tiempo ocultas.

La relación cíclica de las transformaciones tecnológicas, productiva y sociales vuelven necesario un marco constitucional de acciones positivas y negativas, no solo en lo jurídico, sino también en lo institucional y en políticas públicas.

Los cambios acelerados de las sociedades en todo ámbito pueden resultar muy positivos, pero también traer riesgos como anteriormente se ejemplifica sobre el trabajo atípico, y más común en el trabajo típico como categoría de la habitual relación de dependencia en contextos de empresas tradicionales.

rechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano (Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013).

27. Ricardo Guastini, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, ed. Miguel Carbonell (Madrid: Trotta, 2003).

28. Entiéndase el incremento de exigibilidad de los derechos como la oportunidad que tienen los sujetos de derechos de poder ejercer acciones que se ventilarán por el ámbito jurisdiccionales, sin necesidad de ser representados por alguien más sino por sus propios derechos.

29. Diana Murcia, “El sujeto naturaleza: elementos para su comprensión”, en *Naturaleza con derechos: de la filosofía a la política* (Quito: Abya-Yala, 2011), 287-317.

Toda vez que estas transformaciones avanzan, comienza una nueva exigencia para el ser humano, volviéndolo más vulnerable al perfil de las decisiones del Estado a través del gobierno y de los empleadores. Hay que recordar el primer punto sobre la necesidad de tener un Estado Constitucional de Derechos, puesto que una de sus principales finalidades es frenar el abuso de poder.

La Constitución está diseñada para evitar que ante estos cambios —algunos bruscos y otros prolongados— se reduzca el riesgo de vulnerabilidad de los trabajadores y trabajadoras de que puedan incrementarse sus horas de trabajo, se generen despidos injustificados, se aproveche de la necesidad de la persona trabajadora, se discrimine por el grado de conocimiento, entre otros.

Para afrontar aquello ha de entenderse que no pueden existir derechos sin garantías, y la Constitución define tres tipos —aunque puedan existir muchas más garantías constitucionales³⁰—: 1) garantías normativas; 2) garantías de políticas públicas; y 3) garantías jurisdiccionales.³¹ Se incrementa el catálogo de garantías en correlación con el aumento del catálogo de derechos, por lo tanto, de este ejercicio se pretende la disminución de toda práctica de abuso de poder que intente vulnerar derechos. Para los trabajadores esto es de vital importancia, y en las siguientes líneas se ilustrará el rol que la Constitución asumiría ante una eventual o abrupta presencia de las tecnologías en el ámbito del trabajo.

Finalmente, queda ilustrar los anteriores apartados en una contextualización de transformaciones tecnológicas, productivas y sociales. Así, se tomará como referencia la actual situación del país:³² estados de excepción, estados de emergencia, crisis sanitaria, pandemia Covid-19, entre otros factores.

Para el sector del trabajo, esta crisis ha significado en la práctica lo que en apartados anteriores se menciona como teoría: a) las transformaciones suceden a todo nivel y establecen nuevas relaciones que actúan de manera bilateral; b) las exigencias sobre las personas se vuelven imperativas e inesperadas; c) Estado, mercado y sociedad tampoco se encuentran totalmente preparados; y d) se evidencia improvisación a toda esfera y con ello afectación a ciertos derechos. A todo esto puede sumarse un impacto obligatorio de nuevas modalidades de trabajo, uso de plataformas tecnológicas, y trabajo desde los hogares.

30. La clasificación de garantías constitucionales puede ser más amplia, por ejemplo, referirse a garantías primeras, secundarias, abstractas, concretas, institucionales, sociales, etc. Para este escrito solo se ha tomado en cuenta la clasificación explícita de la Constitución de la República del Ecuador de 2008.

31. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, Suplemento, 20 de octubre de 2008, arts. 84 y ss.

32. Se deja a salvo el ejercicio ilustrativo en diversas y múltiples situaciones para ser abordadas en futuros trabajos académicos que traten las mismas variables o tomen como referencia el esquema propuesto.

El cambio social debido a la pandemia trae por consecuencia transformaciones tecnológicas como el teletrabajo que implica un tipo de transformación productiva, como el quiebre en el giro del negocio de una empresa o el cambio a la matriz productiva de un Estado. Si no se toma en cuenta esta dinámica, será muy difícil tomar decisiones políticas y legislar de manera adecuada sin afectar los derechos de los trabajadores; por ejemplo:

1. Si se deja a voluntad de las partes los acuerdos sobre la forma de trabajo, jornadas y remuneraciones, se estaría desconociendo que la persona trabajadora está en desventaja desde un principio en esa relación de poder.
2. Si no se regula adecuadamente el teletrabajo puede correrse el riesgo que se afecte estructuralmente la dinámica de la sociedad, debido al uso del tiempo de trabajo. Si no se establecen prohibiciones o protecciones para el disfrute del tiempo libre, familia, recreación, entre otros, se terminará por tener una sociedad instrumentalizada al trabajo y encerrada en sus hogares, pendientes a toda hora de las actividades laborales. Es importante hablar aquí del derecho a la desconexión como derivado del derecho al descanso y enlazado con el proyecto de vida.
3. Si no se controlan las plataformas virtuales “colaborativas” no por su crecimiento sino por el impacto social, laboral y jurídico, se tendrán, por una parte, trabajadores sin protección social, empresas que se benefician de elevados porcentajes y una legislación que permite la salida de capitales, además de un régimen impositivo poco útil sobre ese tipo de generación de riqueza.
4. Si las personas trabajadoras no se instruyen de manera óptima en la mecánica de las transformaciones tecnológicas y productivas de su sector, también representaría un impacto en la economía del país y de la empresa, para lo cual, debe garantizarse la educación o, más bien, incrementarse gradualmente el presupuesto destinado para el sector educativo, tecnológico y de investigación.
5. Si el gobierno comienza a ceder a las pretensiones de los intereses de grupos de poder, habrá un ejercicio de la política abusivo en la toma de decisiones y, por lo tanto, utilizará sus potestades como la de creación de normas a través de decretos, acuerdos, resoluciones, entre otros, para responder a esos intereses, aún sin tener legitimidad absoluta. Esto aumentaría las desigualdades, y que unos sean más afectados que otros.

Estos son algunos ejemplos ilustrativos del espacio de transformaciones sociales, económicas, productivas y tecnológicas, pero ¿qué se puede hacer al respecto? Para los conflictos jurídicos que nacen del abuso de poder de empleadores para firmar acuerdos que reducen los derechos ha de recordárseles que los principios de aplicación de los derechos son mandatos de optimización y que deben ser observados por

ellos y, además, en caso de llegar a una autoridad jurisdiccional, formar parte de su motivación en la decisión. No se puede alegar falta de norma y desconocer los derechos.³³

Ante conflictos de ley, colisión de derechos, lagunas normativas y axiológicas,³⁴ se ha de resolver siempre con el sentido o significados primigenios de la Constitución, no puede quedarse una persona sin recibir justicia, aun quedando la posibilidad de verificar la mejor situación de los derechos en el derecho internacional de los derechos humanos.³⁵

La creación de normas no puede ser contraria a la Constitución y debe gozar no solo de validez formal sino también de validez material que busca un impacto positivo, justo y equitativo en la sociedad, aun si es creada por quienes tienen potestad legislativa, debería considerarse fuera del ordenamiento jurídico cuando es evidentemente injusta.

Para finalizar con este apartado, las garantías jurisdiccionales deben siempre estar a disposición de la población para la exigibilidad y justiciabilidad de sus derechos, así como a recibir una reparación integral. En último caso, recurrir a su derecho a la resistencia si es que la institucionalidad, el gobierno, entre otros actores, han llevado a un Estado que explota al ser por el ser.³⁶

CONCLUSIONES

Se ha demostrado que las relaciones entre los cambios tecnológicos, productivos y sociales presentan un tipo de relación cíclica, por una parte, que se seguirán reproduciendo a lo largo de la historia de la humanidad, y, por otra, que suceden en un sentido

33. *Ibíd.*, art. 11.

34. Josep Aguiló Regla, “Lagunas constitucionales”, *sn*, n.º 1 (2019): 19; Luis Prieto Sanchís, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial* (Lima: Palestra Editores, 2007); Manuel Atienza, *El Derecho como Argumentación* (Barcelona: Ariel, 2006).

35. Danilo Alberto Caicedo Tapia, “El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la Constitución”, *Foro: Revista de Derecho*, n.º 12 (II semestre 2009): 5-30; Vanessa Suelte-Cock, “El bloque de constitucionalidad como mecanismo de interpretación constitucional. Aproximación a los contenidos del bloque en derechos en Colombia”, *Vniversitas* 65, n.º 133 (2016): 301.

36. Merino Arza y Darwin Jorge, “El derecho de la resistencia y la ausencia de normativa en el Estado Constitucional de derechos y justicia”. 2015; Judith Alejandra Carrillo, “El Derecho a la Resistencia en la Constitución de la República del Ecuador” (Universidad de las Américas, 2010); Milton Rocha, “El rol de la creatividad en la resistencia más allá de un derecho: las actuales resistencias contra la explotación de recursos naturales en el Ecuador”, en *Refundación del constitucionalismo social. Reflexiones a los cien años de la Constitución de Querétaro*, ed. Claudia Storini (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2019).

de correspondencia o bidireccionalidad, porque los efectos o impactos no solo vienen de un solo tipo de cambio, sino que acontecen intermitentemente. Tanto pueden incidir las transformaciones tecnológicas a las productivas y viceversa; como pueden los cambios sociales incidir en las dos anteriores y también a la inversa.

El efecto de la aplicación de las nuevas tecnologías sobre la producción y su impacto en el empleo es distinto en cada etapa histórica: la dinámica económica y social no responde de la misma forma ante los desafíos que se le puedan presentar, en el contexto actual de la tecnología avanza a gran velocidad y su impacto genera efectos a nivel global, a diferencia de etapas anteriores en las que su alcance se presenta de forma gradual.

La velocidad y el alcance con que las actuales innovaciones tecnológicas están cambiando la dinámica social, incluido el mercado laboral, genera incertidumbre. Algunas teorías señalan que las transformaciones tecnológicas inciden en la medida de que destruyen ciertas actividades ya sea rutinarias o cognitivas en un mayor o menor grado y a su vez generan la necesidad de redefinir o crear nuevas ocupaciones.

Las nuevas ocupaciones requieren ciertos tipos de perfiles que abren campo a la polarización del empleo perfiles altamente cualificados con salarios altos o de baja cualificación con salarios bajos, generando gran tensión y desigualdad, lo que invita a pensar que el manejo del conocimiento, en la actual revolución será la clave para ubicarse en un contexto u otro.

Se verifica la necesidad del Estado Constitucional de Derechos para evitar los abusos de poder y el desequilibrio de las relaciones para evitar el incremento de las desigualdades debido a la transformaciones sociales, económicas, políticas, tecnológicas y productivas en el ámbito del trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

- Arntz, Melanie, Gregory Terry, y Ulrich Zierahn. “The Risk of Automation for Jobs in oecd Countries: A Comparative Analysis”. *Employment and Migration Working Papers*, n.º 186 (2016): 1-33. <https://url2.cl/32i1a>.
- Arza, Merino, y Darwin Jorge. “El derecho de la resistencia y la ausencia de normativa en el Estado Constitucional de derechos y justicia”. 2015.
- Atienza, Manuel. *El Derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, 2006.
- Ávila, Ramiro. “Ecuador Estado Constitucional de Derechos y Justicia”. En *Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis de la doctrina y el derecho comparado*, 29-37. Justicia y Sociedad 3. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Bouza, Fermín. “Innovación tecnológica y cambio social”. En *Las encrucijadas del cambio social*, Universidad de Vigo, 85-97. Vigo: Servizo de Publicacións, 2002.

- Caicedo Tapia, Danilo Alberto. “El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la Constitución”. *Foro: Revista de Derecho*, n.º 12 (II semestre 2009): 5-30.
- Calderón Gamboa, Jorge. *La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.
- Carbonell, Miguel. “El neoconstitucionalismo en su laberinto”. En *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.
- Carrillo, Judith. “El Derecho a la Resistencia en la Constitución de la República del Ecuador”. Universidad de las Américas, 2010.
- Catalano, Ana. *Tecnología, innovación y competencias ocupacionales en la sociedad del conocimiento*. Documentos de Trabajo 22. Argentina: Oficina de la OIT para la Argentina, 2018. <https://url2.cl/MtVcH>.
- Doménech, Rafael, José García, Mirian Montañez, y Alejandro Neut. “Afectados por la revolución digital: El caso de España”. *Papeles de Economía Española*, 2018, 128-45.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial, Suplemento 449, 20 de octubre de 2008.
- Ernst, Christoph, y Verónica Robert. *Cambio tecnológico y futuro del trabajo. Competencias laborales y habilidades colectivas para una nueva matriz productiva en Argentina*. Buenos Aires: Oficina de la OIT para la Argentina, 2019.
- Ford, Martin. *El auge de los robots: La tecnología y la amenaza de un futuro sin empleo*. Barcelona: Paidós Ibérica, 2016.
- Frey, Carl, y Michael Osborne. “The future of employment: How susceptible are jobs to computerisation?”. *Technological Forecasting & Social Change* 49 (2017): 254-80. <https://url2.cl/5z9Rs>.
- Gargarella, Roberto, y Christian Courtis. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. Santiago: CEPAL, 2009.
- Garza, Enrique. *La formación socioeconómicas neoliberal: debates teóricos acerca de la reestructuración de la producción y evidencia empírica para América Latina*. Primera. Plaza y Valdés, 2001.
- Guastini, Ricardo. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. En *Neoconstitucionalismo(s)*, editado por Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003.
- Lais, Abramo, y Salazar. “El trabajador frente a la automatización: efectos sociales y percepción de los trabajadores”. *Revista Mexicana de Sociología* 50 (1988): 61-9.
- Lück, Esther Hermes. “El proceso de transformación tecnológica y la formación docente”. *Revista de Universidad y Sociedad del Conocimiento* 6, n.º 1 (2009): 1-10. <https://n9.cl/b0bw>.
- Madariaga, Javier, Cesar Buenadicha, Erika Molina, y Christoph Ernst. *Economía de plataformas y empleo ¿Cómo es trabajar para una app en Argentina?* Buenos Aires: CIPPEC-BID / OIT, 2009.

- Martínez, Daniel. “Sobre el incierto futuro del trabajo y del rol de los actores sociales”. *Revista Economía* 41, n.º 81 (2018): 69-100. <https://url2.cl/sDI8y>.
- Marx, Karl. *El Capital*. Traducido por Isaac Zeiger. Buenos Aires: Gradifco, Pensadores Universales, 2006.
- Murcia, Diana. “El sujeto naturaleza: elementos para su comprensión”. En *Naturaleza con derechos: de la filosofía a la política*, 287-317. Quito: Abya-Yala, 2011.
- OIT. “El empleo atípico en el mundo: Retos y perspectivas. Presentación resumida del informe”. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2016.
- Prieto Sanchís, Luis. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra, 2007.
- Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. RAE, 2014. <https://dle.rae.es>.
- Regla, Josep Aguiló. “Lagunas constitucionales”. *sn*, n.º 1 (2019): 19.
- Rifkin, Jeremy. *El fin del trabajo: Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo*. Nueva York: Paidós Ibérica, 1996.
- Rocha, Milton. “El rol de la creatividad en la resistencia más allá de un derecho: las actuales resistencias contra la explotación de recursos naturales en el Ecuador”. En *Refundación del constitucionalismo social. Reflexiones a los cien años de la Constitución de Querétaro*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2019.
- Roitter, Sonia. *Cambio tecnológico y empleo: Aportes conceptuales y evidencia frente a la dinámica en curso*. Buenos Aires: Centro Interdisciplinario de Estudios en Ciencia, Tecnología e Innovación, 2019.
- Suelt-Cock, Vanessa. “El bloque de constitucionalidad como mecanismo de interpretación constitucional. Aproximación a los contenidos del bloque en derechos en Colombia”. *Vniversitas* 65, n.º 133 (2016): 301.
- Viciano Pastor, Roberto, y Rubén Martínez Dalmau. “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”. En *Política, justicia y Constitución*, 157-88. Crítica y Derecho, 2. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2012.

Análisis comparado del hábeas corpus en Bolivia, Colombia y Ecuador

*Comparative Analysis of Habeas Corpus in Bolivia,
Colombia and Ecuador*

Camilo Emanuel Pinos Jaén

Docente de la Universidad Católica de Cuenca, Sede Azogues

Cuenca, Ecuador

cpinosj@ucacue.edu.ec

ORCID: 0000-0002-0934-8471

Artículo de investigación

DOI: <https://doi.org/10.32719/26312484.2022.37.7>

Fecha de recepción: 29 de junio de 2021

Fecha de revisión: 31 de agosto de 2021

Fecha de aceptación: 15 de septiembre de 2021

Fecha de publicación: 3 de enero de 2022

Licencia Creative Commons



RESUMEN

La presente investigación aborda el estado actual del hábeas corpus en Ecuador y Colombia, así como la acción de libertad en Bolivia, establecida como un derecho y garantía jurisdiccional. Considerando su evolución a lo largo de la historia, se realizó un recorrido cronológico por Roma, Inglaterra, España y en algunos países de Latinoamérica con el objeto de entender la necesidad de su reconocimiento en el ordenamiento jurídico de cada Estado.

Para ello, luego de identificar su reconocimiento constitucional, se analizó el objeto, ámbito de protección y la realidad procesal en que opera, a partir del estudio de las disposiciones jurídicas y normas de cada Estado; así como también el desarrollo jurisprudencial de sus máximas instituciones de administración de justicia constitucional, conocidas como órganos de cierre en la materia.

En este sentido, se pudo reconocer los derechos que principalmente se protegen a través de esta garantía, como por ejemplo la libertad ambulatoria, la integridad física, y la vida; sin embargo, existen derechos conexos como la salud, la dignidad, por citar, que también se encuentran tutelados, lo cual, varía según el Estado en análisis. Finalmente, a más de establecer similitudes y diferencias, se pudo encontrar algunos problemas y desafíos del hábeas corpus y acción de libertad, que, de cierta forma, limitan una mayor eficacia en la *praxis*.

PALABRAS CLAVE: hábeas corpus; acción de libertad; garantía constitucional; acción; tipología; análisis comparado; desafíos; desarrollo jurisprudencial.

ABSTRACT

This research addresses the current state of habeas corpus in Ecuador and Colombia, as well as the liberty action in Bolivia, established as a right and jurisdictional guarantee. Considering its evolution throughout history, a chronological route of Rome, England, Spain and in some Latin American countries was carried out in order to understand the need for its recognition in the legal system of each State.

To this end, after identifying its constitutional recognition, the object, scope of protection and procedural reality were analyzed on the basis of the study of the legal provisions and norms of each State; as well as, the development of its highest constitutional justice administration bodies, also known as the closing bodies in the matter.

In this sense, it was possible to recognize the rights that are mainly protected through this guarantee, such as freedom of movement, physical integrity, and life; however, there are related rights such as health and dignity, for example, that are also protected, which varies according to the state under analysis. Finally, in addition to establishing similarities and differences, it was possible to find some problems and challenges of habeas corpus and action for liberty, which, in a certain way, limit greater effectiveness in practice.

KEYWORDS: habeas corpus; liberty action; constitutional guarantee; action; typology; comparative analysis; challenges; jurisprudential development.

INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República del Ecuador (CRE) desde su publicación en el Registro Oficial el 20 de octubre de 2008,¹ reconoce *inter alia* diferentes garantías constitucionales como las normativas o abstractas, de políticas y servicios públicos, jurisdiccionales, y las institucionales.² En este orden de ideas, estudiosos del derecho constitucional identifican, además, garantías sociales y democráticas.³

El paradigma constitucional y el proceso constituyente trajo consigo una innovadora Constitución, por cuanto, y entre otras cosas, se crearon y reformaron las garantías jurisdiccionales. En este punto es necesario recordar que la Constitución Política de la República del Ecuador (CPRE) de 1998⁴ reconocía únicamente al amparo, hábeas corpus y hábeas data como garantías jurisdiccionales; sin embargo, la CRE reconoció inicialmente las medidas cautelares, acción de protección, hábeas data, hábeas corpus, acceso a la información pública, acción por incumplimiento, acción extraordinaria de protección, para, posteriormente con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, reconocer la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena⁵ (LOGJCC) y vía precedente jurisprudencial obligatorio⁶ a la acción de incumplimiento.⁷

-
1. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
 2. La Corte Constitucional para el Período de Transición realizó un programa de divulgación constitucional con la ciudadanía; para ello, elaboró a través del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), varias cartillas de divulgación, entre las cuales, se encuentra la n.º 3 sobre “Garantías Constitucionales”, en la que se reconocen y establecen el objeto de las garantías institucionales.
 3. Se puede citar a David Cordero Heredia y Marcelo Guerra Coronel.
 4. Registro Oficial 1 de 11 de agosto de 1998.
 5. Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Registro Oficial 52, Suplemento, 22 de octubre de 2009, art. 65-6.
 6. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 001-10-PJO-CC”, en el *Caso n.º 0999-09-EP*, 22 de diciembre de 2010, 47.
 7. Se puede identificar la evolución de esta garantía a partir de lo establecido en los artículos 82-84 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el período de transición (11 de noviembre de 2008), en la cual la acción de incumplimiento no era una garantía jurisdiccional, sino una acción autónoma a otras acciones. Esto fue ratificado en la primera sentencia de acción de incumplimiento signada con el n.º 0001-09-SIS-CC. Posteriormente, la Corte Constitucional en la sentencia n.º 0013-09-SIS-CC, reconoce a la acción de incumplimiento como una garantía, el efecto *inter partes*, influye para que no sea considerada como la sentencia hito en materia de garantías. Luego la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ratifica la calidad de acción y no de garantía, por cuanto la ley *supra*, no la reconoce en el Título II específico de las garantías jurisdiccionales, sino en el TÍTULO VI referente a incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales.

Una de las garantías al que el constituyente en Montecristi brindó especial interés fue el hábeas corpus. En el Ecuador nace como un derecho en el número 8 del artículo 151 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1929. Sin embargo, fue hasta la CPRE que se reconoce como garantía, puesto que las anteriores la reconocieron como derecho,⁸ otorgaba la competencia al alcalde del cantón en donde se encontraba privado de libertad de forma ilegal o arbitraria una persona; para ello, la autoridad tenía 24 horas para resolver.⁹ La apelación era de competencia del Tribunal Constitucional. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la CRE, el objeto se amplía y ya no solo protege la libertad ambulatoria, sino, además, la integridad personal de las personas privadas de la libertad, la vida y otros derechos conexos.

En Colombia existen antecedentes en el artículo 186 de la Constitución Política del Estado de la Nueva Granada de 1832, posteriormente, en el artículo 23 la Constitución de 1886; sin embargo, aparece expresamente en los artículos 56-64 del Decreto 1358 de 1964.¹⁰ En 1971, a través del Código de Procedimiento Penal, se lo reconoce como derecho y recurso, sin posibilidad de impugnación. No obstante, la reforma a la norma *supra*, mediante decreto 50 de 1987, sienta las bases para el reconocimiento constitucional en 1991.

Por otra parte, en Bolivia a partir del referéndum popular del 11 de enero de 1931, se reconoce el recurso para el derecho a la libertad física,¹¹ sin embargo, la Constitución de 1938 es la que por primera vez la reconoce constitucionalmente,¹² mucho antes que el recurso de amparo (1967).¹³ Pero esta denominación permaneció vigente hasta la Constitución Política del Estado de 2004 (Ley de 13 de abril de 2004), por cuanto la actual Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009 reconoce a la acción de libertad como una acción de defensa.

En este contexto, luego de analizar el ámbito de protección y procesal del hábeas corpus en Ecuador y Colombia, o acción de libertad en Bolivia, es importante identificar cuáles son los principales problemas que esta garantía, derecho o acción de defensa constitucional presenta. Para ello, luego de sentar bases históricas, el análisis

8. *Constitución Política de la República del Ecuador* de 1938, 1945, 1946, 1967 y 1979.

9. La Constitución y la Ley de Régimen Municipal, regulaban situaciones de detención arbitraria; en tanto que, la Ley de Control Constitucional para cuando la prisión exceda lo previsto en la ley.

10. Véase en: <https://bit.ly/3d7IJD5>.

11. Alan E. Vargas Lima, "La evolución de la justicia constitucional en Bolivia. Apuntes sobre el modelo de control concentrado y plural de constitucionalidad", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 20 (2016): 369-404, <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/aijc.20.13>.

12. Alan E. Vargas Lima, "La Evolución del Pensamiento Constitucional a través de la Bibliografía Jurídica Boliviana", *Rev. Fuent. Cong.* [online], vol. 8, n.º 35 (2014): 44-60, <https://bit.ly/3hIC1Va>.

13. Reynaldo Peters Arza en 1972 propuso hábeas corpus en papel higiénico, durante la dictadura del general Hugo Banzer.

se realiza a partir del estudio de las diferentes disposiciones jurídicas y del desarrollo jurisprudencial de sus máximos órganos de cierre en la materia.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Entre los antecedentes del hábeas corpus encontramos a la *Tribuna Plebis* con la cual se defendía a la plebe de los patricios. Posteriormente a través del *ius auxilii* se abogaba por patricios y plebeyos frente al abuso de magistrados, algo similar al amparo en nuestros días, con lo cual se otorgaba “protección personal a los perseguidos por las autoridades (*ius auxilii*)”.¹⁴

Así mismo, el *pretor tutelaris*¹⁵ a través *sel liberalibus causis* en la época de los Severos¹⁶ se convertía en una especie de tutela respecto a la libertad, así como las *Leyes de Velerio Publicola* y la *custodia libera*.¹⁷

Sin embargo, es el *homine libero* el antecedente más conocido del hábeas corpus. El *Pretor* en el *Digesto* exigía “*Quem liberum dolo malo retines, exhibeas*”,¹⁸ con lo cual se exhibía a la persona que ha sido detenida con dolo.

Por otra parte, en España tanto el Fuero de León de 1188¹⁹ como los *greuges* que se proponían en las Cortes para la reparación de los derechos vulnerados por las autoridades²⁰ son antecedentes muy interesantes. Pero el más cercano es el *Proceso de Manifestación*²¹ de personas²² con su naturaleza cautelar y reparatoria con legitimación

-
14. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional* (Madrid: Marcial Pons, 2013), 52.
 15. Rafael Hernández Canelo, *Derecho Romano. Historia e Instituciones* (Lima: Jurista editores, 2014), 130.
 16. A decir de Wolfgang Kunkel: “En la época de los Severos, *época clásica tardía* de la jurisprudencia romana, la vinculación de los juristas de la ciudad de Roma con los emperadores y con la administración imperial se hace más estrecha aún y más clara que en la época clásica alta”. Wolfgang Kunkel, *Historia del Derecho romano*, trad. Juan Miquel (Barcelona: Ariel, 1973), 130.
 17. Domingo García Belaunde, “Los orígenes del hábeas corpus”, *Derecho PUCP* 31 (1973): 49. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.197301.006>.
 18. Kriegel, Hermann, Osenbrüggen, *Cuerpo del Derecho Civil Romano a doble texto traducido al castellano del latino. Primera Parte Digesto Tomo III* (Barcelona: 1897), 471.
 19. Domingo García Belaunde, “Los orígenes del hábeas corpus”, *Derecho PUCP* 31 (1973): 48-59, <https://doi.org/10.18800/derechopucp.197301.006>.
 20. Víctor Fairén Guillén, “Represión de actividades contra fuero y libertades. El proceso de Greuges”, en *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo* (Ciudad de México: UNAM, 1971), 63.
 21. Sus precedentes son: Del Codex Theodosianus, Digesto, VIII Concilio de Toledo (683), en el derecho bávaro Lex Baiuvariorum, Fueros de Nájera, Jaca (1064), Tudela, Zaragoza y Daroca (1142). La figura del Justicia en Aragón, Fuero de Ejea (1265), por citar. *Ibid.*, 100-1.
 22. Víctor Fairén Guillén, *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo* (Ciudad de México: UNAM, 1971), 84.

activa amplia, para recuperar la libertad cuando haya sido privada injustamente. Para Víctor Fairén Guillén “fue el equivalente del remedio anglosajón de *habeas corpus*”.²³ Finalmente la Constitución de Bayona en el artículo 132 establecía quiénes y cómo incurren en crimen por la arbitraria detención.²⁴

Por otra parte, en Inglaterra la Constitución de *Clarendon* reconoció libertades que garantizaban un debido proceso, la cual además tuvo una fuerte influencia en la reconocida Carta Magna de Juan sin Tierra de 1215, que, en sus cláusulas 39 y 40, inspiró la creación del *habeas corpus*.²⁵ Más adelante, la participación de Edward Coke en la redacción de la *Petition of Right* de 1628 es crucial. Sin embargo, es en 1640 cuando el *Habeas Corpus Act* reconoce que cualquier persona puede solicitar cuando haya sido privado de su libertad por orden del rey o del Consejo. Luego de varias reformas, en 1679 el *Habeas Corpus Amendment Act* regula por primera vez un procedimiento de un proceso constitucional.²⁶

En el mismo orden de ideas, en algunos países de Latinoamérica ocurrió algo similar por la colonización. En 1810 a las Cortes de Cádiz llegó la solicitud de don Manuel de Llano para la creación de una comisión redactora de la ley de *habeas corpus* como la de Inglaterra,²⁷ pero esta no prosperó, al igual que el proyecto Manifestaciones del *habeas corpus*, propuesto por María Catalán en 1811. La Constitución de Cádiz de 1812 contenía disposiciones que prohibían al rey privar de la libertad a las personas. En el mismo año aparecería un documento conocido como los *Elementos constitucionales circulados por el Sr. Rayón*, en el cual se describía *inter alia* que toda Constitución debe contener la “célebre ley *Corpus* de Inglaterra”.²⁸

El primer país latinoamericano en reconocer el *habeas corpus* en su ordenamiento jurídico fue Brasil²⁹ en el Código Criminal de 1830, pero constitucionalmente lo hizo en 1891. En este sentido, se sumaron Chile en 1833, Guatemala en 1837, El Salvador

-
23. Víctor Fairén Guillén, “Comentarios a la Constitución de 1978: el ‘*habeas corpus*’ del artículo 17-4 y la manifestación de personas”, *Revista de administración pública*, n.º 88 (1979): 9.
 24. Francisco Astarloa Villena, “Los derechos y libertades en las constituciones históricas españolas”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 92 (1996): 207-50, <https://bit.ly/3dktrJy>.
 25. Dan Jones, *Magna Carta. The making and legacy of the great charter* (London: Head of Zeus, 2014), 100.
 26. Eduardo Ferrer Mac-Gregor et al., *Héctor Fix-Zamudio y el origen científico del derecho procesal constitucional* (Managua: Corte Suprema de Justicia de la República de Nicaragua, 2010), 109.
 27. Jorge Mario García Laguardia, “Las garantías jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos en Guatemala, *habeas corpus* y amparo”, en *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*, ed. Miguel López Ruiz (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992), 315.
 28. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, *Elementos constitucionales circulados por el Sr. Rayón*, <https://bit.ly/2SxBMm2>.
 29. Juan Ignacio Tena Ybarra, “Evolución constitucional del Brasil”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 31-32 (1947): 201-16, <https://bit.ly/3do4JrW>.

en 1841, Costa Rica en 1859, Argentina en 1863, Honduras en 1865, Perú en 1879, Puerto Rico y Cuba en 1900, Panamá en 1904, Uruguay en 1918, Ecuador en 1929, Bolivia en 1938, Venezuela en 1947, Colombia en 1964, por citar unos cuantos países.

Tabla 1. **Cronología sobre el reconocimiento latinoamericano del hábeas corpus/acción de libertad**

Estado	Ley/Reglamento	Constitución
Brasil	1830	1891
Chile	x	1833
Guatemala	1837	1879
El Salvador	x	1841
Costa Rica	x	1859
Argentina	1863	1949
Honduras	x	1865
Perú	1879	1920
Puerto Rico	1900	x
Cuba	1900	1901
Panamá	1908	1904
Uruguay	x	1918
Ecuador	1933	1929
Bolivia	x	1938
Venezuela	x	1947
Colombia	1964	1991

Fuente: normativa estatal.

Elaboración propia.

ÁMBITO DE PROTECCIÓN DEL HÁBEAS CORPUS: NATURALEZA, OBJETO Y DERECHOS TUTELADOS

Por su naturaleza, en Ecuador el hábeas corpus es una garantía jurisdiccional de conocimiento, reconocida en el artículo 89 y 90 de la CRE y 43-46 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; sin embargo, el desarrollo jurisprudencial de la anterior composición de la Corte Constitucional lo reconoce como derecho en la sentencia n.º 171-15-SEP-CC.

Por el contrario, en Colombia, a más de ser una garantía constitucional,³⁰ es una acción constitucional de conocimiento para tutelar la libertad, lo cual la convierte en un instrumento de protección de “otros derechos fundamentales como la integridad física y la vida de las personas privadas de la libertad”.³¹ Así mismo, es un derecho fundamental según el artículo 30 de la Constitución Política de Colombia.³² Ahora bien, esto no significa que por considerar el hábeas corpus como acción, este pierde su carácter de derecho fundamental, al contrario, en él se hace efectivo.³³

En similar sentido, la acción de libertad boliviana es reconocida en el artículo 125 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia como una acción de defensa tutelar, preventiva, correctiva y reparadora;³⁴ sin embargo, puede darse el caso de que al proponer la acción se dicten medidas cautelares.³⁵

Ahora bien, identificada la naturaleza, es conveniente identificar el objeto del hábeas corpus y la acción de libertad. Según la CRE³⁶ y la LOGJCC³⁷ el hábeas corpus ecuatoriano tiene por objeto recuperar la libertad de la persona que fue privada de la misma de forma ilegal, ilegítima o arbitraria, ya sea por parte de un funcionario público o particular. Del mismo modo, es una garantía que se activa por tratos crueles, inhumanos o degradantes en contra de personas privadas de la libertad, por cuanto lo que pretende esta garantía es proteger su vida e integridad física, así como recuperar a la persona que ha sido desaparecida forzosamente.³⁸ En tal virtud, no puede ser utilizada para modificar la sentencia condenatoria, peor aún como recurso.³⁹ En ese orden de ideas, los derechos protegidos son la libertad, vida, integridad personal⁴⁰ y demás

-
30. Colombia Corte Constitucional, “Sentencia C-187/06”, en el *expediente P.E. 025*, 15 de marzo de 2006, <https://bit.ly/3wKejgI>.
 31. Colombia Corte Constitucional, “Sentencia C-042/18”, en el *expediente D-11862*, 16 de mayo de 2018, <https://bit.ly/3fZq25k>.
 32. Colombia, *Constitución Política de Colombia*, Gaceta Constitucional número 114, 4 de julio de 1991.
 33. Colombia, Corte Constitucional, “Sentencia C-620/01”, en el *expediente D-3157*, 13 de junio de 2001, <https://bit.ly/3rgKCRW>.
 34. Bolivia Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, “Sentencia 0641/2011-R”, en el *expediente 2009-20518-42-AL*, 3 de mayo de 2011, <https://bit.ly/3dTOxXf>.
 35. Bolivia, *Código Procesal Constitucional*, Gaceta 392NEC, 5 de julio de 2012, art. 35.
 36. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 89-90.
 37. Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Registro Oficial 52, Suplemento, 22 de octubre de 2009, art. 43-5.
 38. El artículo 43 de la LOGJCC amplía su alcance.
 39. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 004-18-PJO-CC”, en el *Caso n.º 0157-15-JH*, 18 de julio de 2018, párr. 54.
 40. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 365-18-JH/21 y acumulados”, en el *Caso n.º 365-18-JH y acumulados*, 24 de marzo de 2021, párr. 67-71.

derechos conexos como la salud,⁴¹ la dignidad,⁴² la vida familiar, la privacidad, el libre desarrollo de la personalidad, la autonomía.⁴³ Es preciso mencionar que, a diferencia de otros países como Perú y Bolivia, en Ecuador no existe una tipología extensa; sin embargo, la Corte Constitucional en la Sentencia n.º 202-19-JH/21 reconoce la existencia del *hábeas corpus correctivo*, con el cual se protegen los derechos conexos de las personas durante su privación de libertad, siempre y cuando las restricciones y limitaciones no “fueren razonables o si producen efectos o daños graves al titular de derechos”.⁴⁴

Por su parte, en Colombia el *hábeas corpus*, a más de garantizar el derecho a la libertad personal, “permite controlar [...] el respeto a la vida e integridad de las personas, así como impedir su desaparición forzada, su tortura y otros tratos o penas crueles”.⁴⁵ En este sentido, el máximo órgano de tutela de derechos reconoció la doble modalidad de esta acción (reparador y correctivo)⁴⁶ e insinuó el reconocimiento del *hábeas corpus preventivo*.⁴⁷

Del mismo modo, la Constitución Boliviana, a través de la acción de libertad, reconoce que esta podrá ser solicitada para guardar “tutela a su vida, cese la persecución indebida, se restablezcan las formalidades legales o se restituya su derecho a la libertad”.⁴⁸ Sin embargo, es notable el desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional boliviano,⁴⁹ por cuanto ha logrado desarrollar una tipología amplia de esta

41. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 209-15-JH/19 y (acumulado)”, en el *Caso n.º 209-15-JH y 359-18-JH (acumulado)*, 12 de noviembre de 2019, 45.

42. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 017-18-SEP-CC”, en el *Caso n.º 0513-16-EP*, 10 de enero de 2018, 91-2.

43. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 202-19-JH/21”, en el *Caso n.º 202-19-JH*, 24 de febrero de 2021, párr. 89.

44. *Ibíd.*

45. Colombia Corte Constitucional, “Sentencia C-187/06”, en el *expediente P.E. 025*, 15 de marzo de 2006, <https://bit.ly/3a2DoK1>.

46. Véase, además, la Ley 1095 de 2006: “Mediante la Sentencia C-187-06 de 2006, la Corte Constitucional efectuó la revisión previa del Proyecto de Ley Estatutaria n.º 284/05 Senado y n.º 229/04 Cámara, ‘Por medio de la cual se reglamenta el artículo 30 de la Constitución Política’, de acuerdo con el artículo 153 de la Constitución Política. Declaró EXEQUIBLE el proyecto de ley, por carecer de vicios de procedimiento”. En: https://normograma.info/men/docs/pdf/ley_1095_2006.pdf.

47. *Ibíd.*

48. Bolivia, *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*, Gaceta Oficial, 7 de febrero de 2009, art. 125.

49. Las sentencias 19/2018-S2 y 17/2019-S2 han establecido estándares con enfoque y perspectiva de género. A través de esta acción, se protege también el derecho de las mujeres y otros del grupo de atención prioritaria, a una vida libre de violencia.

acción; es así que, existe la acción de libertad reparadora,⁵⁰ preventiva (restringida),⁵¹ correctiva, instructiva,⁵² traslativa o de pronto despacho,⁵³ e innovativa.⁵⁴

Hasta aquí se ha podido analizar la naturaleza, carácter, objeto y ámbito de protección del hábeas corpus y la acción de libertad como garantía constitucional en Ecuador y acción en Colombia y Bolivia. Además, se identificaron las tipologías que han desarrollado y reconocido los máximos órganos de justicia constitucional.

Tabla 2. Cuadro comparativo de los derechos tutelados por el hábeas corpus/acción de libertad

Derechos	Bolivia	Colombia	Ecuador
Vida	x	x	x
Integridad personal/física/locomoción	x	x	x
Libertad personal	x	x	x
Libertad personal/Desaparición forzada	x	x	x
Salud/detenciones	-	-	x
Dignidad	x	x	x
Otros derechos conexos	x	x	x

Fuente: normativa estatal y jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Corte Constitucional de Colombia y del Ecuador.

Elaboración propia.

ÁMBITO PROCESAL

En Ecuador, considerando el carácter *actio populari* de esta garantía, la legitimación activa es amplia y se encuentra en cualquier persona o grupo de personas a las que se le haya vulnerado uno o más de los derechos descritos *supra*, sin perjuicio de su

50. Bolivia Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, “Sentencia SCP 1156/2013”, en el *expediente 03362-2013-07-AL*, 26 de julio de 2013.

51. Bolivia Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, “Sentencia SC 0044/2010-R”, en el *expediente 2007-16521-34-RHC*, 20 de abril de 2010, <https://bit.ly/3wMU3Lh>.

52. Bolivia Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, “Sentencia 1156/2013”, en el *expediente 03362-2013-07-AL*, 26 de julio de 2013, <https://bit.ly/3heMExp>.

53. *Ibíd.* Además, véase acción de libertad correctiva SCP 0865/2017-S1 de 2 de agosto de 2017. Acción de libertad preventiva SC 0044/2010-R de 20 de abril de 2010. Acción de libertad traslativa o de pronto despacho SCP 0239/2018-S2 de 12 de junio de 2018. Acción de libertad instructiva SCP 1156/2013 de 26 de julio de 2013.

54. Bolivia Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, “Sentencia SCP 1887/2014”, en el *expediente 06493-2014-13-AL*, 25 de septiembre de 2014, <https://bit.ly/3d8vGAg>.

nacionalidad;⁵⁵ así mismo, puede ser propuesta por terceros interesados considerando que no siempre el accionante es el afectado. Del mismo modo, pueden accionar la Defensoría Pública y Defensoría del Pueblo, por mandato constitucional; constituyéndose como garantías institucionales que caracterizan el Estado constitucional de derechos y justicia.

Por su parte, en Colombia la legitimación activa tiene un carácter amplio para la proposición de esta acción constitucional, por cuanto, según la Ley 1095 de 2006, puede ser propuesto por la persona que se encuentra ilegalmente privado de su libertad o afectada, así como por terceros, como la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación sin que medie mandato alguno para proponer la acción.⁵⁶

Del mismo modo, en Bolivia se trata de una *actio popularis* con legitimación amplia, por cuanto el Código Procesal Constitucional permite que sea propuesta por el afectado, cualquier persona, la Defensoría del Pueblo y la Defensoría de la Niñez y Adolescencia.⁵⁷

A propósito de la legitimación pasiva, en Ecuador esta acción podrá ser propuesta en contra de la persona o grupo de personas del sector público o privado,⁵⁸ que realicen la detención ilegal, ilegítima o arbitraria; así como también en contra de la o las personas que vulneren derechos de personas privadas de la libertad⁵⁹ y al máximo representante de la Policía Nacional y ministro competente en casos de desaparición forzada.

Algo similar ocurre en Colombia, pues la acción se puede proponer en contra de las personas que realizan o autorizan la detención ilegal o arbitraria,⁶⁰ o que incurrieron en actos de desaparición forzada y delitos contra la vida. La norma *normarum* o la Ley Estatutaria no establecen expresamente la legitimación pasiva. En cuanto se refiere a la procedencia en contra de particulares, la Corte colombiana estableció que “por el desarrollo de los fenómenos sociales se pueden presentar abusos en este campo que

55. La Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia 159-11-JH/19 hace referencia a las personas en situación de movilidad, en la cual se aclara este punto.

56. Colombia, *Ley 1095 de 2006*, Diario Oficial n.º 46.440, 2 de noviembre de 2006, art. 3.

57. Véase el artículo 48 del Código Procesal Constitucional.

58. La Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia 166-12-JH/20, analizó el hábeas corpus en contra de particulares.

59. Vida, integridad física, salud, dignidad, entre otros derechos conexos.

60. Colombia Corte Constitucional, “Sentencia C-042/18”, en el *expediente D-11862*, 16 de mayo de 2018, <https://bit.ly/3xMzKxJ>.

pueden ser corregidos excepcionalmente por el Hábeas Corpus, y residualmente por la acción de tutela”.⁶¹

En el mismo orden de ideas, la legitimación pasiva no se encuentra expresamente en algún cuerpo normativo, sino a partir del desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional Plurinacional, el cual señaló que se puede proponer en contra de “particular o servidor público, sea este jurisdiccional o de apoyo judicial, e incluso de orden administrativo, cual podrían ser funcionarios policiales o del régimen penitenciario”.⁶²

En cuanto a la competencia, en Ecuador se rige conforme lo dispuesto en los artículos 7, 44, 167-169 de la LOGJCC; en consecuencia, el juez competente será cualquier juez —por sorteo— del lugar en donde se produjo la detención, en donde se encuentre privado de la libertad, o inclusive en el último domicilio del desaparecido o accionante.⁶³ Sin embargo, es necesario identificar si dicha acción es competencia de juzgados y tribunales,⁶⁴ Corte Provincial,⁶⁵ y Corte Nacional de Justicia *inter alia*, por razones de fuero.⁶⁶

En el caso colombiano, la Ley 1095 regula el hábeas corpus y establece que son competentes para resolver esta garantía todos los jueces y tribunales de la rama del Poder Público: y, en caso de proponerse ante una corporación, se deberá tener a cada integrante como juez individual para resolver la acción planteada. Además, en caso de que el juez asignado con la presente acción ya la ha conocido deberá declararse impedido y enviarlo de inmediato al municipio más cercano de su misma jerarquía para seguir con la tramitación.⁶⁷ Así mismo, la Sentencia C-187 de 2006 faculta en virtud de la jurisdicción en el lugar en donde ocurrieron los hechos respecto de la privación de libertad, o el lugar en donde la persona se encuentre privada de su tránsito.⁶⁸

De igual modo, la sentencia del Tribunal Constitucional Plurinacional, SCP 0100/2019-S2, señala que la acción puede ser propuesta en el mismo lugar en donde

61. Colombia Corte Constitucional, “Sentencia C-010/94”, en el expediente D-352, 20 de enero de 1994, <https://bit.ly/3wGPHWl>.

62. Colombia Corte Constitucional, “Sentencia C-0427/94”, en el expediente 07312-2014-15-AL, 29 de abril de 2015, <https://jurisprudenciaconstitucional.com/resolucion/2313-sentencia-constitucional-plurinacional-0427-2015-s2>.

63. La Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia 002-18-PJO-CC, prevé esa posibilidad.

64. En caso de no existir procesos judiciales que motiven el hábeas corpus.

65. En caso de la existencia de procesos judiciales.

66. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 239-15-SEP-CC”, en el Caso n.º 0782-13-EP, 22 de julio de 2015, 11-3.

67. Colombia, Ley 1095 de 2006, Diario Oficial número 46440, 2 de noviembre de 2006.

68. Colombia Corte Constitucional, “Sentencia C-187-06”, en el expediente P.E. 025, 15 de marzo de 2006, <https://bit.ly/3s8GPoH>.

se vulneró el o los derechos; así como, en el lugar donde se pueda acceder por cercanía territorial, que preste mejores condiciones de transporte y en el domicilio del afectado, cuando la conculcación del derecho haya ocurrido en un lugar distinto al de la residencia de quien presenta la acción.⁶⁹ De igual manera, en la Ley n.º 1104, del 28 de septiembre de 2018, se crean las Salas Constitucionales que comparten a su vez competencia⁷⁰ con los jueces y tribunales penales, para su resolución.⁷¹ Es importante indicar que estas salas están ubicadas en las ciudades capitales de los departamentos y tienen un rango de acción de veinte kilómetros, y pueden resolver cuestiones de municipalidades que se localicen dentro de esta distancia.⁷²

En cuanto se refiere al procedimiento en la realidad ecuatoriana, luego del sorteo y avoco del juez competente, de conformidad con lo ordenado en el artículo 44 LOGJCC, se desarrollará la audiencia⁷³ dentro de las veinticuatro horas siguientes al avoco de conocimiento conforme lo dispuesto en el artículo 14 de la norma *ibíd.*⁷⁴ Una vez que han concluido las intervenciones, el juez de forma verbal dictará sentencia en audiencia, y tiene hasta 24 horas luego de finalizada la audiencia para notificarla por escrito a las partes intervinientes en el proceso. En cuanto a la apelación, esta se podrá solicitar en audiencia o hasta 3 días después de notificado por escrito de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 *ibíd.*, para lo cual no se requiere o exige fundamentación. Dependiendo del proceso, se apelará en la Corte Provincial o Corte Nacional de Justicia, que tienen la potestad discrecional de convocar a audiencia o no.

Por su parte, el procedimiento establecido en Colombia dista mucho del ecuatoriano, por cuanto se convoca a audiencia dentro de las 36 horas al avoco de conocimiento de la acción. El juez puede realizar las inspecciones y diligencias que crea pertinentes, *inter alia*, entrevista con la persona privada de la libertad, incluso en el lugar en el que se encuentra. En caso de probarse la violación de los derechos constitucionales o legales, se ordenará su inmediata libertad mediante auto interlocutorio, contra el cual no procede recurso alguno; sin embargo, sí se puede impugnar la negativa de hábeas corpus dentro de los tres días siguientes. El juez tiene veinticuatro horas para enviar

69. Bolivia Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia SCP 0100/2019-S2, en el *expediente 26396-2018-53-AL*, 5 de abril de 2019.

70. Bolivia, *Ley n.º 1104*, Gaceta 1103NEC, 28 de septiembre de 2018, art. 1.

71. Bolivia, *Código Procesal Constitucional*, art. 32.

72. *Ibíd.*, art. 3.

73. La audiencia se puede desarrollar en el lugar en el que se encuentra detenida la persona, según el artículo 44 de la LOGJCC.

74. Los *amicus curiae* podrán solicitar intervenir en la audiencia, hasta antes de dictar sentencia y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la LOGJCC.

el expediente al juez jerárquico superior, previo sorteo, luego de lo cual tiene tres días para dictar sentencia. No cabe otro recurso.

En tanto que la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional establece que, apenas avoca conocimiento el juez, Tribunal o Sala Constitucional, convoca a audiencia dentro de las veinticuatro horas siguientes, con la potestad de dictar medidas cautelares a del afectado. Luego de la citación, se desarrolla la audiencia (impostergable) y, al finalizar la intervención de las partes, se dicta sentencia de forma verbal.⁷⁵ Cabe indicar que no existe la posibilidad de interponer recursos verticales, por cuanto, los únicos recursos que prevé la ley son los horizontales de aclaración, enmienda o complementación;⁷⁶ lo único que puede ocurrir es que cualquiera de la salas del Tribunal pueden conocer y resolver en revisión.

Tabla 3. Cuadro comparativo del ámbito procesal

Indicadores	Bolivia	Colombia	Ecuador
Legitimación activa amplia	x	x	x
Legitimación pasiva/Estado	x	x	x
Legitimado pasivo/Particulares	x	x	x
Todos los jueces	-	x	x
Solo jueces y Tribunales penales	x	-	-
Audiencia	x	x	x
Audiencia en el lugar de privación	x	x	x
Entrevista juez-detenido	-	x	-
Amicus curiae	-	-	x
Sentencia/auto interlocutorio oral en audiencia	x	x	x
Sentencia/auto interlocutorio escrita	x	x	x
Recursos/impugnación horizontales	x	x	x
Recursos/impugnación verticales	-	x	x
Revisión	x	-	-

Fuente: normativa estatal y jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Corte Constitucional de Colombia y del Ecuador.

Elaboración propia.

75. Bolivia, *Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional*, Gaceta 149NEC, 4 de junio de 2019, art. 68.

76. *Ibid.*, art. 45.

PRINCIPALES PROBLEMAS Y DESAFÍOS

Luego del análisis de esta garantía, derecho y acción, se han podido identificar los siguientes problemas, que en algunos casos son y que en otros podrían llegar a ser comunes.

En Ecuador la falta de especialización de los jueces en materia procesal constitucional o de derechos humanos deja en riesgo la eficiencia y eficacia del hábeas corpus. Por otra parte, si su objeto es reparar, ¿cómo evitar la vulneración de derechos de las personas privadas de la libertad?, considerando que la medida cautelar no procede contra decisiones judiciales. Asimismo, la incertidumbre en torno al control constitucional es uno de los mayores problemas, por cuanto los jueces se encuentran en una encrucijada generada por la actual composición de la Corte Constitucional. Ahora bien, frente a la coexistencia del control concentrado y difuso, a partir de una lectura literal e integral de la CRE y de la línea jurisprudencial trazada, reconocer esa coexistencia y adoptar un sistema difuso exclusivo para garantías jurisdiccionales constitucionales, sería acertado por las características de las mismas. No menos importante es el error de realizar trasplantes jurídicos sin identificar la realidad de su sistema de garantías, lo cual genera conflictos entre ellas por el amparo de los derechos constitucionales.

En Colombia la falta de normativización de la legitimación pasiva puede presentar un problema; sin embargo, el mayor reto es la especialización de los jueces en la materia, por cuanto todos los jueces y tribunales son competentes para resolver el hábeas corpus. Además, el incumplimiento de los plazos y términos es un mal común en la región.

En Bolivia la falta de apelación o reconocimiento de doble conforme es uno de los problemas que enfrenta la acción de libertad; sumado a esto, el incumplimiento de plazos y términos por la excesiva carga procesal, lo cual influye en el desarrollo de la audiencia, por cuanto se establecen conforme a la disponibilidad de fechas programadas en la agenda. Si bien es cierto que los jueces y tribunales penales son competentes para resolver la acción de libertad en cualquiera de sus tipos, eso no garantiza eficacia y eficiencia, por la diferencia normativa y axiológica existente entre justicia ordinaria y justicia constitucional.

Los problemas y desafíos que afronta esta garantía constitucional son comunes en Ecuador, Colombia y Bolivia, identificados desde la falta de juzgados especializados para la administración de justicia constitucional de la materia, el incumplimiento de plazos y términos, así como, el ambiguo desarrollo normativo del legislador positivo, que ha obligado al legislador negativo, desarrollar en el ámbito de sus competencias, soluciones frente a antinomias y lagunas. Asimismo, el amplio campo de protección

del hábeas corpus o acción de libertad permite que tutelen derechos que otras garantías jurisdiccionales lo hacen.

Por ejemplo, en el caso ecuatoriano, la acción de protección (AP) es una garantía jurisdiccional constitucional que tiene por objeto reparar los derechos constitucionales y aquellos que se encuentran en instrumentos internacionales de derechos humanos, que han sido vulnerados por parte de autoridades públicas no judiciales o de aquellas que se encuentran identificados como sujetos pasivos en el artículo 41 de la LOGJCC; en consecuencia, a través de esta acción se podría reparar el derecho a la salud de las personas privadas de la libertad. Sin embargo, esta acción encuentra su límite en lo establecido por el legislador positivo y no por el constituyente, al señalar que la AP no procede cuando, *inter alia*, existe otra garantía que lo repara. A manera de corolario, el hábeas corpus es la acción de protección de las personas privadas de la libertad.

Del mismo modo, la medida cautelar (MC) constitucional tiene por objeto evitar o cesar la vulneración del derecho; sin embargo, nuevamente la limitación del legislador positivo influye para que no proceda contra decisiones judiciales, con lo cual abre la posibilidad del reconocimiento del hábeas corpus preventivo el cual asume la naturaleza preventiva de la MC.

Por otra parte, uno de los desafíos más grandes que tiene esta garantía jurisdiccional consiste en evitar que sea tratada como un recurso en materia penal, por cuanto se ha utilizado para recurrir de la sentencia condenatoria, por considerarla contraria a la ley, en algunos casos ilegítima o por lo general arbitraria. En este sentido, las cortes o tribunales deben ser cautelosos al interpretar y desarrollar jurisprudencia vinculante en la materia, ya que un excesivo ámbito de protección puede desnaturalizar la acción, así como también puede anular otras vías de jurisdicción ordinaria que son idóneas, eficaces y procesalmente correctas, como la apelación.

Así mismo, esta garantía posee una naturaleza *actio popularis* y no requiere de formalidades para su proposición; sin embargo, existe el riesgo que el legislador negativo a través de la jurisprudencia, establezca exigencias que imposibilitaría o dificultaría a cualquier persona o grupo de personas que no cuente con un profesional de la materia, la proposición de la misma; a lo cual se suma el desconocimiento de las dimensiones utilitarias por parte de las autoridades judiciales. Esto último, con base en la jurisprudencia del órgano de cierre, obligaría a la reforma permanente de la ley, la cual, falazmente, sí es conocida por todos.

Tabla 4. Cuadro comparativo de problemas y desafíos

Indicador	Bolivia	Colombia	Ecuador
Falta de juzgados especializados	x	x	x
Incumplimiento de plazos y términos	x	x	x
Ambiguo desarrollo normativo	x	x	x
Seguridad jurídica	x	x	x
Eliminación de autorrestricciones	x	-	-
Solución de antinomias y lagunas	x	x	x
Control difuso de constitucionalidad en materia de garantías jurisdiccionales	-	-	x
Pugna de garantías/acciones	x	x	x
Desnaturalización (recurso)	x	x	x
Exceso de formalismos jurisprudenciales	x	x	x

Fuente: normativa estatal y jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Corte Constitucional de Colombia y del Ecuador.

Elaboración propia.

CONCLUSIONES

La acción de hábeas corpus en Ecuador y Colombia y la acción de libertad en Bolivia comparten un similar ámbito de protección en favor de las personas privadas de la libertad por detenciones ilegales, ilegítimas o arbitrarias, así como en casos de desaparición forzada y demás derechos conexos. Para ello, se tuvo que recurrir a la jurisprudencia de los máximos órganos de administración de justicia constitucional, por cuanto, el desarrollo normativo es ambiguo. Cabe destacar que, en ninguno de los estados, se suspende por estados de excepción.

Como se anotó, la proposición de esta garantía constitucional es amplia, lo cual permite a cualquier persona ser el legitimado activo; sin embargo, la determinación del sujeto pasivo en Colombia es ambiguo, en contraste con lo que ocurre en Ecuador y Bolivia. Por su naturaleza, es rápida y sencilla, lo cual es importante por el bien jurídico tutelado; empero de ello, la práctica puede distorsionar la norma plasmada en la disposición jurídica. No obstante, pese al desarrollo de una audiencia y de la sentencia o auto interlocutorio que se dicte en y luego de la audiencia, se ha limitado el doble conforme en Bolivia. Del mismo modo, es necesario eliminar las autorrestricciones que encontramos en la jurisprudencia constitucional boliviana.

En este contexto, es importante fortalecer esta garantía jurisdiccional desde la identificación y proposición de soluciones; por cuanto, a más de ser un derecho, es una institución que tutela derechos conexos a la libertad *ambulatoria*. Esto implica un

mejor desarrollo normativo y jurisprudencial con el objeto de evitar confusiones por contar con varias garantías que reparen el o los mismos derechos, a la hora de resolver. Es necesario que la justicia constitucional sea especializada y tomada en serio por todos, por cuanto la jurisprudencia es una fuente sociológica del derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- Belaunde, Domingo García. “Los orígenes del hábeas corpus”, *Derecho PUCP* 31 (1973): 48-59. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.197301.006>.
- Bolivia. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. “Sentencia 1156/2013”. En el *expediente 03362-2013-07-AL*, 26 de julio de 2013, <https://bit.ly/3heMExp>.
- . Tribunal Constitucional Plurinacional. “Sentencia SCP 0100/2019-S2”. En el *expediente 26396-2018-53-AL*, 5 de abril de 2019. <https://bit.ly/3mDQkuS>.
- . Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. “Sentencia 0641/2011-R”. En el *expediente 2009-20518-42-AL*, 3 de mayo de 2011. <https://bit.ly/3dTONXf>.
- . Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. “Sentencia SCP 1887/2014”. En el *expediente 06493-2014-13-AL*, 25 de septiembre de 2014. <https://bit.ly/3d8vGAg>.
- . Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. “Sentencia SC 0044/2010-R”. En el *expediente 2007-16521-34-RHC*, 20 de abril de 2010. <https://bit.ly/3wMU3Lh>.
- Canelo, Rafael Hernández. *Derecho Romano. Historia e Instituciones*. Lima: Jurista editores, 2014.
- Colombia. Corte Constitucional. “Sentencia C-187/06”. En el *expediente P.E. 025*, 15 de marzo de 2006. <https://bit.ly/3a2DoK1>.
- . Corte Constitucional. “Sentencia C-042/18”. En el *expediente D-11862*, 16 de mayo de 2018. <https://bit.ly/3z6JSlm>.
- . Corte Constitucional. “Sentencia C-010/94”. En el *expediente D-352*, 20 de enero de 1994. <https://bit.ly/3wGPHWl>.
- . Corte Constitucional, “Sentencia C-0427/94”. En el *expediente 07312-2014-15-AL*, 29 de abril de 2015. <https://bit.ly/325C5Wj>.
- . Corte Constitucional. “Sentencia C-187-06”. En el *expediente P.E. 025*, 15 de marzo de 2006. <https://bit.ly/3s8GPoH>.
- . Corte Constitucional. “Sentencia C-187/06”. En el *expediente P.E. 025*, 15 de marzo de 2006. <https://bit.ly/3wKejgl>.
- . Corte Constitucional. “Sentencia C-042/18”. En el *expediente D-11862*, 16 de mayo de 2018. <https://bit.ly/3fZq25k>.
- . Corte Constitucional. “Sentencia C-620/01”. En el *expediente D-3157*, 13 de junio de 2001. <https://bit.ly/3Bactb3>.
- Ecuador. Corte Constitucional. “Sentencia n.º 001-10-PJO-CC”. En el *Caso n.º 0999-09-EP*, 22 de diciembre de 2010.

- . Corte Constitucional. “Sentencia n.º 239-15-SEP-CC”. En el *Caso n.º 0782-13-EP*, 22 de julio de 2015.
- . Corte Constitucional. “Sentencia n.º 004-18-PJO-CC”. En el *Caso n.º 0157-15-JH*, 18 de julio de 2018.
- . Corte Constitucional. “Sentencia n.º 017-18-SEP-CC”. En el *Caso n.º 0513-16-EP*, 10 de enero de 2018.
- . Corte Constitucional. “Sentencia n.º 209-15-JH/19 y (acumulado)”. En el *Caso n.º 209-15-JH y 359-18-JH (acumulado)*, 12 de noviembre de 2019.
- . Corte Constitucional. “Sentencia n.º 166-12-JH/20”. En el *Caso n.º 166-12-JH*, 8 de enero de 2020.
- . Corte Constitucional. “Sentencia n.º 202-19-JH/21”. En el *Caso n.º 202-19-JH*, 24 de febrero de 2021.
- . Corte Constitucional. “Sentencia n.º 365-18-JH/21 y acumulados”. En el *Caso n.º 365-18-JH y acumulados*, 24 de marzo de 2021.
- Guillén, Víctor Fairen. “Represión de actividades contra fuero y libertades. El proceso de Greuges”. En *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*. Ciudad de México: UNAM, 1971.
- . “Comentarios a la Constitución de 1978: el ‘hábeas corpus’ del artículo 17-4 y la manifestación de personas”. *Revista de administración pública*, n.º 88 (1979): 7-54.
- Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, *Elementos constitucionales circulados por el Sr. Rayón*, <https://bit.ly/2SxBMm2>.
- Jones, Dan. *Magna Carta. The making and legacy of the great charter*. London: Head of Zeus, 2014.
- Kriegel, Hermann y Osenbrüggen. *Cuerpo del Derecho Civil Romano a doble texto traducido al castellano del latino. Primera Parte Digesto Tomo III*. Barcelona: 1897.
- Kunkel, Wolfgang. *Historia del Derecho romano*. Traducido por Juan Miquel. Barcelona: Ariel, 1973.
- Laguardia, Jorge Mario García. “Las garantías jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos en Guatemala, hábeas corpus y amparo”. En *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*, editado por Miguel López Ruiz (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992).
- Mac-Gregor, Eduardo Ferrer, et al. *Héctor Fix-Zamudio y el origen científico del derecho procesal constitucional*. Managua: Corte Suprema de Justicia de la República de Nicaragua, 2010.
- . *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- Vargas Lima, Alan E. “La evolución de la justicia constitucional en Bolivia. Apuntes sobre el modelo de control concentrado y plural de constitucionalidad”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 20 (2016): 369-404, <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/aijc.20.13>.

- . “La Evolución del Pensamiento Constitucional a través de la Bibliografía Jurídica Boliviana”. *Rev. Fuent. Cong.* [online], vol. 8, n.º 35 (2014): 44-60, <https://bit.ly/3eqkcrI>.
- Villena, Francisco Astarloa. “Los derechos y libertades en las constituciones históricas españolas”. *Revista de Estudios Políticos*, n.º 92 (1996): 207-50, <https://bit.ly/3dktrJy>.
- Ybarra, Juan Ignacio Tena. “Evolución constitucional del Brasil”. *Revista de estudios políticos*, n.º 31-32 (1947): 201-16, <https://bit.ly/3do4JrW>.

Las penas perdidas: los nudos críticos del sistema carcelario en el Ecuador

The Lost Penalties: Critical Tangle about Ecuador's Prison System

Marcella da Fonte Carvalho

Docente de la Universidad de las Américas

Quito, Ecuador

marcella.dafonte@udla.edu.ec

ORCID: 0000-0002-3424-8923

Viviane Monteiro Santana

Docente invitada del IAEN

Quito, Ecuador

vvanems@hotmail.com

ORCID: 0000-0003-0708-908X

José Andrés Charry Dávalos

Investigador independiente

Quito, Ecuador

jacharryd@gmail.com

ORCID: 0000-0001-5935-6210

Artículo de investigación

DOI: <https://doi.org/10.32719/26312484.2022.37.8>

Fecha de recepción: 30 de junio de 2021

Fecha de revisión: 26 de agosto de 2021

Fecha de aceptación: 15 de septiembre de 2021

Fecha de publicación: 3 de enero de 2022

Licencia Creative Commons



RESUMEN

La violencia extrema vivida en las cárceles del Ecuador cobró, en febrero de 2021, 79 vidas. El artículo plantea un acercamiento a los hechos desde tres ejes: la función de la pena, las obligaciones internacionales del Estado ecuatoriano en materia de Derechos Humanos y la política criminal. El análisis tiene en cuenta la normativa nacional e internacional sobre la materia, la jurisprudencia de la Corte Interamericana y autores de referencia. Se concluye que las condiciones de encarcelamiento en el Ecuador son incompatibles con los derechos humanos de las personas privadas de libertad y con los fines constitucionales de la pena. Asimismo, se analiza el tema carcelario desde la política criminal, entendida como política pública de acuerdo a los estándares interamericanos.

PALABRAS CLAVE: cárcel; función; pena; derechos humanos; obligaciones del Estado; política criminal.

ABSTRACT

The extreme violence experienced in the prisons of Ecuador claimed 79 lives in February 2021. The article proposes an approach to the facts from three axes: the function of the penalty, the international obligations of the Ecuadorian State in terms of Human Rights and criminal policy. The analysis takes into account the national and international regulations on the matter, the jurisprudence of the Inter-American Court, as well as reference authors. It is concluded that the conditions of imprisonment in Ecuador are incompatible with the human rights of persons deprived of liberty and with the constitutional purposes of the penalty. Likewise, the prison issue is analyzed from criminal policy, understood as public policy according to inter-American standards.

KEYWORDS: prison; function; penalties; human rights; obligations of the State; criminal policy.

FORO

INTRODUCCIÓN

El 23 de febrero de 2021 se vivieron episodios de extrema violencia en algunas cárceles del Ecuador. En este suceso, 79 personas fueron asesinadas, centenares heridas y ocurrieron múltiples daños materiales a las instalaciones carcelarias. Los delitos contra la vida sucedieron en el interior de los centros carcelarios, ejecutados por personas privadas de su libertad en contra de sus pares, a través de múltiples armas: cuchillos, machetes, armas de fuego, incineraciones, entre otros.

No hace falta ser político, periodista o sociólogo para notar que este suceso es un problema con múltiples matices, pero que su principal responsable es el encargado de instaurar, ejecutar y vigilar el sistema, esto es, ¡el Estado! En las líneas que siguen, haremos esfuerzos por analizar este problema desde algunos de estos enfoques, reconociendo con anticipación que es imposible abarcar en tan poco espacio todas las aristas que un problema de estos genera.

Desde esta lógica, en este artículo nos ocuparemos de analizar tres enfoques esenciales para una mejor comprensión de la problemática carcelaria en Ecuador: función de la pena, obligaciones del Estado cuanto a personas privadas de libertad, y política criminal.

FUNCIÓN DE LA PENA

Si bien es fácil concluir que el sistema carcelario es deficiente y que la inoperancia de este tiene como evidencia el hecho del 23 de febrero de 2021 (que no es un hecho aislado), es necesario, para realizar una radiografía profunda de la problemática, adentrar la discusión a la razón de la existencia de la cárcel en un primer momento. Es decir, es preciso ir más allá de conclusiones aisladas.

En este sentido, es esencial realizar un análisis funcional-estructural que permita determinar cuál es el motivo para que existan y funcionen centros carcelarios, pues no es una institución libre de una misión y/o finalidad. Es este el camino para poder, conceptualmente, evidenciar si la existencia de los centros de privación de libertad, más allá de las fallas o vicios del sistema, tiene una razón de ser o está destinada ser solamente un mal necesario para un problema sin solución.

Así, se puede definir la cárcel como el lugar en el que las personas responsables de haber cometido un delito¹ cumplen la pena impuesta por un juez o tribunal. Entonces, la existencia misma de un centro carcelario tiene estrecha relación con la existencia de una pena, pues, sin estas, no existiría la necesidad de que funcionen estos centros. Si la cárcel es un instrumento o medio a través del cual se ejecuta la pena, un análisis funcional-estructural de estos centros requiere, de forma primigenia, estudiar la función de la pena.

1. En este momento el análisis se centra en el objeto de la cárcel en relación con la función de la pena, sin que ello implique desconocer que existen personas en prisión preventiva o privadas de su libertad por apremio en materia de alimentos.

La evolución respecto de los alcances que se ha querido dar a la pena ha tenido múltiples pronunciamientos² pero que, por sus similitudes, se pueden agrupar en dos teorías: retribución y prevención, en la que la segunda se divide en prevención general y especial.

La teoría de la retribución defiende que la pena no tiene otro objeto sancionar proporcionalmente en contra del autor de un delito por el daño que causó con su conducta;³ es decir, es el ejercicio de un mal contra el responsable de una infracción penal, sin finalidades ajenas a la aplicación de la consecuencia por el mal causado.

Los enfoques para justificar el retribucionismo como teoría de la pena se pueden agrupar en tres variables: religioso, ético y jurídico,⁴ las que serán expuestas en los siguientes párrafos.

Desde el punto de vista de la religión, específicamente el cristianismo, se fundamentaba la pena como una sanción necesariamente paralela a la de la justicia divina,⁵ esta, se defiende, no atiende a otros fines que, al principio de retribución, razón por la cual la justicia humana debe cumplir los mismos parámetros. Mir Puig expone de forma ejemplificadora el mensaje de Pío XII al VI Congreso Internacional de Derecho Penal, quien afirmó: “Pero el juez supremo, en su juicio final, aplica únicamente el principio de la retribución. Este ha de poseer, pues, un valor que no cabe desconocer”.⁶

En cuanto a la perspectiva ética, el principal exponente es Kant, quien, desde la premisa de que un hombre no puede constituir un objeto para cumplir otros objetivos, negaba la posibilidad que la sanción de un ser humano con una pena pueda ser utilizada como motivo o herramienta para influir en la conciencia de otras personas.⁷ Es decir, la pena a un ser humano en una justicia ética, siendo cada persona un fin en sí mismo, solo puede tener como finalidad la sanción de sus conductas, pues cualquier intento de fundamentación utilitario implicaría el tratamiento de la persona como un objeto del sistema.

Finalmente, en este primer grupo de teorías de la pena, Hegel dota al retribucionismo de una fundamentación jurídica. Para Hegel, la retribución es netamente una consecuencia impuesta por la voluntad popular a una acción que violentó la misma,

2. En extenso Mir Puig, *Estado, Pena, Delito* (Montevideo: BdeF, 2013), 37-114.

3. Mir Puig, *Derecho Penal Parte General* (Barcelona: Reppertor, 2011), 77, en sentido similar pero menos desarrollado, véase Muñoz Conde, *Derecho Penal Parte General* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 47; también en Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General* Tomo I (Madrid: Civitas, 1997), 81-2.

4. Mir Puig, *Derecho Penal*, 78-9.

5. *Ibíd.*, 78.

6. *Ibíd.*

7. Mir Puig, *Derecho Penal*, 78; Muñoz Conde, *Derecho Penal*, 47; Roxin, *Derecho Penal*, 82.

como es el delito.⁸ Así, el pensamiento del autor se aplica a través un método dialéctico que se desarrolla en tres niveles.

En el primer nivel está la norma general y de cumplimiento obligatorio para todos los miembros de la sociedad, bajo amenaza de sanción en caso de infringir estas reglas. La vigencia de la norma es la tesis. En un segundo nivel está el delito, siendo esa acción la negativa a la vigencia de la norma o de la voluntad general. El delito entonces es la antítesis de la tesis. Finalmente, una sociedad no puede verse cuestionada en sus reglas o valores, por lo que requiere una reacción o retribución a ese delito, que es el tercer nivel, el castigo penal o sanción como consecuencia del delito. La pena es la síntesis y, como tal, solo atiende a equilibrar la voluntad general por esa conducta del individuo sin atender a otros fines.⁹

Lo común de los tres enfoques retribucionistas es el hecho de que la justicia no tiene otro fin que la imposición de una consecuencia por la conducta humana realizada por una persona, siendo, de esta manera, la administración de justicia una sanción no condicionada a parámetros distintos.¹⁰

Es la posición de las teorías de la retribución que conciben a la pena con una finalidad única, lo que ha generado que también se conozca a estas como absolutas, contrariamente a lo que pasa con las teorías de la prevención, que, como se verá a continuación, por lo variable de su finalidad, son etiquetadas como teorías relativas.

Las teorías de la prevención defienden que el objeto o fin de la pena no es la retribución, sino una finalidad utilitaria: sirve como mecanismo de motivación para cumplir y respetar la vigencia de las normas y con ello el interés social.¹¹ Desde esta perspectiva, al ser las necesidades sociales cambiantes, también lo son las necesidades de prevención, razón por la que, para este pensamiento, la justicia no es un valor absoluto, sino una herramienta a disposición de la utilidad social.¹²

Ahora, cómo se concibe o ejecuta esta pena con fines utilitarios es algo que cambia según el pensamiento, pues existen dos formas de prevención: general y especial. Cada una de ellas tiene una posición positiva y negativa del tipo de prevención.

La prevención general negativa defiende que, a través de la tipificación de un delito, se busca coaccionar o intimidar a los miembros de la sociedad para que actúen

8. Mir Puig, *Derecho Penal*, 78; Roxin, *Derecho Penal*, 81-3.

9. Mir Puig, *Derecho Penal*, 78.

10. *Ibíd.*, 79.

11. Mir Puig, *Derecho Penal*, 79; Roxin, *Derecho Penal*, 89; en sentido similar pero menos desarrollado, véase Muñoz Conde, *Derecho Penal*, 48.

12. Mir Puig, *Derecho Penal*, 82.

según los parámetros sociales.¹³ Es decir, la pena sirve como elemento motivador de conductas, mensaje que se fortalece o muestra como efectivo cuando esa conminación legal es acompañada de la sanción a una persona.

Desde un enfoque distinto, pero con idéntico objetivo, la prevención general positiva defiende que la norma no debe reforzar la voluntad social solo a través de la intimidación, sino que, además, debe servir como mecanismo para generar conciencia y convencimiento de las personas sobre los valores instaurados.¹⁴ Entonces, la norma sirve como mecanismo de identificación e integración social a través del cual se reafirman los valores de la voluntad general.

Entonces, tanto la prevención general positiva como la negativa buscan la evitación de la comisión de delitos por otros miembros de la sociedad, distintos a la persona sancionada. Es el destinatario del mensaje que acarrea la pena lo que diferencia la prevención general de la especial, pues en esta segunda ya no será el colectivo sino el sujeto en particular conforme ahora nos proponemos establecer.¹⁵

Al igual que la prevención general, la prevención especial puede ser positiva o negativa. Quienes defienden que la pena tiene una finalidad de prevención especial, también lo hacen desde un enfoque utilitario, es decir, buscando que la pena sea un mecanismo para motivar la no comisión de otras infracciones penales, pero, en este caso, ya no a dirigido a todas las personas, sino al autor del delito en particular. En concreto, la pena buscaría que el que ya cometió el delito no cometa otro.¹⁶

Para cumplir con este objetivo, la prevención especial encuentra estrecha relación con las posturas resocializadoras del derecho penal. Esto es, la necesidad de que, a través de la pena, se combata contra las causas empíricas del delito y con ello se rehabilite o resocialice al infractor de tal manera que, una vez inserto en la sociedad nuevamente, ya no sea propenso a cometer delitos.¹⁷

Así, la forma de alcanzar esta resocialización depende de la persona a la que se le aplica la pena, distinguiéndose, como ejemplo el Programa de Marburgo, entre delinquentes ocasionales, delinquentes no ocasionales pero corregibles y delinquentes habituales incorregibles.¹⁸ Entonces, según el infractor, se aplica la pena de prevención especial que puede ser correctiva, resocializadora o inocuizante. Así, la prevención

13. Mir Puig *Derecho Penal*, 82; Roxin, *Derecho Penal*, 90; Luzón Peña, *Lecciones de Derecho Penal Parte General* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012), 16.

14. Mir Puig *Derecho Penal*, 82; Roxin, *Derecho Penal*, 91; Luzón Peña, *Lecciones de Derecho Penal*, 17.

15. Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal Parte General* (Buenos Aires: Ediar, 2006), 33.

16. Mir Puig, *Derecho Penal*, 84; Roxin, *Derecho Penal*, 85; en sentido similar pero menos desarrollado, véase Muñoz Conde, *Derecho Penal*, 48.

17. Jesús Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo* (Buenos Aires: BdeF, 2012), 25-6.

18. Mir Puig, *Derecho Penal*, 85; Roxin, *Derecho Penal*, 85-6.

especial será negativa si no existe posibilidad de corrección, quedando como única salida la aplicación de una sanción inocularizadora; y, positiva si sí hay forma de rehabilitación, siendo estas correctivas o resocializadoras.¹⁹

No es el espacio para profundizar en cada tipo de delincuente o su medida según el Programa de Marburgo, pero sí dejar planteada la premisa estructural de que, para los defensores de la prevención especial, la pena tiene esa finalidad de combatir los factores que incidieron para que una persona cometa un delito, de tal manera que este mismo sujeto no incurra nuevamente en conductas criminales.

Finalmente, en lo que se refiere a las teorías de la pena, si bien se planteó que esas teorías se dividen en retributivas y preventivas, no es menos cierto que también existen posturas mixtas en las que se aplican dos o más de ellas, según la regulación y estructura propia de cada ordenamiento jurídico.²⁰

La individualización de cada perspectiva de la función de la pena como la posibilidad de combinar una y otra teoría, nos permite contar con insumos suficientes para analizar la finalidad de la esta sanción penal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. En esta línea de ideas, es preciso recordar que, definida la función de la pena, también se limita o aclara la razón de existencia del centro carcelario, por tanto, es preciso un desarrollo concreto a lo que dictan las normas de la materia.

Para cumplir con este objetivo, la materia se asienta en dos normas principales: la Constitución de la República del Ecuador (CRE) y el Código Orgánico Integral Penal (COIP). Especial énfasis hay que hacer en la primera de ellas, pues, al ser el pacto social el que marca cuáles son las reglas de convivencia, es en esta donde está la fundamentación para la existencia de las cárceles.

Desde el mismo concepto que el asambleísta constituyente eligió para referirse al sistema carcelario y a los centros de privación de libertad, como “Rehabilitación Social”²¹ y “Centros de Rehabilitación social”,²² ya se puede abstraer una clara tendencia de que, como sociedad, hemos elegido que la pena tenga una finalidad de prevención especial.

Este indicador lingüístico se ve confirmado en los artículos 201, 202 y 203 de la Constitución, en los que se decidió establecer que el sistema de rehabilitación social

19. Mir Puig, *Derecho Penal*, 85; Roxin, *Derecho Penal*, 85-6; Luzón Peña, *Lecciones de Derecho Penal*, 17-8.

20. Al respecto, en extenso véase Mir Puig, *Derecho Penal*, 87-91; Muñoz Conde, *Derecho Penal*, 49-51; Roxin, *Derecho Penal*, 103.

21. Art. 77 numeral 12 de la Constitución de la República del Ecuador.

22. Sección Decimotercera de la Constitución de la República del Ecuador.

tiene la finalidad de rehabilitar a las personas que han sido sentenciadas por la comisión de un delito, para restablecerlas y reincorporarlas a la sociedad.

Incluso, y materializando esa finalidad del sistema, la Constitución plantea como directrices la necesidad de que desde los Centros se promuevan y realicen planes educativos, de capacitación laboral, agrícola, etc., justamente para alcanzar esa reinserción de la persona sentenciada. La Constitución de la República del Ecuador no plantea de forma directa otros indicadores sobre finalidades distintas a la de la prevención especial, razón por la cual se debe concluir que es esta teoría de la pena la que prima de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico.

Interpretando de forma aislada las normas constitucionales que regulan el sistema carcelario, se podría concluir que la pena, conforme a nuestro pacto social, busca una rehabilitación y, con ello, las consecuencias que devienen de un sistema centrado solamente en combatir con las causas empíricas del delito. Una postura netamente resocializadora puede acarrear varios problemas. Esto lo explica Silva Sánchez, quien expone que un objetivo único de resocialización puede generar la existencia de sanciones de duración indeterminada, siempre condicionadas a si efectivamente el sentenciado se reincorpora o no.²³

Sin embargo, el error sería no interpretar la Constitución de forma integral o sistemática, pues, si bien la finalidad directa y principal es la prevención especial, existen indicadores respecto de la combinación de esta norma constitucional con otras teorías de la pena. Así, el reconocimiento de la proporcionalidad como un derecho fundamental²⁴ marca o genera un indicador de que la imposición de una pena también tiene características y principalmente limitaciones del retribucionismo.

En complemento al principio de proporcionalidad, la existencia y vinculación de los derechos de libertad como fundamentales para el desarrollo de todo individuo,²⁵ incluido el que está cumpliendo su pena en la cárcel, nota una decisión del constituyente de respetar el libre desarrollo de la personalidad. Esto es, la capacidad de autodeterminarse. Entonces, si bien en un análisis temático la pena tiene una finalidad resocializadora, y con ello busca incidir en el ejercicio motivacional del sentenciado, existe una confrontación de normas cuando, por otro lado, desde un análisis integral del pacto social, se reconoce como irrenunciables los derechos de libertad.

Esta posible disyuntiva realmente no lo es, pues la perspectiva resocializadora y el respeto a la autodeterminación pueden convivir dentro de un mismo marco normativo.

23. Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, 26.

24. Artículo 76 numeral 6 CRE.

25. Artículo 66 CRE.

Así, el mismo legislador clarifica este tema cuando reguló, como una limitante a esa finalidad de prevención especial, el respeto a la decisión de cada ciudadano de someterse a un proceso de resocialización o no. Entonces, si bien los Centros de Rehabilitación Social deben procurar estimular la voluntad del sentenciado para vivir conforme a lo que dictan las normas, la participación en los distintos programas es voluntaria.²⁶

De esta forma, la posición resocializadora del derecho penal de Ecuador se ve ajustada con variables garantistas, en este caso, la libertad otorgada al ciudadano respecto de seguir los programas o no, siempre bajo la garantía de que la sanción no es indeterminada. Así, aquellas problemáticas de una visión del derecho penal como netamente resocializador, en la que podrían existir penas incluso indeterminadas, encuentran una limitación.

A partir de este análisis, pasamos a plantear un segundo enfoque para establecer cuáles son las obligaciones del Estado frente a los privados de libertad de tal manera que, cumpliendo con la estructura y función de las cárceles, cumplan con las dos condiciones mínimas: respeto a los derechos de libertad y generación de un espacio de resocialización.

OBLIGACIONES DEL ESTADO FRENTE A LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD: EL OCASO DEL SISTEMA CARCELARIO EN ECUADOR

Es prudente partir que las personas privadas de su libertad poseen múltiples derechos que denotan que, por lo menos teóricamente, debe existir un sistema que precautele por sus intereses desde la vulnerabilidad que representa la privación de libertad, en la que el Estado asume una especial obligación de garante.

Así, conforme el texto constitucional, las personas privadas de libertad hacen parte de grupos de atención prioritaria del Estado,²⁷ y, por este particular, este grupo de personas es considerado como vulnerable,²⁸ siendo titular de derechos específicos consagrados en este cuerpo normativo.

Adicionalmente el Código Orgánico Integral Penal²⁹ reconoce a las personas privadas de libertad, además de los derechos y garantías previstos en la Carta Magna y tratados internacionales, los derechos a la integridad personal (física, psicológica y

26. Artículo 9 del COIP.

27. CR, art. 35.

28. CR, art. 51.

29. CO, art. 12.

sexual), salud, higiene, agua potable, alimentación, vestimenta, trabajo, educación, sufragio, entre otros que comprenden la noción de acceso a la justicia (petición, libertad inmediata, declaración ante autoridad etc.).

En el marco internacional el Estado ecuatoriano tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos,³⁰ además de observar informes, resoluciones de los organismos internacionales, estándares de la jurisprudencia de la Corte IDH fijados en los Casos Neira Alegría y otros vs. Perú; Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, Caso Fleury y otros vs. Haití, entre otros;³¹ y reglas mínimas de Bangkok para las mujeres privadas de libertad.

Asimismo, el Estado adquirió, desde el fundamento mismo de su existencia a través del pacto constitucional, la especial obligación de garantizar el respeto a todos los derechos humanos referentes a las personas que están directamente bajo su control, como ocurre con las personas privadas de libertad, consideradas como grupo vulnerable.³²

Desde esta lógica, el Estado considerado garantista de derechos deberá observar las directrices del garantismo penal que corresponde a un modelo normativo que sirve para establecer y optimizar la organización jurídico política de un Estado, de forma más humanizada de cara a impedir toda acción u omisión que vulnere las garantías de los seres humanos en general.³³

Sobre el particular, el Estado como responsable de los centros de detención es el garante del respeto al derecho a la vida y a la integridad personal de los detenidos. Además, tiene la obligación de ofrecer condiciones de detención compatibles con la dignidad humana y resocialización voluntaria de estas personas, pues, cuando una persona es privada de su libertad, el único derecho humano que debe tener restringido es su movilidad; los demás derechos deben coexistir en armonía y el Estado pasa a ser garante de la concreción de estos. Entonces, los derechos identificados y que nacen de normas internas o instrumentos internacionales deberían tener una contracara en la realidad carcelaria del país. Si bien es imposible tener un sistema de rehabilitación sin defectos, lo que nos proponemos a realizar a continuación es determinar si, al menos

30. CADH, art. 1.

31. Corte IDH, *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, n.º 9: Personas privadas de libertad*, 5-10.

32. Corte IDH, *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, n.º 9: Personas privadas de libertad*, 8.

33. Luis Prieto, *Garantismo y derecho penal*, 21.

someramente, el sistema de cárceles en el país está encaminado a cumplir con los derechos que está obligado a precautelar.

En este sentido, según el resumen de informe sobre crisis carcelaria en Ecuador presentado por el Comité permanente por la defensa de los derechos humanos,³⁴ el sistema penitenciario alberga casi 40 000 personas en 53 centros penitenciarios, de los cuales 9000 personas no tienen donde dormir. La realidad demuestra la falta de adopción de medidas mínimas por parte del Estado para garantizar los derechos más básicos de las personas privadas de libertad, como los mencionados en líneas anteriores.

Este escenario presenta algunas consecuencias: condiciones de vida no compatibles con la dignidad humana, o principio de vida digna, sin acceso a recursos básicos como agua potable e ítems de higiene básica, hecho especialmente preocupante en el contexto de la pandemia; peores condiciones de hacinamiento debido al incremento de la población carcelaria en los últimos años, ocasionado por más y mayores penas; la implementación de procedimientos sumarios y el patrón de uso de la prisión preventiva como regla; la no utilización de la separación y clasificación penitenciaria mínima, de acuerdo al tipo de prisión (cautelar o pena); la falta de acceso a condiciones de salud física y mental, seguridad e integridad personal, y consecuentemente, el hecho de que las cárceles de Ecuador no se manejan como parte de un verdadero proceso de rehabilitación social.

Cada una de estas problemáticas requiere un análisis en particular, pues las implicaciones de estas y sus críticas son variables y denotan un incumplimiento sistemático de las obligaciones institucionales para con los privados de libertad. Así, entre las consecuencias citadas, frente al no cumplimiento de las obligaciones referentes a las personas privadas de libertad por parte del Estado ecuatoriano, podemos desmembrar las siguientes:

VIOLACIÓN AL DERECHO A LA VIDA

Es necesario observar que la escalada progresiva de hechos violentos en las cárceles ecuatorianas viene intensificándose desde 2018, con hechos cometidos por las personas privadas de libertad y por los agentes del mismo Estado. La idea simplista de que el problema se resuelve a través de más políticas de seguridad, defendida todavía por el Gobierno (a pesar del flagrante fracaso), implica tanto la naturalización de la violencia como de la idea de neutralización de estas personas (y no de protección).

34. Resumen del informe sobre la crisis carcelaria en Ecuador (2019), <https://www.cdh.org.ec/informes/398-resumen-del-informe-del-cdh-sobre-crisis-carcelaria-en-ecuador.html>.

Esto a su vez hace que la toma de decisiones, sobre todo en el contexto de la pandemia, corresponde a una práctica persistente de necropolítica.³⁵

VULNERACIÓN A LA INTEGRIDAD PERSONAL

El derecho a la integridad personal comprende, según la CADH, el respeto a la integridad física, psíquica, moral y sexual, la prohibición de tortura, tratos inhumanos y degradantes, la separación entre procesados y condenados, la finalidad de las penas privativas de libertad la readaptación de los condenados, entre otros. La Corte IDH considera la separación de las personas privadas de libertad como una medida necesaria a la protección de la vida y la integridad de las mismas,³⁶ a la vez que afirma que el hecho de que todos los internos tengan el mismo trato coadyuva a la generación de inseguridad, tensión y violencia, y, con ello, que no existan oportunidades efectivas de reinserción social.³⁷

En el caso ecuatoriano el nuevo modelo de gestión penitenciaria a través de cuatro grandes centros carcelarios alejados de los centros urbanos y el incremento de la población carcelaria produjeron el hacinamiento que ha hecho imposible la separación entre procesados y condenados, lo que a su vez ha propiciado el quiebre en los vínculos sociales y familiares e inviabilizado un proceso real de rehabilitación social.

En los hechos del pasado 23 y 24 de febrero de 2021 las personas privadas de libertad fueron expuestas a agresiones con extrema violencia, con la pérdida de extremidades, intentos de decapitaciones, disparos de armas de fuego, ataques con machetes, etc., con secuelas físicas permanentes y consecuencias psíquicas de difícil superación.

Es importante observar que los afectados por estos hechos no son solamente las personas que directamente sufrieron lesiones físicas. La Corte IDH ya sentó precedente en el sentido de que “la tortura no solamente puede ser perpetrada mediante el ejercicio de la violencia física, sino también a través de actos que produzcan en la víctima un sufrimiento físico, psíquico o moral agudo”.³⁸ Estos sufrimientos son provocados también a través de graves amenazas, que son entendidas como tortura psicológica.

35. Concepto del filósofo Achille Mbembe cuestiona el poder del Estado frente a situaciones extrema de violencia, por ejemplo, en el caso de la pandemia las decisiones que se toman frente al derecho a la vida. Achille Mbembe, *Necropolítica seguido de Sobre el gobierno privado e indirecto*, 20.

36. Corte IDH. Asunto de la Cárcel de Urso Branco respecto Brasil. Medidas Provisionales.

37. Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay.

38. Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*.

HACINAMIENTO

La Resolución 1/08 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que establece los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas,³⁹ afirma que la sobrepoblación carcelaria debe ser prohibida por ley, y que, toda vez que de esta situación acarree violaciones de derechos humanos, el hacinamiento debe ser considerado como pena o trato cruel, inhumano o degradante (Principio XVII, Medidas contra el hacinamiento).

La aprobación del nuevo Código Orgánico Integral Penal en 2014 es un hito en el proceso de generación de la sobrepoblación carcelaria en el Ecuador. El COIP implementó un programa que representó un fuerte giro punitivo en el país, con el aumento sustancial de penas (pasando de la máxima de 16 años a 30 años). De esta forma, en los últimos cinco años la población penitenciaria aumentó de 26 000 internos e internas a 38 693 personas privadas de la libertad, generando un nivel de hacinamiento del 29,42 %, según información del que fue ministro de Gobierno, Gabriel Martínez, ante la Comisión de Derechos Colectivos de la Asamblea Nacional.⁴⁰

ABUSO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

El derecho a la presunción de inocencia es reconocido sin excepción alguna en el artículo 8.2 de la CADH y debe implicar que la privación de libertad sea aplicada estrictamente a las personas condenadas por un delito en atención al principio de intervención mínima. Dichos principios deben implicar consecuencias en el límite del ejercicio del poder punitivo por el Estado, que debe reducirse a lo estrictamente necesaria.

En este sentido, la prisión preventiva (también nombrada procesal o cautelar) debe ser utilizada de forma excepcional, toda vez que la regla es que exista libertad en cuanto no hay condena. La CIDH ya se pronunció en el sentido de que “la privación de la libertad previa a una sentencia, deber ser interpretada restrictivamente en virtud del principio *pro homine*, según el cual, cuando se trata del reconocimiento de derechos

39. CIDH. Resolución 1/08, Establece los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/resolucion%201-08%20esp%20final.pdf>.

40. El Universo (2021): <https://www.eluniverso.com/noticias/seguridad/en-trece-anos-la-poblacion-penitenciaria-se-triplico-en-el-ecuador-nota/>.

debe seguirse la interpretación más beneficiosa para la persona, y cuando se trata de la restricción o supresión de los mismos, la interpretación debe ser la más restrictiva”.⁴¹

Consecuentemente, el respeto al derecho a la presunción de inocencia exige que el Estado fundamente y acredite, de manera clara y motivada, según cada caso concreto, la existencia de los requisitos válidos de procedencia de la prisión preventiva. En el Ecuador, según un estudio presentado por la Defensoría Pública, solamente en el 5 % de los casos se dictan medidas alternativas a la prisión. Además, el 70,28 % de los encarcelamientos preventivos abarca robo (43,62 %) y tráfico ilícito (26,67 %) (delitos relacionados a la pobreza), y en el 92 % de los casos no había fundamentación de la resolución dictando prisión preventiva.⁴²

Asimismo, se evidencia además un uso excesivo de la prisión preventiva, una vez que, según cifras oficiales dadas por el ministro de Gobierno, Patricio Pazmiño Castillo el 1 de marzo ante la Asamblea Nacional, de las 38 693 personas privadas de libertad tienen sentencia 23 196 y están procesadas 14 377, lo que implica que el 37,15 % de las personas privadas de libertad son procesadas y no sentenciadas.⁴³

VIOLACIÓN A LA INTEGRIDAD PERSONAL DE LOS FAMILIARES DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD

En diversas oportunidades la Corte IDH ha afirmado que las violaciones a la integridad personal de los familiares de las víctimas de violaciones de derechos humanos deben ser tomadas en cuenta. En efecto, el dolor, el sufrimiento, la angustia, los sentimientos de impotencia, miedo e inseguridad que afectan a los familiares de las personas privadas de libertad al tener noticia de los acontecimientos, y, peor, después de ver los muchos videos de la violencia extrema vivida en las cárceles entre los días 23 y 24 de febrero, son una consecuencia de la negligencia estatal que debe ser valorada en su justa medida.⁴⁴

A partir de estas consideraciones, es importante analizar qué ruta y acción debe tomar el Estado para crear un eje de política criminal coherente con vías a la rehabilitación social, con el objetivo de minimizar el impacto de incumplimiento de las

41. CIDH, *Informe n.º 86/09*, caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso vs. Uruguay.

42. Stefan Krauth, *La prisión preventiva en el Ecuador* (Quito: Defensoría Pública del Ecuador, 2018).

43. Asamblea General del Ecuador, Sesión 695 - Comisión General, 01-03-2021. <https://www.youtube.com/watch?v=LSKPhpg8CRo>.

44. Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay*. Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaury vs. Perú*. Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*.

obligaciones internacionales que generan un patrón de violaciones sistemáticas de derechos por parte del Estado.

EL TEMA CARCELARIO: UNA PERSPECTIVA POLÍTICO-CRIMINAL CON ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS

El Derecho Penal moderno nace no como una amenaza más, sino como una garantía para el ciudadano. Esta perspectiva original plasmada brillantemente en la obra de Cesare Beccaria, ha estado sometida a múltiples tensiones y pruebas desde el siglo XVIII. En este escenario, el comienzo de la criminología en el siglo XIX y de la política criminal en el comienzo del siglo XX, como campos del conocimiento inicialmente sometidos al derecho penal, fue representando, a medida que pasaba el tiempo y que se independizaron progresivamente de su matriz estrictamente jurídica, un apoyo y muchas veces un desafío.⁴⁵

En el campo jurídico penal se han desarrollado tanto las teorías justificadoras de la pena, retributiva, preventiva general y especial, desde la perspectiva antes expuesta, como distintas corrientes más o menos estructuradas, más con impacto directo en la política penal de su tiempo como lo fueron la defensa social de Von Liszt, Adolfo Prins y Vam Hamel de comienzos del siglo XX;⁴⁶ el derecho penal de autor de Bindig y Mezger, característico del estado nazi (pero no restricto a él);⁴⁷ la nueva defensa social de Gramática y Marc Ancel, de la posguerra;⁴⁸ y el funcionalismo de Roxin y Jakobs, que de forma más o menos radical esencialmente han coincidido en la sobrevaloración de la prevención general.⁴⁹

De otra parte, en lo que toca a la cárcel o, como prefiere Pavarini, la “penología”, desde el siglo XIX se asentó paulatinamente el modelo correccional, que concebía el alcance del objetivo preventivo especial de la pena a través del trabajo (Cárcel y Fábrica, para Pavarini). Desde la mitad del siglo XX la resocialización fue planteada a

45. João Marcello Araujo Junior. *Sistema penal para o terceiro milênio*, em Atos do Colóquio Marc Ancel (Rio de Janeiro: REVAN, 1991).

46. Castejón y Martínez de Arizala. “Prólogo”, en *La Defensa Social y las Transformaciones del Derecho Penal*, Adolfo Prins (Madrid: Hijos de Reus Editores, 1912), 10-1.

47. Eugenio Raúl Zaffaroni et al., *Direito Penal Brasileiro* (Rio de Janeiro: Revan, 2003), 138; Roxin, *Derecho Penal, Parte General*, 177; Muñoz Conde, *F. Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2003), 146-55.

48. Giovanni Fiandaca y Enzo Musco, *Derecho Penal Parte General* (Bogotá: Temis, 2006), 21-2; Lorenzo Morillas Cueva, *Metodología y Ciencia Penal* (Granada: Ed. Universidad de Granada, 1990), 202.

49. Cesar Bitencourt, *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral, Vol. 1 (São Paulo: Saraiva, 2012), 103-5.

través de la socialización, tensionando las estructuras a la progresiva prescindencia de la cárcel; y llegando, en el final del siglo XX, al “miserable declino de la ideología re-educativa” (prevención general positiva) y a la hegemonía de un programa de neutralización selectiva tecnificado y eficientista que acarrió al encarcelamiento masivo.⁵⁰

A este escenario, en la mirada del autor portugués Figueiredo Dias, se sumó la consolidación de la sociedad del riesgo del Estado de bienestar, que impuso la adaptación el derecho penal y de la política criminal a una racionalidad posminimalista más allá de la protección de bienes jurídicos y dirigida a la protección de valores comunitarios.⁵¹ En consecuencia, el incremento de las lógicas liberales e instrumentales, en sentido contrario de la racionalidad encontrada en los documentos internacionales de derechos humanos, tuvo un impacto directo en la intensificación del encarcelamiento.

En efecto, Zaffaroni, en obra publicada en 2020, ya en el contexto de la pandemia del COVID-19, alerta sobre el crecimiento vertiginoso de la población carcelaria en la región que alcanza, en algunos países, el 300 % de sobrepoblación. En este contexto, se producen muchas afectaciones a derechos, como ya se expuso anteriormente, pero queremos llamar la atención con el autor para un hecho muy específico en la gestión carcelaria: la desproporción entre el contingente del personal de vigilancia y de los internos. Es innegable que en tal hacinamiento quedan comprometidos los recursos materiales más básicos, el acceso a servicios, a un espacio salubre física y mentalmente, así como la seguridad de los propios internos. Ante la incapacidad del Estado de gestionar mínimamente este contexto que él mismo creó, es común en Latinoamérica que las cárceles tengan la presencia (y el comando) de la delincuencia organizada.⁵²

En el Ecuador ha pasado exactamente lo mismo. Aunque en el nivel constitucional se ha evidenciado un Estado garantista, las leyes y reglamentos que se multiplicaron, con el protagonismo del COIP, fueron pródigos en establecer mecanismos de debilitamiento de las garantías constitucionales. Se destacan el aumento de las penas producido por el COIP, la reducción de las alternativas a la prisión, el incremento de tipos penales, y los juicios extremadamente rápidos, a partir de la confesión del acusado, entre otros.⁵³ En consecuencia, la población carcelaria del país se ha incrementado y se produce el escenario de hacinamiento comentado anteriormente.

50. Massimo Pavarini, *Castigar al enemigo. Criminalidad, exclusión e inseguridad* (Quito: FLACSO Ecuador, 2008), 48-50.

51. Jorge de Figueiredo Dias, *Direito penal: parte geral* (Coimbra: Coimbra, 2004. t. 1), 126-30.

52. Eugenio Raúl Zaffaroni, coord., *Morir de Cárcel. Paradigmas jushumanistas desde el virus de nuestro tiempo* (Buenos Aires: Ediar, 2020), 31-2.

53. Ramiro Ávila Santamaría. “La política criminal en el gobierno de la “revolución ciudadana”: del garantismo al punitivismo”. *Revista IURIS* 1, n.º 17 (2018): 32-3.

Encontrándonos en la segunda década del siglo XXI, ya está claro que el punitivismo y el encarcelamiento masivo no solamente no han bajado los niveles de criminalidad, cumpliendo con las promesas populistas de “acabar” con dicha criminalidad o, peor aún, con “los criminales”, como han logrado generar muchos más problemas sociales. Es forzoso reconocer, como explicita Zaffaroni, que parte del problema viene de una “teoría jurídico penal que, a través de teorías del conocimiento limitativas, impiden la introducción de datos de realidad”.⁵⁴ A este hecho se añade la precaria incursión académica y estatal en el ámbito de la política criminal, dando espacio a confusiones entre esta y las políticas penales y, todavía más grave, entre política criminal y política de seguridad. Si en el campo de las intervenciones preventivas primarias y secundarias o situacionales es flagrante este desconcierto, es todavía más evidente cuando se observan las estrategias de intervención en el ámbito que nos ocupa: el carcelario.

En este sentido, vale la pena resaltar la posición de Binder de que una política criminal debe ser entendida como política pública y, en consecuencia, es un proceso complejo, riguroso, con objetivos y, sobre todo, medios muy claros. Al efecto, es necesario partir del reconocimiento de que toda política criminal trata del ejercicio del poder penal del Estado que autoriza preventiva o reactivamente, bajo determinados parámetros, el uso de la violencia.⁵⁵ No se trata, por lo tanto, de cualquier política pública: para contrarrestar esa manifestación de poder se necesitan límites, y estos están puestos en la Constitución y, por decisión del poder constituyente, en los tratados e instrumentos de derechos humanos de los cuales derivan las obligaciones estatales enunciadas anteriormente.

Al respecto, vale la pena observar el concepto de política pública expuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como “los lineamientos o cursos de acción que definen las autoridades de los Estados para alcanzar un objetivo determinado, y que contribuyen a crear o transformar las condiciones en que se desarrollan las actividades de los individuos o grupos que integran la sociedad”.⁵⁶ Sobre esto, en otro documento específico sobre el tema, la CIDH resalta que es imprescindible que los Estados asuman como centro de las políticas públicas de cualquier naturaleza las obligaciones y los estándares del sistema interamericano en materia de derechos humanos, y, con más razón este criterio se aplica a las políticas que involucran el *ius puniendi*.

54. Zaffaroni, coord., *Morir de Cárcel. Paradigmas jushumanistas desde el virus de nuestro tiempo*, 33.

55. Alberto Binder, *Análisis Político Criminal* (Buenos Aires: Astrea, 2015), 1-3; 241.

56. CIDH, *Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos* (Washington: OEA, 2009).

De otra parte, pondera que no toda intervención del Estado implica una política pública, toda vez que estas acarrearán “un conjunto de acciones encaminadas a garantizar un derecho de forma permanente”,⁵⁷ y no una estrategia puntual, reactiva y aislada, como suelen ser las acciones que pretenden establecer “políticas” en el ámbito carcelario. Las políticas puntuales o temporarias padecen de falta de la integralidad necesaria para ser consideradas políticas públicas.⁵⁸ En otras palabras, una política criminal es mucho más cercana a sembrar y cuidar un jardín de forma sistemática y persistente que a apagar incendios descontrolados de tiempo en tiempo.

Es especialmente notable en materia penal la afirmación de que las leyes, reformas o nuevas legislaciones no se constituyen en sí mismas en políticas públicas, además del reconocimiento de la relevancia del rol del poder judicial, en el control de convencionalidad de políticas y leyes que violan los compromisos internacionales en materia de derechos humanos. Además, cobra relevancia la necesidad, en virtud de las mencionadas obligaciones, de políticas efectivamente preventivas de la violación de derechos. En términos de política criminal, considerando que tanto víctima como victimario gozan de derechos, no están autorizadas actuaciones de persecución al “enemigo”; antes, la obligación de prevenir violaciones de derechos se aplica tanto al derecho a no ser víctima de violencia (estrategias de prevención primarias del delito) como de, una vez ocurrido el delito, resguardar los derechos de la víctima y del eventual victimario.⁵⁹

A partir de esta perspectiva se puede identificar una “contra ruta” a la política criminal desarrollada en los últimos años. Como punto de partida, si entendemos que la cuestión carcelaria es una cuestión de derechos de todos, privados de libertad y ciudadanía en general —y no de seguridad de unos mediante el maltrato de otros—, y que ambas, como ya se evaluó anteriormente, no se contraponen, podemos trazar un camino distinto. En la sociedad no hay enemigos: hay “socios”, hay ciudadanos que comparten un mismo tiempo y espacio de vida. El derecho del otro no quita el mío, sino que lo fortalece. Proporcionar a un ser humano buenas condiciones de privación de libertad y medios reales de reeducación y reinserción social es generar seguridad para todos. Lo demás es autoengaño. Y ya nos hemos autoengañado demasiado con el falso discurso de eficiencia del punitivismo.

57. CIDH, *Políticas públicas con enfoque de derechos humanos* (Washington: OEA, 2018), 46.

58. *Ibid.*

59. *Ibid.*, 46-7.

CONCLUSIONES

Una vez que se ha identificado cuál ha sido la posición de nuestra sociedad respecto de la finalidad que debe tener la pena, así como sus limitantes, nos encontramos en una posición válida para analizar las implicaciones de lo sucedido el 23 de febrero de 2021. En primer lugar, desde una visión funcional-estructural, siendo una finalidad constitucional la prevención especial, le corresponde al Estado generar las condiciones necesarias para que una persona sentenciada pueda, si lo desea, rehabilitarse.

Entonces, si es que el objetivo es la reinserción social, ese Estado tiene la obligación de asegurarse que en los Centros de Rehabilitación Social no existan factores criminógenos que puedan, en lugar de reforzar la voluntad de la persona para actuar de acuerdo con las normas, empeorar esta posición del sujeto frente al derecho.

Así, desde esta línea argumentativa, la existencia de armas al interior del Centro de Rehabilitación, una o decenas como fue el caso del 21 de febrero, no solo representa un erróneo control por parte de seguridad, sino un incumplimiento del mandato constitucional de funcionar para la rehabilitación de las personas sentenciadas. Esto hace necesario un argumento adicional de cierre.

Entonces, esa cárcel donde se permiten enfrentamientos y el ingreso de armas no tiene respaldo constitucional y tanto su funcionamiento como su financiamiento implican la utilización de recursos públicos para sostener construcciones donde se priva injustificadamente de la libertad a las personas. La existencia de factores criminógenos en un centro de rehabilitación social solo puede tener como respuesta el fracaso del sistema carcelario y con ello su ilegitimidad.

Si esta es la manera en que debe leerse las circunstancias actuales del sistema de rehabilitación social desde una posición estructural-funcional, no se puede más que concluir que, mientras los Centros de Rehabilitación continúen sirviendo solo para encerrar a seres humanos, pero no para garantizar los derechos de libertad y la posibilidad de reincorporarse a la sociedad, la existencia de estas cárceles es contraria al ordenamiento jurídico. Y, en este perverso mantenimiento de cárceles sin finalidad, el Estado, al permitir el encierro en lugares distintos a los aceptados en el pacto social, es el principal responsable de todo lo que en el interior de estos suceda.

Adicionalmente, si se observan las vulneraciones de los derechos humanos desde las obligaciones internacionales asumidas por el Estado ecuatoriano referente a las personas privadas de su libertad, se puede evidenciar que el Estado no cumple ni con la ley interna, ni tampoco con las obligaciones internacionales asumidas, lo que acarrea el ocaso del sistema penitenciario y, consecuentemente, por partida doble, la ilegitimidad del funcionamiento de estos lugares que, lejos de cumplir con su finalidad,

son espacios para inocular a personas sentenciadas pero no para cumplir mandatos constitucionales.

En este sentido, tanto desde una perspectiva nacional como internacional, las actuales condiciones de encarcelamiento en el país violan de forma permanente los derechos humanos de las personas privadas de libertad. La escalada de violencia en las cárceles ecuatorianas está inserta en un escenario producido por el propio Estado, mediante una política penal punitivista de encarcelamiento masivo de personas que han cometido delitos menores y uso excesivo de la prisión preventiva. A esto se sumaron decisiones en el ámbito de la gestión pública que priorizaron medidas de austeridad y de reducción de personal, además de la supresión del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, encaminando la actuación del Estado a un enfoque estrictamente de seguridad.

Desde esta mirada, el camino aquí señalado parte de la superación de la visión dicotómica que atrinchera a los ciudadanos y los “defiende” de los enemigos. Una política criminal coherente con los derechos humanos promueve seguridad para todos, y debe implicar el rescate del garantismo, además de plantear estrategias integrales que logren prevenir el delito promoviendo la reinserción social real y no pactando omisiva y convenientemente con la masacre.

BIBLIOGRAFÍA

- Araujo Junior, João Marcello, “Sistema penal para o terceiro milênio”, en *Atos do Colóquio Marc Ancel*. Rio de Janeiro: REVAN, 1991.
- Asamblea General del Ecuador, Sesión 695 - Comisión General, 01-03-2021. <https://www.youtube.com/watch?v=LSKPhpg8CRo>.
- Ávila Santamaría, Ramiro, “La política criminal en el gobierno de la “revolución ciudadana”: del garantismo al punitivismo”. *Revista IURIS*, n.º 17, Vol. 1, 2018.
- Binder, Alberto, *Análisis Político Criminal*. Buenos Aires: Astrea, 2015.
- Bitencourt, Cesar, *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*, Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2012.
- Castejón y Martínez de Arizala. “Prólogo”, en *La Defensa Social y las Transformaciones del Derecho Penal*, editado por Prins, Adolf. Madrid: Hijos de Reus, 1912.
- CIDH, *Informe n.º 86/09*, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay (2009), <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/uruguay12553.sp.htm>.
- . *Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos*. Washington, OEA, 2009.
- . *Políticas públicas con enfoque de derechos humanos*. Washington, OEA, 2018.
- . *Resolución 1/08*, establece los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (2008), <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/resolucion%201-08%20esp%20final.pdf>.

- Corte IDH, *Cuadernillo de jurisprudência de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n 9: Personas privadas de libertad*, San José, Corte IDH (2020), <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo9.pdf>.
- . “Sentencia de 07 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Tibi vs. Ecuador* de 7 de septiembre de 2004. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf.
- . “Sentencia de 18 de agosto de 2000 (Fondo)”. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*, de 18 de agosto de 2000. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf.
- . “Sentencia de 2 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay* de 2 de septiembre de 2004. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf.
- . “Sentencia de 8 de julio de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, de 8 de julio de 2004. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_110_esp.pdf.
- . *Resolución n 18/02*. Asunto de la Cárcel de Urso Branco respecto Brasil. Medidas Provisionales. https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_01.pdf.
- El Universo (2021): <https://www.eluniverso.com/noticias/seguridad/en-trece-anos-la-poblacion-penitenciaria-se-triplico-en-el-ecuador-nota/>.
- Fiandaca, Giovanni y Musco, Enzo, *Derecho Penal Parte General*. Bogotá: Temis, 2006.
- Krauth, Stefan, *La prisión preventiva en el Ecuador*, Serie Justicia y Defensa, n.º 8. Quito: Defensoría Pública del Ecuador, 2018.
- Luzón Peña, Diego Manuel. *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- Mbembe, Achille. *Necropolítica seguido de Sobre el gobierno privado e indirecto*, Trad. Elisabeth Falomir Archambault. España: Melusina, 2011.
- Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal Parte General*. Barcelona: Reppertor, 2011.
- . *Estado, pena y delito*. Montevideo: BdeF, 2013.
- Morillas Cueva, Lorenzo, *Metodología y Ciencia Penal*. Granada: Ed. Universidad de Granada, 1990.
- Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- . *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. Massimo Pavarini, *Castigar al enemigo. Criminalidad, exclusión e inseguridad*. Quito: FLACSO Ecuador, 2008.
- Prieto Luís. *Garantismo y derecho penal*. Madrid: Iustel, 2011.
- Resumen del informe sobre la crisis carcelaria en Ecuador (2019), <https://www.cdh.org.ec/informes/398-resumen-del-informe-del-cdh-sobre-crisis-carcelaria-en-ecuador.html>.
- Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General Tomo I*. Madrid: Civitas, 1997.
- Silva Sánchez, Jesús, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Montevideo: BdeF, 2012.

Zaffaroni, Eugenio, *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2006.

Zaffaroni, Eugenio, coord. *Morir de Cárcel. Paradigmas jushumanistas desde el virus de nuestro tiempo*. Buenos Aires: Ediar, 2020.

Zaffaroni, Eugenio, et al. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Castigo y exclusión en Ecuador desde la teoría criminológica crítica

*Punishment and Exclusion in Ecuador.
An Approach from Critical Criminological Theory*

María Fernanda Echeverría Andrade

Investigadora independiente

Ibarra, Ecuador

maferecheverria@hotmail.com

ORCID: 0000-0002-7266-2906

Adrián Alejandro Alvaracín Jarrín

Docente de la Universidad Regional Autónoma de los Andes

Riobamba, Ecuador

ur.adrianalvaracin@uniandes.edu.ec

ORCID: 0000-0002-0740-1152

Artículo de investigación

DOI: <https://doi.org/10.32719/26312484.2022.37.9>

Fechas de recepción: 29 de junio de 2021

Fechas de revisión: 19 de agosto de 2021

Fecha de aceptación: 15 de septiembre de 2021

Fecha de publicación: 3 de enero de 2022

Licencia Creative Commons



RESUMEN

El presente aporte de teoría criminológica busca comprender cómo en la actualidad es la sociedad entera la que se hace cárcel. Para este objetivo, el trabajo indaga teórica y empíricamente la masacre producida en Ecuador el mes de febrero de 2021. La muerte, el sufrimiento y la exclusión producidos en la mayor masacre penitenciaria producida en el país son justificativo para indagar acerca de las causas y consecuencias derivadas de la violencia institucionalizada. Como metodología se aplica el estudio de caso dentro de un enfoque cualitativo, el cual permite acercarnos a la violencia punitiva desplegada sobre las prisiones, para luego plantear un camino alternativo y crítico respecto del trato que se depara a las personas en el contexto de encierro. Es así que se formula la propuesta del trato humano de la vulnerabilidad, que se erige como una solución inacabada pero que puede resultar provechosa para mitigar los efectos de la prisionización que afecta a prisioneros, sus familias y allegados. Es así que se empieza por analizar los efectos del expansionismo punitivista. Luego, se devela empíricamente las consecuencias de tal expansionismo y, por último, se elabora una propuesta tendiente a contener al poder punitivo, que cuando se desborda, termina en masacre.

PALABRAS CLAVE: criminología; prisiones; punitivismo; teoría criminológica crítica; vulnerabilidad; encarcelamiento; castigo; exclusión.

ABSTRACT

The present contribution of criminological theory undertakes the search for understanding how at present the entire society that becomes in jail. For this purpose, the work theoretically and empirically investigates the massacre that occurred in Ecuador in February 2021. The death, suffering and exclusion produced in the largest prison massacre in the country are justification for inquiring about the causes and consequences derived from institutionalized violence. As a methodology, the case study is applied within a qualitative approach which allows us to get closer to the punitive violence deployed in prisons, to then propose an alternative and critical path regarding the treatment that is given to people in the context of confinement. This is how the proposal for the humane treatment of vulnerability is formulated in the last section, which stands as an unfinished solution but which can be helpful in mitigating the effects of imprisonment that affects prisoners, their families and relatives. Therefore, we begin to analyze the effects of punitive expansionism. Then the consequences of such expansionism are empirically revealed, and, finally, a proposal is developed dialectically to contain the punitive power which when it overflows, ends in massacre.

KEYWORDS: criminology; prisons; punitivism; critical criminological theory; vulnerability; imprisonment; punishment; exclusion.

FORO

INTRODUCCIÓN

*Si la única verdad es la realidad,
en criminología la única realidad son los cadáveres.*

E.R. Zaffaroni

A dorno y Horkheimer en *Dialéctica de la Ilustración*¹ hallarán una similitud entre modernidad y holocausto que radicará en las formas que el punitivismo encuentra para que toda cárcel siempre sea castigo, donde la exclusión es el destino de quienes son intervenidos por la institución total. Bauman² seguirá esa senda construida por los pensadores de la Escuela de Frankfurt. Y todos ellos afirmarán que modernidad y holocausto se vinculan indiscerniblemente, por efecto de un poder punitivo descontrolado que, sin la contención propiciada por los derechos humanos, termina siempre en masacre. Nada alejado de la realidad vivida en Ecuador en febrero de 2021. Muerte, dolor y exclusión serían las constantes en las familias de aquellas personas que mantenían un familiar en la cárcel. Setenta y nueve muertes aproximadamente y un sinnúmero de heridos será el saldo de una práctica punitiva que amenaza con invadir a todo el espectro social.

Y es que el holocausto siempre será la regla en un Estado que se desinteresa por la vida de las personas. El terror siempre aparece en la oscuridad, en esa sombra del poder punitivo que ya hace más de un siglo se encuentra atravesando los intersticios de la propia sociedad. Los modelos de control punitivo que se diseñan intramuros, hace tiempo que permean a la sociedad en su conjunto. El dolor se esconde tras los muros, pero también se explayan esos modelos de control hacia toda la sociedad. Por eso, el holocausto es siempre la regla, no la excepción. Al contrario de lo que se suele pensar, la cárcel no es un espacio reducido donde lo punitivo impera, sino que es el modelo por excelencia que produce y reproduce la exclusión a través de sus controles. Cuando el poder punitivo interviene, la oscuridad se abre paso.

En este trabajo se piensa la manera en que la luz ingrese a esos espacios oscuros donde reina el caos y la masacre. Para esta tarea se usa el enfoque cualitativo que se ocupa de la indagación empírica de los fenómenos sociales en su entorno, lo cual se refuerza mediante el estudio de caso que permite abordar a la expansión del punitivismo desde su real operatividad. En la parte metodológica, como criterios de inclusión

-
1. Max Horkheimer y Theodor Adorno, *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos* (Madrid: Trotta, 1994).
 2. Zygmunt Bauman, *Modernidad y Holocausto* (Madrid: Sequitur, 1999).

del caso, se efectuó el siguiente análisis: a) La selección y definición del caso: La masacre carcelaria producida en febrero del año en curso, donde los sujetos narraron sus vivencias. b) Elaboración de una lista de preguntas: ¿Este caso evidencia el expansionismo punitivista? ¿Nos indica lo que sucede en las cárceles y eso se refleja en la sociedad? c) Localización de las fuentes de datos: El estudio de documentos —como sentencias— donde se ha plasmado la voz de los sujetos. d) Análisis e interpretación: Se han establecido relaciones causales respecto de lo estudiado en el caso, para luego abordar una propuesta que sea la contracara de las vivencias estudiadas.³

En esa línea, el presente trabajo se ha desarrollado según la metodología usada por la criminología crítica, que centra la atención en la real operatividad del poder punitivo, esto es, en el funcionamiento real del sistema penal. Para ello, la investigación cualitativa “posee un fundamento decididamente humanista para entender la realidad social de la posición idealista que resalta una concepción evolutiva y negociada del orden social. Percibe la vida social como la creatividad compartida de los individuos. El mundo social no es fijo ni estático, sino cambiante, mudable y dinámico”,⁴ lo cual, nos acerca a un realismo social que evidencia cómo el fenómeno estudiado se desenvuelve en la interacción social.

Es así que se recurre al estudio de caso que permite abordar de manera más profunda “a la esencia de fenómeno, dando a la luz todo cuanto encontremos del mismo dando así un panorama real del objeto o situación que estamos investigando”.⁵ De esta forma, se consideró que “el uso de la estrategia del estudio de casos como metodología de investigación presenta grandes posibilidades en la explicación de fenómenos contemporáneos ubicados en su entorno real”.⁶ Para esto se recurrió a los hechos acontecidos en febrero de 2021, en el que murieron más de 79 personas en las cárceles del país, además de cientos de heridos y momentos de dolor para miles de familiares.

En ese contexto, se cree que la luz quizá se encuentre en las propias personas a las que se interviene mediante el castigo. De allí la propuesta de un trato humano de la vulnerabilidad pensado por Zaffaroni y que hoy, luego de los hechos inenarrables acontecidos en Ecuador, merece la atención de todo penalista, criminólogo y de quien piense en aquellos que nadie piensa.

3. Viviana Jiménez, “El estudio de caso y su implementación en la investigación”, s. f., 147, <https://bit.ly/3hjCaNc>.

4. Juan Pablo Bolio, “El método cualitativo etnográfico y su aplicación para los estudios jurídicos”, s. f., <https://bit.ly/3vY7GWF>.

5. Jiménez, “El estudio de caso y su implementación en la investigación”, 141.

6. *Ibíd.*, 143.

EL ABANDONO DE LAS TEORÍAS “RE”

En contra de lo que se cree, la cárcel no ha existido siempre, o, al menos, no ha existido como pena de prisión institucionalizada.⁷ Es tan solo hace dos siglos que la cárcel se convierte en pena de prisión, creyendo establecer una medida del castigo que sería determinada en tiempo. Un tiempo existencial, claro está.⁸ Y este tiempo existencial que cobra la pena, luego del cometimiento del ilícito penal, es un tiempo de venganza, de retribución. Hoy en día ese tiempo existencial que cobra la pena de prisión no es más que un mecanismo de exclusión y dolor. Es, en palabras de Alagia, *hacer sufrir*.⁹

La institución carcelaria moderna nace en Inglaterra y en Europa continental, entre los siglos XVI y XIX, precisamente entre el Iluminismo y la primera mitad del siglo XIX,¹⁰ que coincide con la acumulación originaria del capital,¹¹ donde se establece ya como mecanismo de control social y donde aparecen las primeras filosofías del régimen penitenciario. La finalidad en el origen de la cárcel no será más que adoctrinar y disciplinar a excampesinos para convertirlos en dóciles proletarios, mediante el instrumento seductor del salario.¹²

En los orígenes del sistema penitenciario se encubre una realidad latente: disciplinar, adoctrinar, dulcificar los cuerpos, en palabras de Foucault.¹³ Y en esa línea es conocida también la supuesta dulcificación de las penas corporales —el suplicio— mediante la pena de prisión. Empero, en este momento originario de la cárcel, como pena, se “trastoca la idea misma de defensa social: de practicar la destrucción y el aniquilamiento pasa a pretender la reintegración social del transgresor”.¹⁴ Esto se lograría por dos vías: a) El infractor pagaría el daño ocasionado mediante el *quantum* de pena que se le impone, lo que significa que el proletario, al solo contar con su fuerza de trabajo, quedaría inhabilitado de ejercer la misma, lo que en otras palabras significa

7. Gabriel Anitua, *Historias de los pensamientos criminológicos* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005), 120. La privación de libertad como nueva forma de castigar aparecerá en el siglo XIX, esto es, hace apenas 200 años en la historia de la humanidad.

8. Eugenio Raúl Zaffaroni, “Cronos y la aporía de la pena institucional (acerca de la interdisciplinariedad constructiva del derecho penal con el derecho de ejecución penal)”, 1998, <https://bit.ly/2UZDvBC>.

9. Alejandro Alagia, *Hacer sufrir* (Buenos Aires: Ediar, 2013).

10. Massimo Pavarini, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario* (Ciudad de México: Siglo XXI, 2017), 73.

11. Massimo Pavarini, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico* (Ciudad de México: Siglo XXI, 2010), 86.

12. *Ibíd.*

13. Michel Foucault, *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión* (Ciudad de México: Siglo XXI, 2008), 159.

14. Pavarini, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, 86.

que la pena mediante su ejecución impide que el proletario trabaje, con lo que *paga* su infracción; y b) El infractor se somete a la disciplina del encierro para luego reinserirse a la sociedad como proletario dócil.¹⁵

De aquella finalidad, propia del origen carcelario, se desprende la selectividad que funda la propia cárcel. Por un lado, el adoctrinado y dócil siempre vendrá a ser el proletario que atenta contra el orden capitalista, y, por el otro, se seleccionará al infractor que comete delitos contra la propiedad como atentado al orden burgués. La cárcel se funda en la selectividad penal y responde a las demandas del orden burgués que impone las reglas, conformándose como instrumento de control social.

En esa línea, dentro de los primeros discursos penitenciarios, se encontrará el momento idealista de Röder que produjo la denominada “teoría del mejoramiento”, que concebía a la pena como mejoramiento moral en sí misma. Un segundo se encontrará en las teorías peligrosistas del positivismo criminológico de tinte biológico-racista en que el “tratamiento” consistía en mejorar al preso,¹⁶ fundado en una criminología clínica y en el contexto de un paradigma etiológico de la criminalidad. Una vez abandonado el paradigma positivista, aparecerá un tercer momento, de la mano de Talcott Parsons y el funcionalismo sistémico, con la idea propia del tratamiento como “resocialización”.¹⁷ Esta última ideología tendría cabida en un Estado benefactor, que, sin embargo, nunca se realizaría en nuestra región. Es decir, incorporamos una epistemología —la de la resocialización— sin pensar en el origen eurocéntrico de tal idea y en la incompatibilidad de nuestras sociedades estratificadas con tal ideología, pues en América el encarcelamiento masivo tiene que ver más con la esclavitud,¹⁸ la colonización y la exclusión que con la ideología disciplinante del encierro.

El control social sería precisamente excluyente, advirtiendo los primeros indicios sobre la expansión de mecanismos de control de la prisión, que se trasladan a toda la sociedad. Efectivamente, como señala Wacquant, en el marco del modelo neoliberal como “proyecto político transnacional destinado a reconstruir el nexo del mercado, del Estado y de la ciudadanía desde arriba”¹⁹ dentro de sus lógicas institucionales articula “un aparato penal expansivo, intrusivo y proactivo que penetra en las regiones más bajas del espacio social y el físico para contener los desórdenes por la difusión de

15. *Ibíd.*

16. Elena Larrauri, *La herencia de la Criminología Crítica* (Madrid: Siglo XXI, 2012), 12.

17. Eugenio Raúl Zaffaroni, “La Filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo”, s. f., 36-7, <https://bit.ly/3vXR1SY>.

18. Alejandro Alagia y Rodrigo Codino, *La descolonización de la Criminología en América* (Buenos Aires: Ediar, 2019), 510.

19. Loïc Wacquant, *Forjando el Estado Neoliberal. Workfare, Prisonfare e Inseguridad Social* (Prohistoria 16, 2011), 13.

la inseguridad social y la profundización de la desigualdad”²⁰ dando como resultado un aparato penal neoliberal que combina estrategias de asistencia social (*workfare*) con la contención de los precarizados mediante la prisionización²¹ de los más débiles (*prisonfare*). Esto se traduce en que el control social en el Estado benefactor que analiza Wacquant irá de la mano con los mecanismos de control social punitivo. Por tanto, se podría explicar desde estos finos análisis la actual expansión del punitivismo en nuestras sociedades.

Un cuarto momento de estas ideologías provendrá de la criminología de la reacción social o también conocida como criminología crítica, sobre la cual se trabajará la propuesta final de este trabajo en el pensamiento de uno de sus exponentes más relevantes.

Ahora bien, es posible vislumbrar en estas ideologías la idea de cambiar al delincuente, de transformarlo, de curarlo o de reintegrarlo. Ese ser enfermo que significaba para el peligrosismo o el subsistema defectuoso que dañaba la armonía de toda la sociedad concebida como organismo, sería el punto al que se dirigirían todos los esfuerzos del tratamiento. Pero el tema no se agota ahí. No es el simple hecho de un tratamiento lo que hace a la cárcel una institución excluyente, sino que tiene la habilidad para que sus muros sean permeables en toda la sociedad. Por lo que esta institución total propaga sus controles intramuros hacia la sociedad entera, lo que ocasiona el expansionismo punitivista.

De esa forma la prisión responde a una doble finalidad: a) abandonar la lógica disciplinaria, para convertirse en depósito de seres humanos descartables; y b) transferir técnicas de control social desde la cárcel hacia la sociedad, lo que se explica a continuación.

LA CÁRCEL COMO (RE) PRODUCTORA DE LA EXCLUSIÓN SOCIAL

Slokar dirá que “la cárcel latinoamericana segrega y extermina a las personas desde una lógica de descartabilidad humana”²² lo que implica el total abandono de los orígenes de la cárcel como un panóptico que controla para dulcificar los cuerpos. Esta

20. *Ibíd.*, 14.

21. La prisionización es el resultado de la pena impuesta en tiempo y medida, la cual se cumple en una cárcel y que luego reproduce los efectos de esta última (deterioro, violencia, reproducción del rol estereotipado).

22. Alejandro Slokar, “Necropolítica de los cautivos. Crisis y destino de la construcción jurídico-penal”, en *Morir de cárcel. Paradigmas jushumanistas desde el virus en nuestro tiempo*, ed. Eugenio Raúl Zaffaroni (Buenos Aires: Ediar, 2020), 60.

idea es suplantada por una des-ideologización de la cárcel. Hoy la cárcel debe ser práctica, neutralizante y eficiente. Quedaron atrás las ideologías señaladas anteriormente. Este abandono de las ideologías se reproduce en los discursos.

El director nacional del Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Privadas de Libertad de Ecuador (SNAI), quien tiene rango de ministro y preside la institución que administra las cárceles de todo el país, ha declarado expresamente que hay personas privadas de libertad que no quieren rehabilitarse, que para ellos no existe rehabilitación alguna.²³ Es preciso dejar en claro que no es confiable cualquier ideología o filosofía “re” por imponerse de manera verticalizada y como mecanismo de disciplinamiento. Pero esto no obsta en creer que es mejor contar con una filosofía como eje programático a no contar con alguna. El discurso en rechazo a la idea re-socializadora para los considerados como incorregibles o peligrosos es una muestra clara de la intención que tienen los órganos de ejecución de la pena: neutralizar. Y también es la gráfica explícita del abandono de las teorías “re”. Esto deja espacio para el arbitrio y el abuso de poder en las cárceles.

Es así que, las cifras de muertes violentas dentro de los centros de privación de libertad en el año 2017 demuestran tal abandono de ideologías “re”, registrándose veinte y cuatro muertes violentas, en 2018 veinte y cuatro, en 2019 nueve muertes;²⁴ sumado el 28,41 % de hacinamiento.²⁵ Inclusive, “el gobierno ha paralizado la formación de guías penitenciarios aduciendo falta de presupuesto, pese a que existe un déficit de casi 70 % de estos funcionarios públicos en los centros de privación de libertad del país”.²⁶

Ahora, la neutralización no es nueva. Desde Liszt en su programa de Marburgo²⁷ se hablaba de incorregibles, descartables, etc. La denominación no es para nada novedosa si se considera también a la frenología de Gall.²⁸ Un poco más contemporáneo se encuentra el propio derecho penal del enemigo como ejemplo de la postura punitiva de considerar a seres humanos como no personas o negarles el derecho de una posible reintegración a la sociedad.

23. Telesur TV, *Autoridades de Ecuador informan sobre motines en tres penitenciarias*, 2021, s. v. 6:10, <https://bit.ly/2Ub886q>.

24. Defensoría del Pueblo de Ecuador, “Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes”, s. f., 20-1, <https://bit.ly/3zzwcQA>.

25. *Ibid.*, 9.

26. Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos, “79 fallecidos en amotinamientos simultáneos en cárceles”, s. f., <https://bit.ly/3joFTLM>.

27. Anitua, *Historias de los pensamientos criminológicos*, 223.

28. *Ibid.*, 163.

Esta negativa del ideal resocializador ha generado, por ejemplo, que en Ecuador “las muertes de este año han superado en un 82 % a las registradas en el 2019”.²⁹ La justificación de muertes intramuros por parte de las autoridades que dirigen el sistema penitenciario es alarmante porque establecen un discurso que responsabiliza de los motines y masacres a los propios reos; así, por ejemplo, el 23 de febrero de 2021 cuando se produjo la muerte de 79 personas y centenares de heridos en las cárceles con mayor población del país, que albergan al 70 % del total de la población carcelaria, el discurso oficial terminó por sostener que dichas muertes se produjeron por el “choque entre organizaciones delictivas por tomar el liderazgo que quedó vacante tras el asesinato de un líder en la ciudad de Manta el pasado diciembre”.³⁰ No existe tan siquiera un mea culpa por lo ocurrido, abandonando a las personas dentro de una prisión, como resultado del vaciamiento ideológico de la misma.

En ese sentido, ante la impotencia de las autoridades que se refleja en su discurso y en su operatividad, el gobierno de la cárcel se presenta como un ente que administra el dolor y que evidencia “la crisis del modo de producción y particularmente del trabajo como ordenador social del tardocapitalismo postindustrial, desnuda la funcionalidad tanática del encierro institucionalizado y revela también la matriz necropolítica del castigo que expone a umbrales de muerte, sino a la muerte misma, tanto social como física, a aquellos seleccionados desde un patrón racista y discriminatorio”.³¹ De esta forma, el olvido de cualquier “re” del ideal resocializador permite que la pena privativa de libertad se convierta en tortura, exclusión y dolor.

Ahora bien, como señala Zaffaroni, siguiendo a Foucault, el poder represivo de la cárcel es solo una parte muy reducida del sistema penal, lo importante se halla en el poder de vigilancia sobre toda la población.³² El sistema penal entendido tan solo desde la visión represiva comportaría un poder muy débil, que, si bien provoca inenarrables sufrimientos, no sería tan importante para el control social como lo es su faceta de vigilancia para toda la sociedad.

En ese contexto, la cárcel es una parte del circuito entre el sistema penal y el sistema socio-psico-asistencial,³³ en la cual culminan las formas de clasificación de las personas más desfavorecidas de la sociedad. De esta forma lo punitivo resulta ser “un plano del funcionamiento complejo de las agencias de control. Se presume aquí

29. Plan V, “Nuevas cifras revelan la fuerte crisis carcelaria en Ecuador”, 2020, <https://bit.ly/3qvMKVC>.

30. BBC News, “Amotinamientos en Ecuador: al menos 79 muertos en una ola de violencia en varias cárceles del país”, 2021, <https://bbc.in/3A8jOaL>.

31. Slokar, “Necropolítica de los cautivos. Crisis y destino de la construcción jurídico-penal”, 60.

32. Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Manual de Derecho Penal* (Buenos Aires: Ediar, 2008), 20.

33. Tamar Pitch, “¿Qué es el control social?”, *Delito y sociedad*, s. f., 64.

que lo penal funciona punto de llegada y clasificación, como sostén indispensable del circuito completo y, en última instancia, como productor de modelos de control (custodiales, segregativos)”.³⁴

Esta es una clara alusión a los instrumentos de disciplinamiento y normativos que se encuentran en la sociedad como conjunto de mecanismos que permiten o facilitan el control social punitivo sobre toda la población. De ahí también se evidencia el primer punto que se topó anteriormente, el del abandono de las cárceles, pues este control social punitivo que se exploya hacia la sociedad se encuentra destinado a las capas sociales empobrecidas, sumergiéndolas en una espiral de violencia que bien se podría deducir como *más castigo-más control-más exclusión*.

Como señalaba Pavarini, “desde el siglo XX es la sociedad entera la que se hace cárcel. Es la sociedad disciplinar que se extiende, que opera más allá del contrato: el poder de las disciplinas no encuentra ya su límite en la reciprocidad contractual. La cárcel pierde progresivamente toda función *real* y toda primacía en la práctica del control en la medida en que ahora las disciplinas y el control están *en otra parte*, esto es, en lo social”.³⁵

De esta forma, la cárcel sobrevive tan solo como instrumento de clasificación y exclusión de clase. Se abandona en la praxis al ideal resocializador para suplantarlo por la eficiencia de una institución total que produce efectos degradantes sobre la persona y que, en última instancia, es solo un eslabón de la cadena de la exclusión. Pero la cárcel sobrevivirá, como explica Garland, *no a pesar* de sus fracasos, sino *por* sus fracasos.³⁶ Es decir, la cárcel sobrevive porque ella produce los modelos de control que la sociedad concibe como correctos. Piénsese en que la sociedad admite que el rol de la cárcel es la de excluir e infligir dolor. Si se llevan a cabo estas finalidades, entonces la sociedad cree que la cárcel funciona porque es ese su único rol, dentro de la lógica de la demagogia vindicativa.

Es lo que Pavarini denominaba como proceso de hiperpenalización que penetra los intersticios de la sociedad misma. La acentuación del punitivismo en la sociedad tiene que ver con la forma en que la cárcel diseña sus controles, y no al revés. Es decir, la cárcel como abandono o depósito de descartables hace que en la sociedad se replique el mismo modelo de desatención social. En esa línea es ejemplificativa la selectividad entrecruzada³⁷ del poder punitivo que es también muestra de la forma como el

34. *Ibid.*, 65.

35. Pavarini, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, 87.

36. David Garland, *Castigo y Sociedad Moderna. Un estudio de teoría social* (Ciudad de México: Siglo XXI, 1999), 183.

37. Eugenio Raúl Zaffaroni, *Lineamientos de derecho penal* (Buenos Aires: Ediar, 2020), 52.

sistema penal es diseñado para controlar a toda la sociedad, donde criminalización, policización y victimización provienen de las mismas capas sociales desfavorecidas. Es conocido que “la creación de la delincuencia es útil como estrategia de dominación política; contrapone a las clases trabajadoras, para aumentar el temor a la prisión y garantizar la autoridad y el poder de la policía”.³⁸ Así las ideas, se torna necesario abordar empíricamente la forma en que los controles carcelarios invaden la esfera social generando sufrimiento y dolor.

INCREMENTO DE LA VIOLENCIA INSTITUCIONAL EN LAS PRISIONES DE ECUADOR

Con las breves menciones anteriores, se narra en líneas siguientes la mayor masacre producida en las cárceles de Ecuador hasta la fecha. El 23 de febrero de 2021 mueren 79 personas, de manera violenta, en medio de un escenario aberrante y pavoroso, en las prisiones de Cuenca, Guayaquil y Latacunga. El dolor se expandía a las afueras de las cárceles, a los hogares de las personas privadas de libertad, a sus familiares y amigos. Las redes sociales eran el primer medio de comunicación para los ecuatorianos que advertían las muertes, antes de que las autoridades rectoras del Sistema de Rehabilitación Social comuniquen la lista oficial de fallecidos. La información llegaba a los familiares mediante videos de las matanzas.

Las escenas muestran una realidad escandalosa, una masacre despiadada, llena de sangre, tortura, horror, cuerpos quemados, desmembrados y decapitados, que circularon por las redes sociales, capaces de llegar en minutos, al conocimiento público.

De los sucesos del mes de febrero una cosa quedó clara: el sistema de rehabilitación social del Ecuador es un fracaso absoluto y la línea de política pública, de contexto neoliberal,³⁹ que elimina por completo cualquier intento de tratamiento penitenciario. Aquello se evidencia en los índices de hacinamiento, en el aumento insostenible de personas privadas de libertad, las muertes ocurridas dentro de las prisiones, el manejo

38. Garland, *Castigo y Sociedad Moderna. Un estudio de teoría social*, 182.

39. Stefan Krauth, “Sobre algunos problemas estructurales del sistema carcelario y la política criminal en Ecuador”, 2021, <https://bit.ly/3t0WLeW>. Cifras de los Registros Administrativos de los Centros de Privación de Libertad del SNAI. La población penitenciaria del Ecuador se conforma por el 26,15% de detenidos relacionados con algún tipo de delito contra la propiedad o delitos de subsistencia y un 28,63% relacionado con drogas, esto es, el 54% de detenidos pertenecen a sectores empobrecidos. Esta es una clara muestra de la política penitenciaria de tinte neoliberal, donde se excluye a los más desfavorecidos.

deplorable de la pandemia por SARS-Cov2, las agencias policiales fortalecidas a la cabeza de las prisiones, los pronunciamientos y planes de reabrir prisiones.⁴⁰

De igual forma, antes de la masacre carcelaria que se ha mencionado, se decretaron varios estados de excepción, cuya finalidad no era más que obtener recursos para manejar lo que han denominado como crisis carcelaria, por parte del Sistema de Rehabilitación Social. Así, en 2019 se decretó el primer estado de excepción en las prisiones de Ecuador; al terminarlo, se registraron 33 muertes. Luego, en el año 2020, de agosto a noviembre, rigió un nuevo estado de excepción, en el que reportaron 11 muertes. Para el segundo mes de 2021 se llegarían a 79 muertes más. La responsabilidad, como ha señalado el Sistema Interamericano de Derechos Humanos,⁴¹ recae en el Estado, que controla la vida, en todos los aspectos, de las personas privadas de libertad.

En este contexto, el panorama de las prisiones es desolador. Según la Defensoría del Pueblo, la población penitenciaria entre 2009 y 2018 se triplicó, pasando de 11 279 personas a 38 541.⁴² Con estos datos, es posible evaluar el expansionismo de la prisión y la poca valoración de las vidas humanas sometidas a instituciones totales y las personas que se encuentran detrás de ellas.

Al respecto, las cifras analizadas por la Defensoría del Pueblo del Ecuador acerca de la población penitenciaria dan cuenta de lo señalado (figura 1).

Este tránsito de limitación contundente de la dignidad ha traído con él la maximización de la crueldad de la prisión. Ante ello, es posible otra mirada, que parte desde los derechos humanos, “se trata de evitar o impedir la catástrofe, lo que no significa otra cosa que progreso, como ensañaba Adorno, reconvirtiendo el viejo imperativo categórico kantiano, de base racional individual moderna para establecer uno nuevo: ‘Obra de tal modo que Auschwitz no se repita’[...]”.⁴³

Los últimos acontecimientos que se generan en medio de la hiperinflación carcelaria ponen en evidencia lo descartable que pueden llegar a ser los grupos humanos que engrosan las filas de la exclusión. Se trata del poder institucionalizado del Estado, que dirige el sistema penal principalmente a los excluidos. “Morir de cárcel, pero también morir de clase, o morir de raza, propio de la tradición de continente resultante del genocidio de un grupo de personas: la población indígena y la población negra”.⁴⁴

40. La prisión llamada La Roca, que es un panóptico, construido para las personas consideradas más violentas, con regímenes de aislamiento prolongados, al estilo de las prisiones más represivas de los Estados Unidos.

41. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras” (1988), párr. 172.

42. Defensoría del Pueblo de Ecuador, “La Defensoría del Pueblo de Ecuador ante la situación de hacinamiento, violencia y muerte en algunos Centros de Rehabilitación Social (CRS) del país”, s. f., <https://bit.ly/36drbQF>.

43. Slokar, “Necropolítica de los cautivos. Crisis y destino de la construcción jurídico-penal”, 60.

44. *Ibid.*

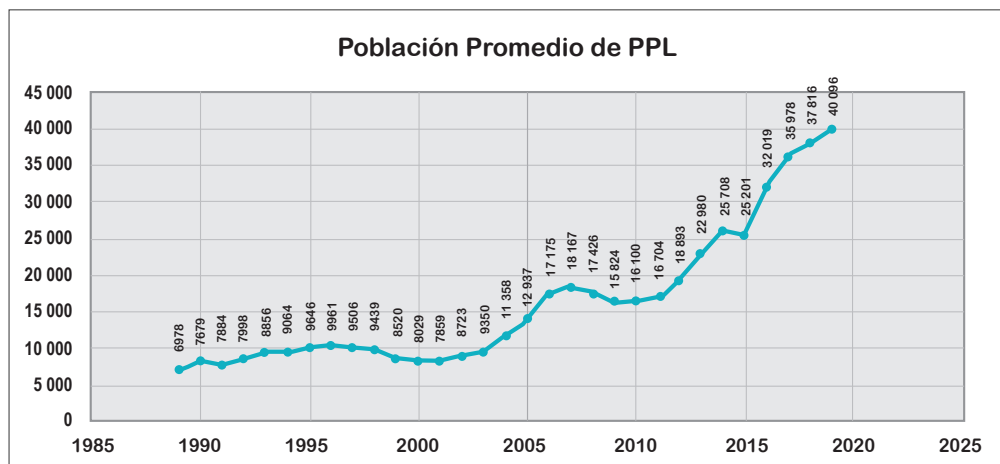


Figura 1. Defensoría del Pueblo del Ecuador: *Promedio anual de personas privadas de libertad* (1989-2019). Quito, 2020.

El morir de cárcel sale de las paredes de las instituciones totales, se expande a las familias de las personas privadas de libertad: “Mi hijo, su cuerpo destrozado; me llegó el video, mi esposo está decapitado”.⁴⁵ El dolor de esta madre no será igual al de otra víctima, porque su hijo y esposo ingresaron en un sistema que elimina excluidos y, por pertenecer a un grupo de privación de la libertad, su vida o muerte no tiene ninguna consideración para el *sistema*. “La persona privada de libertad que, si quiere sobrevivir, tiene que aprender a vivir con las situaciones y el sistema. No tiene control para determinar o cambiar, por sí sola, la situación ni el sistema”.⁴⁶

Estos hechos revelan la selectividad del sistema penal y las consecuencias que esto trae a la vida social. Un sistema discriminatorio, racista y clasista, que expulsa *al otro* del tejido social, eliminándolo de forma definitiva. Aquello es un rezago de la colonialidad y gobiernos neoliberales. En palabras de Zygmunt Bauman: “La principal y, quizás, única finalidad explícita de las prisiones resulta la eliminación de los seres humanos residuales: una eliminación final y definitiva. Una vez desechados, son ya desechados para siempre [...] En resumen: las prisiones, como tantas otras institucio-

45. El Comercio, “‘Mi hijo, su cuerpo destrozado’; ‘me llegó el video, mi esposo está decapitado’; testimonios de familiares de prisioneros”, s. f., <https://bit.ly/3hecOQY>.

46. Corte Constitucional del Ecuador, “Voto concurrente de la sentencia n.º 365-18-JH/21 y acumulados (Integridad personal de personas privadas de libertad)” (2021).

nes sociales, han dejado atrás la fase del reciclaje y han pasado a la de la eliminación de residuos”.⁴⁷

A los excluidos se los deja morir. La agenda mediática, que siempre quiere marcar el pulso político sobre lo que es o no relevante penalmente, calla sobre la responsabilidad del Estado frente a las muertes en las cárceles, pues es conocido que esta *criminología mediática* tiene por función crear estereotipos contruidos a base de prejuicios sociales,⁴⁸ por lo que resulta contradictorio pensar que los propios medios de comunicación denuncien las masacres producidas en las cárceles, por el mismo hecho de que son los encargados de ubicar a esas personas ante la selección criminalizante de las agencias del poder punitivo. El Estado no se preocupa en dar respuestas sobre la violencia que ha generado en el sistema penitenciario, porque aquello está fuera de la conveniencia de los medios. Sin duda, la agresividad institucional revela el poco respeto de los derechos de las personas a quienes se dirige el efecto normativo.

La cárcel desnuda a la sociedad entera y el aporético resocializador queda neutralizado cuando se revela la crueldad que se vive dentro de las prisiones. Los padecimientos son tantos, el detrimento a la dignidad es tan radical que no hay posibilidad de que una persona salga ni más mínimamente rehabilitada. Lo más grave es, que, de esta manera, no se resuelven los conflictos sociales, sino que se los agrava. De igual forma, el castigo está subyugado al poder colonial: verticalizado, racista y discriminatorio. “De cualquier modo, en todos nuestros países la población penal se compone en su casi totalidad por personas de los estratos más pobres de cada sociedad, es decir, seleccionada conforme a estereotipos clasistas, lo que en algunos se combinan con los elementos racistas señalados antes, o sea que se trata de hombres jóvenes, pobres y en algunos países preferentemente negros, mulatos e indios”.⁴⁹ También la racialización punitiva es una viga de la exclusión mediante la prisionización.

El crecimiento exponencial de la prisionización es también el efecto de una regresión en términos de política criminal, sumado a las reformas penales, que eliminan el acceso en un amplio número de delitos a prelibertad, aumento y desproporcionalidad de penas, de manera especial en los delitos de robo y drogas, que son los tipos penales que llenan las prisiones en aproximadamente el 55%.

A propósito de lo que ocurre en las cárceles de Ecuador, la Corte Constitucional ha recogido en sentencia varios testimonios y analiza el alcance del hábeas corpus como

47. Slokar, “Necropolítica de los cautivos. Crisis y destino de la construcción jurídico-penal”, 60.

48. Zaffaroni, *Lineamientos de derecho penal*, 52.

49. Eugenio Raúl Zaffaroni, *Penas Ilícitas. Un desafío a la dogmática pena* (Buenos Aires: Editores del Sur, 2020), 9.

garantía jurisdiccional para la protección de la integridad personal frente a tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes en el ámbito carcelario.⁵⁰

Ha perdido piezas dentales, aplastaron su cabeza contra el piso, recibió descargas eléctricas y toletazos en la pierna derecha, golpes de puño en el rostro y nariz.

[...] Un guía penitenciario me envió a un área interna de la cárcel denominada calabozo [...] me violaron [...] con un palo de escoba [...] tenía desgarros en el área anal y una infección grave [...] desde aquella fecha tengo estas dolencias y malestar, pero por temor a represalias no había contado a nadie.

Todos estos hechos no los he hecho públicos, debido a que me siento avergonzado por todo lo ocurrido, ya que no deseaba que mi madre, mi familia y mis hijos se enteren; además de las múltiples advertencias y amenazas por parte de guías penitenciarios y reos, los cuales me decían que si yo abría la boca me iba a ir peor, por lo tanto por el temor que sentía por el grave riesgo contra mi integridad y vida, decidí callar estos hechos.

[...] Y me dejaron una semana entera, sin comida, encerrado. No son casos aislados. Les pasa a muchos presos. La gente tiene miedo de contar estas cosas. Uno a veces pierde el miedo a que le maten porque después de todo esto se tiene que saber.

[...] Que te pongan un cable en la sien y pierda el conocimiento. Eso me hicieron a mí. Me agredieron sexualmente entre siete personas.⁵¹

Cada línea de dolor transita por recuerdos de un sufrimiento precedente. Seres humanos desbaratados por la pobreza y la exclusión, que cayeron en la espiral de violencia. Es conocido que en las posibilidades de morir en prisión se incrementan 25 veces por sobre las posibilidades de la vida en libertad.⁵² Con simpleza lógica, quienes ponen un pie fuera de las prisiones repetirán los círculos de violencia aprendidos en el encierro. La cuestión criminal se analiza desde los procesos de criminalización y sus resultados; definitivamente, el proceso de prisionización, los valores e intereses que lo condicionan son parte de este estudio.

Para concluir este apartado, Thomas Mathiesen sostiene cinco funciones de la prisión como elementos de apoyo: 1. Purgatoria; 2. Consuntiva de poder; 3. Distractora; 4. Simbólica; 5. Ejecutiva.⁵³ Pese a que esta investigación tiene varios años, la realidad de la prisión, las cifras y los testimonios demuestran que, las funciones de la

50. Véase la sentencia n.º 365-18-JH/21 y acumulados de la Corte Constitucional del Ecuador.

51. Corte Constitucional del Ecuador, Voto concurrente de la sentencia n.º 365-18-JH/21 y acumulados (Integridad personal de personas privadas de libertad), párr. 66.

52. Gabriela Gусis y Nadia Espina, "Cárceles y pandemia en los márgenes regionales", en *Morir de cárcel. Paradigmas jushumanistas desde el virus en nuestro tiempo*, ed. Eugenio Raúl Zaffaroni (Buenos Aires: Ediar, 2020), 11.

53. Thomas Mathiesen, *Juicio a la Prisión* (Buenos Aires: Ediar, 2003), 224-5.

prisión se mantienen, aunque los modelos carcelarios se hayan dinamizado. Esto se debe a que los depósitos de seres humanos son un nicho de los poderes globales, que eliminan a seres humanos excluidos, en medio de propuestas populistas que ofrecen seguridad, aun cuando las cifras demuestran lo contrario.

Estas funciones siguen conservando su esencia, a las que se suman ciertas características propias de los efectos de la globalización, el colonialismo y el dolor desde el Sur. La función purgatoria está presente en la realidad penitenciaria de Ecuador, plagada de seres humanos considerados *parias* —en palabras de Bauman— en medio de una sociedad capitalista; nacidos en los barrios más pobres y marginales, con escasa educación, sin haber pasado jamás por un empleo formal, seguridad social o acceso a salud; quienes mayormente están sentenciados o guardan prisión preventiva por robos o drogas. Esta categoría, en Latinoamérica es alimentada por el machismo, la pobreza, la desigualdad, la corrupción y las clases marginales (indígenas, afrodescendientes).

Las cárceles ecuatorianas conservan la función distractora que es del todo perversa. Filas de seres humanos que sirven para ocultar los macro delitos cometidos por el sistema financiero y secundados por el poder político, que afectan a millares de seres humanos y al medioambiente. Esta función penetra en el tejido social profundizando el odio clasista y racista, a través de los medios de comunicación y las redes sociales. Un espacio incompatible con la democracia, que necesita de manera absoluta de la corrupción.

Al abordar la función simbólica, es el sentimiento vindicativo que florece dentro del espectro social. El encarcelamiento y la mayor dureza posible para *los otros*. Sin embargo, la realidad penitenciaria y el aumento incontrolable del hacinamiento carcelario evidencian que el efecto simbólico es una mera demostración del poder jerarquizado, porque ni mínimamente ha servido para disminuir los índices de delitos que afectan a las propias clases marginales.

Estos hechos conducen a una conclusión ineludible: el discurso criminológico es extremadamente imparcial y se forja con un mundo de hechos políticamente delimitados,⁵⁴ que van de la mano con el alboroto mediático. De allí que se busque un camino que, desde la crítica y los derechos humanos, trace el recorrido de la criminología latinoamericana.

54. Wayne Morrison, *Criminología, civilización y nuevo orden mundial* (Barcelona: Anthropos, 2012), XI.

UNA GRIETA DE LUZ EN LA OSCURIDAD: EL TRATO HUMANO DE LA VULNERABILIDAD

A modo de intento, se exponen las principales ideas sobre un trato humano de la vulnerabilidad desde el enfoque de la criminología crítica latinoamericana como criminología que controla a los controles, concibiendo como su objeto de estudio al control social,⁵⁵ en el que se inserta la institución penitenciaria.

En esa línea, la primera consecuencia de aplicar esta política penitenciaria radica en descender la vulnerabilidad de aquellas personas que son seleccionadas por el poder punitivo, al alcanzar un mayor grado de invulnerabilidad al mismo. El segundo efecto provocaría, en cierta medida, que los mecanismos de control intramuros no logren permear a la sociedad en su conjunto, dado que la persona privada de libertad aprendería a despojarse del rol de delincuente que introyecta con las constantes intervenciones del poder punitivo.

Ahora, se analiza la primera consecuencia del trato humano de la vulnerabilidad. Según Zaffaroni el objetivo del trato al preso consiste en lo siguiente:

Impulsarlo a salir del estereotipo y a modificar su *autopercepción*, convirtiéndolo en una persona resistente a la introyección del rol desviado. No se trata de la *resocialización* de modelo médico, pues la consigna no sería debes ser bueno, sino no debes ser tonto y ponerte al alcance del poder punitivo (has robado, pero no eres ladrón, eres una persona). Si de este modo se reinterpreta la resocialización como elevación del nivel de invulnerabilidad a la selectividad del poder punitivo, los mandatos internacionales se vuelven de posible cumplimiento.⁵⁶

Esta es una alternativa a todos los intentos de tratamiento que han fracasado en la historia del sistema penitenciario. Pero, sobre todo, es la alternativa que mejor se ajusta como respuesta a la selectividad penal. Si una persona se encuentra en la cárcel por su forma de ser, por encuadrarse en el estereotipo o porque el sistema penal opera siempre contra los más vulnerables, es indudable que el trato humano de esa vulnerabilidad, que lo coloca cerca del poder punitivo, deba ser invertida.

Dicho de otra forma, el trato humano de la vulnerabilidad debe ser ofrecido y no impuesto, ya que “cuanto menos restrictivo sea el tratamiento, menor será la reincidencia”.⁵⁷ Una etiología de la vulnerabilidad que implica tomar al poder puniti-

55. Lola Aniyar de Castro, *Criminología de los Derechos Humanos. Criminología axiológica como política criminal* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2010), 58.

56. Zaffaroni, *Lineamientos de derecho penal*, 73.

57. Mathiesen, *Juicio a la Prisión*, 175.

vo en su real operatividad, es decir, como instrumento de exclusión social y, a partir de allí, formular propuestas considerando la dignidad de la persona. De este modo, el trato humano de la vulnerabilidad implica dejar de lado los aspectos deterministas de la criminología positivista de tinte racista, así como la reinterpretación de la resocialización en un sentido más humano y humanizante.

El segundo aspecto del trato humano de la vulnerabilidad se relaciona estrechamente con la comunidad. Es un ejercicio comunitario que interrelaciona barrios, familias y prisiones. La intervención de la comunidad ante la expansión del punitivismo, se realiza de manera adecuada cuando esta se articula *ex ante* y *ex post* del conflicto. Para esto se debe considerar lo que Hulsman ha denominado como *el vientre del pueblo*, que no es más que “el barrio, el comité de padres de alumnos del colegio de educación secundaria, el consejo de una empresa, una asociación de pescadores con caña, la unión local de consumidores, tal club deportivo, etc., en el seno de los cuales hallan muchos conflictos, de hecho, un arreglo definitivo”;⁵⁸ lo cual significa reanimar la participación de la comunidad en los conflictos sociales, encontrando mecanismos de solución que coadyuven a los encuentros cara a cara.

Encontramos un ejemplo ilustrativo de lo antedicho en los *community boards* que se aplican en Holanda, conformados por un “gran número de conciliadores de un tipo muy diferente del conciliador de la fórmula precedente. Estos conciliadores constituyen comisiones *ad hoc*, con elementos variables según sea la gente que venga a solicitar la intervención del community board”.⁵⁹ La idea que fundamenta estos mecanismos es una justicia psicológicamente próxima.

Por tanto, mediante las iniciativas comunitarias se trata de que “la cárcel sea lo menos deteriorante posible tanto para los prisionizados como para el personal; permitir que en cooperación con iniciativas comunitarias se eleve el nivel de invulnerabilidad de la persona frente al poder del sistema penal”.⁶⁰ Es necesaria la escucha, porque esta “invita al otro a hablar, liberándolo para su alteridad”.⁶¹

Finalmente, la idea abarcadora de ambas posiciones respecto del castigo en general, tiene como objetivo desprender del imaginario colectivo la idea de que condenar es sinónimo de dañar.⁶² Encontrar las formas de elevar el nivel de invulnerabilidad, así como los mecanismos idóneos donde intervenga la comunidad, es el paso siguiente.

58. Louk Hulsman y Jacqueline Bernat de Celis, *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana. Hacia una alternativa* (Barcelona: Ariel, 1994), 118.

59. *Ibíd.*, 123.

60. Zaffaroni, “La Filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo”, 51.

61. Byung-Chul Han, *La expulsión de lo distinto* (Barcelona: Herder, 2017), 114.

62. Christie Nils, *Una sensata cantidad de delito* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004), 126.

te para la investigación que se esboza aquí. Es decir, mayor indagación empírica en cuestiones no solo de prevención sino también de la cultura punitiva. Reanimar a las comunidades en la resolución de conflictos es un buen comienzo para empezar a desmontar la máquina punitiva que solo trae dolor, sufrimiento y exclusión.

CONCLUSIONES

La cárcel en Ecuador mantiene dos funciones latentes. La primera función consiste en abandonar el discurso de las ideologías “re” como repersonalizar, resocializar, rehabilitar, reeducar, etc., emprendiendo un proyecto de exclusión neoliberal basado en la concepción de sujetos descartables. La segunda función consiste en que la cárcel exporta sus mecanismos de control punitivos hacia la sociedad, los cuales recaen sobre los más desfavorecidos, perpetuando la exclusión social.

El expansionismo punitivista mantiene un orden de exclusión sobre los más desfavorecidos, en el que el 54% de personas privadas de libertad pertenecen a sectores desfavorecidos y que, en última instancia, mueren de cárcel y de clase. Las cifras de muertes provocadas durante amotinamientos dan cuenta de esta realidad.

La crítica efectuada durante la investigación evidencia los resultados perniciosos del sistema carcelario del Ecuador y las consecuencias del castigo, tanto en las personas privadas de libertad como las que acompañan sus vidas, por lo general su familia; lo que es propiciado por la demagogia vindicativa.

Otro punto que destacar es que el trato humano de la vulnerabilidad requiere de proximidad psicológica entre prisionizados y sus familias, así como de la intervención de la comunidad en la resolución de conflictos. El objetivo de esta propuesta es elevar el nivel de invulnerabilidad de los sujetos seleccionados por el poder punitivo.

Este trabajo informa, detalla y devela algunas de las consecuencias de la expansión del punitivismo en nuestras sociedades altamente inequitativas y añade una posible respuesta, la del trato humano de la vulnerabilidad, como punto de apoyo para enriquecer la teoría criminológica contemporánea.

BIBLIOGRAFÍA

Alagia, Alejandro. *Hacer Sufrir*. Buenos Aires: Ediar, 2013.

Alagia, Alejandro, y Rodrigo Codino. *La descolonización de la criminología en América*. Buenos Aires: Ediar, 2019.

Anitua, Gabriel. *Historias de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005.

- Aniyar de Castro, Lola. *Criminología de los Derechos Humanos. Criminología Axiológica como Política Criminal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2010.
- Bauman, Zygmunt. *Modernidad y holocausto*. Madrid: Sequitur, 1999.
- BBC News. “Amotinamientos en Ecuador: al menos 79 muertos en una ola de violencia en varias cárceles del país”, 2021. <https://bbc.in/3A8jOaL>.
- Bolio, Juan Pablo. “El método cualitativo etnográfico y su aplicación para los estudios jurídicos”, s. f. <https://bit.ly/3vY7GWF>.
- Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos. “79 fallecidos en amotinamientos simultáneos en cárceles”, s. f. <https://bit.ly/3joFTLM>.
- Corte Constitucional del Ecuador. Voto concurrente de la sentencia n.º 365-18-JH/21y acumulados (Integridad personal de personas privadas de libertad) (2021).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (1988).
- Defensoría del Pueblo de Ecuador. “La Defensoría del Pueblo de Ecuador ante la situación de hacinamiento, violencia y muerte en algunos Centros de Rehabilitación Social (CRS) del país”, s. f. <https://bit.ly/36drbQF>.
- . “Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes”, s. f. <https://bit.ly/3zzwcQA>.
- El Comercio. “‘Mi hijo, su cuerpo destrozado’; ‘me llegó el video, mi esposo está decapitado’; testimonios de familiares de prisioneros”, s. f. <https://bit.ly/3hecOQY>.
- Foucault, Michel. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Ciudad de México: Siglo XXI, 2008.
- Garland, David. *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*. Ciudad de México: Siglo XXI, 1999.
- Gusis, Gabriela, y Nadia Espina. “Cárceles y pandemia en los márgenes regionales”. En *Morir de cárcel. Paradigmas jushumanistas desde el virus en nuestro tiempo*, editado por Eugenio Raúl Zaffaroni. Buenos Aires: Ediar, 2020.
- Han, Byung-Chul. *La expulsión de lo distinto*. Barcelona: Herder, 2017.
- Horkheimer, Max, y Theodor Adorno. *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos*. Madrid: Trotta, 1994.
- Hulsman, Louk, y Jacqueline Bernat de Celis. *Sistema penal y seguridad ciudadana. Hacia una alternativa*. Barcelona: Ariel, 1994.
- Jiménez, Viviana. “El estudio de caso y su implementación en la investigación”, s. f. <https://bit.ly/3hjCaNc>.
- Krauth, Stefan. “Sobre algunos problemas estructurales del sistema carcelario y la política criminal en Ecuador”, 2021. <https://bit.ly/3t0WLeW>.
- Larrauri, Elena. *La herencia de la criminología crítica*. Madrid: Siglo XXI, 2012.
- Mathiesen, Thomas. *Juicio a la prisión*. Buenos Aires: Ediar, 2003.
- Morrison, Wayne. *Criminología, civilización y nuevo orden mundial*. Barcelona: Anthropos, 2012.

- Nils, Christie. *Una sensata cantidad de delito*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.
- Pavarini, Massimo. *Cárcel y Fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario*. Ciudad de México: Siglo XXI, 2017.
- . *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Ciudad de México: Siglo XXI, 2010.
- Pitch, Thamar. “¿Qué es el control social?”. *Delito y sociedad*, s. f.
- Plan V. “Nuevas cifras revelan la fuerte crisis carcelaria en Ecuador”, 2020. <https://bit.ly/3qvMKVC>.
- Slokar, Alejandro. “Necropolítica de los cautivos. Crisis y destino de la construcción jurídico-penal”. En *Morir de cárcel. Paradigmas jushumanistas desde el virus en nuestro tiempo*, editado por Zaffaroni Eugenio Raúl. Buenos Aires: Ediar, 2020.
- Telesur TV. *Autoridades de Ecuador informan sobre motines en tres penitenciarias*, 2021. <https://bit.ly/2Ub886q>.
- Wacquant, Loïc. *Forjando el estado neoliberal. Workfare, prisonfare e inseguridad social*. Prohistoria 16, 2011.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. “Cronos y la aporía de la pena institucional (acerca de la interdisciplinariedad constructiva del derecho penal con el derecho de ejecución penal”, 1998. <https://bit.ly/2UZDvBC>.
- . “La Filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo”, s. f. <https://bit.ly/3vXR1SY>.
- . *Lineamientos de derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2020.
- . *Penas Ilícitas. Un desafío a la dogmática pena*. Buenos Aires: Editores del Sur, 2020.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia, y Alejandro Slokar. *Manual de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 2008.

Colaboradores

Adrián Alejandro Alvaracín Jarrín: ecuatoriano. Abogado especialista en Derecho Penal. Magíster en Derecho Penal por la UASB-Ecuador. Docente universitario.

Lilian Márcia Balmant Emerique: brasileña. Profesora asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Río de Janeiro. Posdoctorado en Derecho Constitucional por la Universitat de València. Posdoctorado en Ciencias Jurídico-Políticas por la Universidad de Lisboa. Doctorado y máster en Derecho y máster en Ciencia Política y Relaciones Internacionales. Coordinadora del Laboratorio INPODDE-RALES (Innovación, Investigación y Observación en Derecho, Democracia y Representaciones de América Latina y Eje Sur).

José Charry Dávalos: ecuatoriano. Abogado experto en la estructuración y defensa de litigios en materia penal. Docente en la Universidad San Gregorio de Portoviejo (USGP). Máster en Derecho Penal y Ciencias Penales por la Universitat de Barcelona (UB) y la Universitat Pompeu Fabra (UPF). Máster en Estudios Jurídicos Avanzados por la UB. Especialista en Derecho Procesal Penal por la UASB y Doctorando en Derecho y Ciencias Políticas por la UB.

Marcella da Fonte Carvalho: brasileña. Abogada. Perita académica de la CIDH por Ecuador. Docente titular en Derecho Penal de la Universidad de las Américas (UDLA). Posgraduada en Derecho administrativo por la Universidad Federal de Pernambuco (UFPE). Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad del Museo Social argentino (UMSA), Buenos Aires Argentina.

María Fernanda Echeverría Andrade: ecuatoriana. Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Especialista y Magíster en Derecho Penal por la UASB-Ecuador.

Eduardo Elías Gutiérrez López: mexicano. Maestro en Ciencias Jurídicas por la Universidad Autónoma de Baja California. Doctor en Estudios de Migración por El Colegio de la Frontera Norte. Profesor-Investigador de la Facultad de Derecho Tijuana de la Universidad Autónoma de Baja California en México.

María del Carmen Leticia Miranda Galindo: mexicana. Licenciada en Relaciones Internacionales por la Universidad Autónoma de Durango

campus Mazatlán. Maestra en Relaciones Internacionales por la Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Xochimilco.

Viviane Monteiro: brasileña. Abogada (UFBA, Brasil). Magíster en Derechos Humanos (UASB, Ecuador). Docente invitada de Criminología, Victimología, Política Criminal, Derechos Humanos, Género y Violencias en los posgrados del IAEN y Universidad Central del Ecuador.

Gracy Pelacani: italiana, brasileña. Abogada. Doctora en Estudios Jurídicos Comparados y Europeos de la Università degli Studi di Trento (Italia). Profesora asistente e investigadora posdoctoral de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Bogotá. Directora del Semillero de Investigación en Derecho y Migración en Colombia. Co-fundadora y profesora de la Clínica Jurídica para Migrantes. Miembro del Centro de Estudios en Migración (CEM) en la misma universidad.

Camilo Emanuel Pinos Jaén: ecuatoriano. Abogado de los Tribunales de la República. Mediador por la Universidad Católica de Cuenca, Ecuador. Diplomado en Formación de Investigadores por la Universidad Autónoma de Nueva León, México. Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad de Especialidades Espíritu Santo, Ecuador. Maestría de Investigación en Derecho en la Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador. Profesor de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional en la Universidad Católica de Cuenca sede Azogues.

Hugo José Regalado Jacobo: mexicano. Maestro en Ciencias Jurídicas por la Universidad Autónoma de Baja California. Doctor en Estudios de Migración por El Colegio de la Frontera Norte. Profesor-Investigador de la Facultad de Derecho Tijuana de la Universidad Autónoma de Baja California en México.

Milton Enrique Rocha Pullopaxi: ecuatoriano. Docente titular de Derecho Constitucional de la Universidad Indoamérica. Magíster en Derecho por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Abogado y licenciado en ciencias de la educación por la Universidad Central del Ecuador. Docente universitario en la Universidad Metropolitana y docente invitado en posgrado de la Universidad Católica de Cuenca.

Carolina Jacqueline Rodríguez Mendoza: ecuatoriana. Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República por la Universidad Central del Ecuador. Máster en Trabajo, relaciones laborales y recursos humanos por la Universitat de Girona. Docente en Derecho Laboral en la Universidad Técnica Particular de Loja. Abogada en libre ejercicio profesional.

Julieta Magaly Soledispa Toro: ecuatoriana. Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Doctora en Ciencias Internacionales. Licenciada en Ciencias de la Información. Abogada en libre ejercicio profesional.

Evelyn Zurita: ecuatoriana. Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador por la Universidad Central del Ecuador.

Normas para colaboradores

1. La revista *FORO* del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, publica únicamente trabajos inéditos que ayuden desde una óptica interdisciplinaria a investigar y profundizar las transformaciones del orden jurídico en sus diversas dimensiones y contribuir al proceso de enseñanza de posgrado de derecho en la subregión andina.
2. Los autores, al presentar su artículo a la revista *FORO*, declaran que son titulares de su autoría y derecho de publicación, último que ceden a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.
3. *FORO* edita resultados de artículos académicos y jurisprudencia.
4. El artículo debe ser remitido a través de la plataforma OJS de la revista: <https://bit.ly/2t4CDxT>.
5. Los criterios para la presentación de los artículos son los siguientes:
 - Deberán ser escritos en programa de procesador de texto Microsoft Office, Word 7.0 (o inferiores), con tipo de letra Times New Roman, tamaño núm. 12, en una sola cara, interlineado simple. Las páginas estarán numeradas, el texto justificado.
 - Extensión máxima: entre 6000 a 8000 palabras, considerando el cuerpo del artículo como las citas al pie y la lista de referencias.
 - El título del trabajo deberá ser conciso pero informativo, en castellano en primera línea y en inglés. Se aceptan como máximo dos líneas (máximo 80 caracteres con espacios).
 - Todo artículo debe ir acompañado del nombre del autor en la parte superior derecha, debajo del título.
 - Nombre y apellidos completos de cada uno de los autores por orden de prelación. En caso de más de tres autores es prescriptivo justificar sustantivamente la aportación original del equipo, dado que se tendrá muy presente en la estimación del manuscrito. Junto a los nombres, se debe registrar la filiación institucional, correo electrónico de cada autor y número ORCID. Es obligatorio indicar si se posee el grado académico de doctor (incluir Dr./Dra. delante del nombre).
 - Resumen en español de 210/220 palabras, describe de forma concisa el motivo y el objetivo de la investigación, la metodología empleada, los resultados más

destacados y principales conclusiones, con la siguiente estructura: justificación del tema, objetivos, metodología del estudio, resultados y conclusiones. Debe estar escrito de manera impersonal: “El presente trabajo se analiza...”.

- Abstract en inglés de 180/200 palabras. Para su elaboración, al igual que para el título y los keywords, no se admite el empleo de traductores automáticos. Los revisores analizan también este factor al valorar el trabajo y nuestros revisores analizan el nivel lingüístico y estilo si es necesario.
 - Palabras clave en español / keywords en inglés: 6 máximo. Se recomienda el uso del Thesaurus de la UNESCO. Solo en casos excepcionales se aceptan términos nuevos. Los términos deben estar en español/inglés científico estandarizado.
 - Tablas, gráficos, cuadros, ilustraciones, etc., deben formar parte del texto del artículo e indicarán claramente el título, número, fuente de procedencia y deberán contener los respaldos en versión original con la descripción de los programas utilizados. Además, los autores certificarán expresamente que cuentan con las habilitaciones correspondientes para el uso de las imágenes, gráficos, tablas, cuadros, ilustraciones, etc., obtenidas de otras publicaciones.
7. Estilo, citas y referencias: *FORO* se acoge al *Manual de estilo Chicago Deusto* 16, y dentro de este, al Subsistema de Notas y Bibliografía (SNB).

Proceso editorial

- *FORO* acusa recepción de los trabajos enviados por los autores e informa sobre el proceso de estimación/desestimación y de aceptación/rechazo, así como, en caso de aceptación, del proceso de edición.
- En el período máximo de 30 días, después del cierre de la convocatoria, cada autor recibirá notificación de recepción, indicando si se desestima o si se estima preliminarmente el trabajo para su evaluación por los pares científicos. En caso de que el manuscrito presente deficiencias formales o no se incluya en el enfoque temático de la publicación, el Consejo Editor desestimaré el trabajo sin opción de vuelta. No se mantendrá correspondencia posterior con autores de artículos desestimados. Por el contrario, si presenta carencias formales superficiales, se devolverá al autor para su corrección antes del inicio del proceso de evaluación.
- Los manuscritos serán evaluados de forma anónima por dos expertos en la temática bajo la metodología de pares ciegos (*double blind peer review*). El protocolo utilizado por los revisores de la revista es público. El proceso de revisión de doble ciego toma un máximo de 100 días.

- Todos los autores recibirán los informes de evaluación de forma anónima, para que puedan realizar (en su caso) las mejoras o réplicas oportunas. Los trabajos que sean evaluados positivamente y que requieran modificaciones (tanto menores como mayores), se devolverán en un plazo de 7 días como máximo. En caso de discrepancias en los resultados, el artículo es enviado a un tercer experto anónimo, cuya evaluación define la publicación del artículo.
- Los autores de artículos aceptados, antes de la edición final, recibirán las pruebas de imprenta para su corrección orto-tipográfica por correo electrónico en formato PDF. Únicamente se pueden realizar mínimas correcciones sobre el contenido del manuscrito original ya evaluado, con un máximo de 3 días para hacerlo.



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador

RECTOR

César Montaña Galarza

DIRECTORA DEL ÁREA DE DERECHO

Claudia Storini

Toledo N22-80 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 322 8031, 322 8436 • Fax: (593 2) 322 8426

Correo electrónico: <revista.foro@uasb.edu.ec>

<www.uasb.edu.ec>



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

Roca E9-59 y Tamayo • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 255 4358, 255 4658, 256 6340 • Fax: ext. 12

Correo electrónico: <cen@cenlibrosecuador.org>

<www.cenlibrosecuador.org>

SUSCRIPCIÓN ANUAL
(dos números)

Dirigirse a:

CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL

Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 255 4358, 255 4558 • Fax: ext. 12

<ventas@cenlibrosecuador.org> • <www.cenlibrosecuador.org>

Precio: US \$ 33,60

	Flete	Precio suscripción
Ecuador	US \$ 6,04	US \$ 39,64
América	US \$ 59,40	US \$ 93,00
Europa	US \$ 61,60	US \$ 95,20
Resto del mundo	US \$ 64,00	US \$ 97,60

CANJES

Se acepta canje con otras publicaciones periódicas.

Dirigirse a:

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR

Centro de Información

Toledo N22-80 • Quito, Ecuador

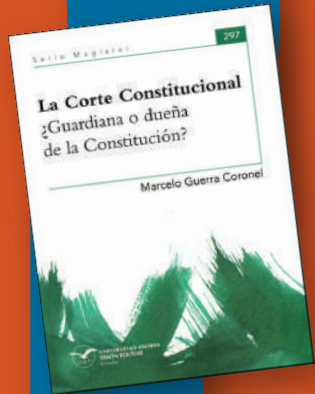
Teléfono: (593 2) 322 8094 • Fax: (593 2) 322 8426

Correo electrónico: <biblioteca@uasb.edu.ec>



Jorge Luis González T., *La contratación pública como sistema*. Vol. 10. Derecho y Sociedad. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación de Estudios y Publicaciones, 2021.

Esta obra estudia el Sistema Nacional de Contratación Pública como una articulación de componentes que funcionan de forma armónica. Habla sobre sus orígenes, causas, consecuencias, partes, fases y finalidades. Analiza sus problemas históricos y hace referencia a los antecedentes normativos internacionales que se tomaron en cuenta para realizar la gran reforma normativa, institucional y sistémica de 2008, que marcó un antes y un después en la contratación pública ecuatoriana. Estudia sus articulaciones sistémicas: planificación, presupuestos, control, administración y ejecución. Aborda la rectoría del sistema desde la crítica basada en la experiencia y los resultados, y enriquecida por una mirada comparada; y extrae conclusiones sobre las bondades, carencias del sistema y los méritos de sus herramientas, para cumplir con los principios y objetivos de la contratación pública.



Marcelo Guerra C., *La Corte Constitucional: ¿Guardiana o dueña de la Constitución?* Vol. 297. Serie Magíster. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2020.

Desde sus inicios, el constitucionalismo norteamericano y europeo ha tenido distintas significaciones. Los primeros conservaron un significado democrático desde la revolución, mientras que los segundos no pudieron mantener el concepto resultante de la Revolución francesa y lograron recuperarlo en la segunda posguerra. Este se ha trasladado a Ecuador con un presupuesto democrático fortalecido y un implícito activismo de la Corte Constitucional, pues ha modulado preceptos legales que adolecían de inconstitucionalidad, para efectivizar los derechos y dar coherencia al ordenamiento jurídico, sin que implique una intromisión arbitraria al Legislativo; pero, en ciertos casos, ha reformado la Constitución, generando las llamadas mutaciones constitucionales y convirtiéndose en constituyente permanente. Esta es la temática de estudio que aborda la presente investigación.



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador
30 años



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

