

Cábalmo

REVISTA DE ESTUDIOS JURÍDICOS

Número 5 / Julio 2016



FACULTAD DE
DERECHO

DERECHO Y MIGRACIONES

- Los migrantes forzados y la guerra
- Sobreviviendo en el Hades:
protección internacional
- Entre las buenas intenciones y la realidad:
refugiados en el CAN
- El juego de la migra ¿un juego de wambras no más?
- El proceso migratorio y sus alternativas desde la óptica
de Hardt y Negri

cálamo

udla.

CRÉDITOS

RECTOR

Carlos Larreátegui

VICERRECTOR ACADÉMICO

Gonzalo Mendieta

DECANA

Alexandra Vela

DIRECTORA ACADÉMICA

Lorena Naranjo

DIRECTORA CÁLAMO

Pamela Jijón

COORDINADORA EDITORIAL

Liliam Fiallo

COMITÉ EDITORIAL NACIONAL

- Juan Carlos Prado, PhD. Universidad de Roma Tor Vergata
- Richard Ortiz, PhD. Universidad Heidelberg
- Pamela Jijón, PhD. Université Paris 8
- Wladimir Sierra, PhD. Universidad de Berlín
- Santiago Zarria, Mg. FLACSO-Ecuador
- Emilio Cerezo, Mg. Pontificia Universidad Católica del Ecuador
- Liliam Fiallo, Msc. FLACSO-Ecuador

COMITÉ ASESOR INTERNACIONAL

- Timothy Tambassi, PhD. Università del Piemonte Orientale "Amedeo Avogrado", Italia
- Juan Antón, PhD. Universitat de Barcelona, España
- Ignacio Cremades, PhD. Universidad Complutense de Madrid
- Blanca Rodríguez, PhD. Universidad de Sevilla
- Roberto Bueno, PhD. Universidade Federal de Uberlândia, Brasil
- Gorki Yuri Gonzales, PhD. Universidad Católica del Perú
- Mónica González Contró, PhD. Universidad Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México
- Teodoro Yan Guzmán, PhD. Universidad de la Habana, Cuba
- Julio Antonio Fernández, PhD. Centro de Estudios de la Administración Pública, Habana-Cuba

- Patricia Reyes, PhD. Universidad de Valparaíso, Chile
- Nayibe Chacón Gómez, PhD. Universidad Central de Venezuela
- Martín Aldao, PhD. Universidad de Buenos Aires, Argentina
- Raúl Gustavo Ferreyra, PhD. Universidad de Buenos Aires, Argentina
- Ricardo Rabinovich-Berkman, PhD. Universidad de Buenos Aires, Argentina

CORRECCIÓN DE ESTILO

Emilio Cerezo

Abraham Zaldívar

TRADUCCIÓN ESPAÑOL-INGLÉS

Diego Corral

TRADUCCIÓN ESPAÑOL-PORTUGUÉS

Marcella da Fonte Carvalho

DISEÑO GRÁFICO E IMPRESIÓN

V&M Gráficas

Telfs.: 3201 171

PERIODICIDAD

Semestral

DEPÓSITO LEGAL

Para contribuciones o canje dirigirse a: Universidad de Las Américas. Facultad de Derecho. Sede Norte, instalaciones José Queri. Bloque 6. Quito, Ecuador.

Teléfono +593 (2) 3981000

Envío de artículos, información y suscripción:

calamo@udla.edu.ec

DERECHOS RESERVADOS

El contenido de los artículos es de exclusiva responsabilidad de los autores. Los textos pueden reproducirse total o parcialmente citando la fuente.

ISSN

1390-8863

Cálamo 5: Los artículos que conforman el número 5 de Cálamo han sido evaluados bajo la modalidad de revisión por pares previos a su publicación.

Cálamo, Revista de Estudios Jurídicos de la Universidad de las Américas, presenta al lector su quinto número, dedicado al estudio de las migraciones, empeño en el cual se articulan miradas desde la Ciencia Jurídica, la Ciencia Política, la Filosofía y la Sociología Jurídica.

En esta ocasión, la revista presenta en la sección del *Dossier*, los aportes de tres profesores de nuestra facultad. El primero de ellos, Emanuele Profumi, aborda desde una perspectiva filosófico-política la problemática de los desplazados internos en Colombia, sosteniendo la tesis de que este es un caso que obliga a cambiar de noción, y a considerar la guerra como la categoría principal gracias a la cual tratar este tema. Alonso Fonseca analiza los diversos enfoques sobre la emergencia humanitaria provocada en Medio Oriente, principalmente por la guerra en Siria, y sus repercusiones regionales y globales de post-frontera. Alejandra Cárdenas, por su parte, analiza el rol de la Comunidad Andina como espacio de promoción y protección de derechos de las personas refugiadas, discutiendo el contexto jurídico y político regional de la migración de personas que de manera forzosa cruzan las fronteras, principalmente colombo-ecuatorianas, en busca de seguridad y bienestar.

De igual modo forman parte del tema central de *Cálamo* 5 el ensayo de Carlos Leonardo Minchala, quien trabaja desde la Sociología el modo en que se manifiesta por medio del *juego de la migra*, practicado por niños de Cañar, la construcción del *habitus* y la representación de los imaginarios sociales sobre la migración irregular en esta provincia. Por último, Paula Verdugo Ferretti, a partir de los argumentos de Michael Hardt y Antonio Negri en su obra *Imperio*, analiza las alternativas frente a un sistema migratorio ineficiente, para lo cual problematiza la relación entre el Estado-nación y la hegemonía del capital global. La entrevista, realizada por Jorge Daniel Vásquez, está en diálogo abierto con los artículos de la sección central,

pues en ésta Carmen Gómez Martín, coordinadora de la Especialización en Migración, Desarrollo y Derechos Humanos en FLACSO-Ecuador, comenta el conflicto Sirio sobre el entendido de que este debe ser puesto en un horizonte de comprensión global.

La sección de *Ensayos* cuenta con las reflexiones de Juan Pablo González Jansana, quien expone la necesidad de incluir el principio de igualdad y no discriminación a la hora de examinar la regulación de la libertad de expresión en materia de pluralismo informativo. Asimismo Marcelo Guerra valora el mecanismo en Ecuador para realizar el control de convencionalidad y su relación con el control de constitucionalidad. Por último, Ángel Torres Maldonado, docente de nuestra facultad, estudia las enmiendas constitucionales aplicables a los gobiernos autónomos descentralizados, aprobadas en el año 2015 por la Asamblea Nacional del Ecuador, haciendo una reflexión sobre las posibles consecuencias jurídicas y políticas que se derivan de las modificaciones constitucionales introducidas a su régimen. En el Comentario de Obra, Ingrid Campoverde expone un estudio teórico-comparativo sobre la categoría “dominación” en Max Weber y Pierre Bourdieu. Finalmente, la reseña, de autoría de Eduardo Martínez, presenta una lectura crítica del texto *Del caribe a la mitad del mundo. Migración cubana en Ecuador*, de Ahmed Correa Álvarez.

Con la propuesta de esta nueva entrega, *Cálamo* sigue insertándose en los debates más actuales y pertinentes para las Ciencias Sociales, y, en especial, en el campo disciplinario del Derecho, otorgando a académicos e intelectuales del escenario nacional e internacional un espacio válido de reflexión y diálogo.

Alexandra Vela Puga
Decana de la Facultad de Derecho
Universidad de las Américas

Dossier

- **LOS MIGRANTES FORZADOS Y LA GUERRA, CUESTIONES PRELIMINARES
DESDE LA FILOSOFÍA POLÍTICA** 8
Emanuele Profumi
- **SOBREVIVIENDO EN EL HADES: PROTECCIÓN INTERNACIONAL,
IUS MIGRANDI Y GEOMETRÍA DEL PODER** 18
Alonso Fonseca
- **ENTRE LAS BUENAS INTENCIONES Y LA REALIDAD: REFUGIADOS
EN LA CAN** 29
Alejandra Cárdenas
- **EL JUEGO DE LA MIGRA ¿UN JUEGO DE WAMBRAS NO MÁS?** 41
Carlos Leonardo Minchala
- **EL PROCESO MIGRATORIO Y SUS ALTERNATIVAS DESDE LA ÓPTICA
DE HARDT Y NEGRI** 51
Paula Verdugo Ferretti

Ensayos

- **PLURALISMO INFORMATIVO: EL PUNTO DE EQUILIBRIO
ENTRE LIBERTAD E IGUALDAD** 64
Juan Pablo González Jansana
- **EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. UNA MIRADA A PARTIR
DE LOS ESTÁNDARES DE LA CORTE IDH Y SUS PROBLEMAS
DE APLICACIÓN EN ECUADOR** 72
Marcelo Alejandro Guerra Coronel
- **ENMIENDAS CONSTITUCIONALES CON INCIDENCIA EN LOS GOBIERNOS
AUTÓNOMOS DESCENTRALIZADOS DE ECUADOR** 91
Ángel Torres Maldonado

Entrevista

- **“VIVIMOS UNA CRISIS DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL”
ENTREVISTA A CARMEN GÓMEZ MARTÍN** 106
Jorge Daniel Vásquez

Resumen comentado de obra

- **ANÁLISIS DE LA DOMINACIÓN, MAX WEBER VS PIERRE BOURDIEU** 116
Ingrid Lisseth Campoverde Sanmartin

Reseña

- **DEL CARIBE A LA MITAD DEL MUNDO
MIGRACIÓN CUBANA EN ECUADOR**..... 124
Eduardo Martínez Estrella

DOSSIER

ndb.

LOS MIGRANTES FORZADOS Y LA GUERRA, CUESTIONES PRELIMINARES DESDE LA FILOSOFÍA POLÍTICA

FORCED MIGRANTS AND WAR, PRELIMINARY ISSUES FROM THE POLITICAL PHILOSOPHY

OS IMIGRANTES FORÇADOS E A GUERRA, QUESTÕES PRELIMINARES DESDE A FILOSOFIA POLÍTICA

*Emanuele Profumi**

Enviado: 05/03/2016

Aceptado: 24/05/2016

Resumen:

El problema de las actuales teorías sobre la migración forzada es que, en general, está considerada bajo la misma perspectiva de protección que se aplica a los refugiados, o sea la del derecho humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos. El caso de los desplazados internos nos obliga a cambiar de perspectiva y a considerar la guerra como la categoría principal gracias a la cual tratar el problema. Desde una perspectiva filosófica política, entonces, la cuestión de los migrantes internos nos impone considerar la relación entre guerra y política como central para resolver tal problemática. La creación de lo que consideramos “común” y la distinción entre “lo político” y “la política” son herramientas conceptuales indispensables para avanzar en la reflexión sobre el tema.

Palabras clave: Guerra; Migración forzada; Política; Colombia; Filosofía política; Derecho.

Summary:

The current theories on forced migration contain within them the problem that they are considered under the same perspective as international protection, this means under humanitarian law and human rights law. Internal displacement forces us to change this perspective and see war as the leading cause of the problem. From a political and philosophical standpoint the case of internal migrants imposes the need to consider the relationship between war

and politics as a form to resolve said problem. The creation of what we consider the “norm” and the distinction between “politics” and what is “political” are conceptual tools necessary to advance in the study of this topic.

Key words: War; Forced migration; Politics; Colombia; Political philosophy; Law.

Resumo:

O problema das atuais teorias sobre a imigração forçada é o problema das atuais teorias sobre a imigração forçada que, em geral, está considerada desde a mesma perspectiva da proteção que se aplica aos refugiados, ou seja, a do direito humanitário e do direito internacional dos direitos humanos. O caso dos refugiados internos nos obriga a mudar de perspectiva e a considerar a guerra como a categoria principal devido ao tratamento do problema. Desde uma perspectiva filosófica política, então, a questão dos refugiados internos nos impõe em considerar a relação entre guerra e política como ponto central para resolver esta problemática. A criação do que consideramos “comum” e a distinção entre “o político” e “a política” são ferramentas conceituais indispensáveis para avançar na reflexão sobre o tema.

Palavras chaves: Guerra; Imigração forçada; Política; Colômbia; Filosofia política; Direito.

* Profesor de Filosofía del Derecho y Lógica en el departamento de Derecho de la UDLA. Obtiene su doctorado en Filosofía Política en la Universidad “La Sapienza” de Roma, y dos post-doctorados: en la Universidad de Barcelona, España, y en el EHESS, Francia. Entre sus publicaciones se destaca el libro “Sulla creazione politica” (Sobre la creación política), Editori Riuniti Internazionali, Roma 2013.

LOS MIGRANTES FORZADOS COMO PROBLEMA POLÍTICO

Según el Consejo Noruego para Refugiados (IDMC-NRC), a finales de 2014 el número general de migrantes forzados en el mundo era de 38 millones.¹ Una parte relevante de estos son desplazados internos.² Una cifra enorme que necesita de una reflexión adecuada, capaz de individualizar algunas pistas conceptuales y prácticas para resolver este drama humano.

A diferencia de los refugiados, los desplazados internos no cruzan fronteras internacionales en busca de seguridad y protección, sino que permanecen dentro de su propio país. Su situación es el resultado de dos causas principales: devastaciones naturales (tsunamis, terremotos, etc.) y conflictos armados. Actualmente, la ayuda internacional del ACNUR dirigida a los desplazados internos logra asistir a alrededor de 26 millones de ellos en 24 países, y existe un activo debate internacional sobre cómo ayudar a este grupo de manera más efectiva.³ Pero, mientras los desplazados generados por catástrofes naturales deben ser considerados bajo la perspectiva humanitaria (aunque, a veces, los llamados “desastres naturales” tienen dimensiones sociales y políticas), no se puede decir lo mismo del segundo tipo de migrantes forzados, cuyo estatus es el resultado de un profundo problema político: la guerra y la violencia como principio para resolver el conflicto social.

Esta es la razón por la cual no podemos asumir la perspectiva de Amnesty International o de la Cruz Roja para tratar el problema a un nivel práctico que no se orienta a limitar el daño sino a eliminarlo, de manera que se individualiza la raíz del problema. Por este motivo no es suficiente referirse a una “falta humanitaria”

o a una simple “violación de derechos humanos”, sino que es central comprender cómo la violencia social se ha enraizado en una estrategia militar que devasta toda una población.⁴ El problema de las actuales reflexiones teóricas sobre el argumento es que, en general, la migración forzada está considerada bajo la misma perspectiva de protección que se aplica a los refugiados, o sea, la del Derecho Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El caso de los desplazados internos, en cambio, nos obliga a cambiar de perspectiva.

En Colombia, por ejemplo, donde la situación de los desplazados es un fenómeno social a gran escala, tanto el estado de guerra como la perspectiva humanitaria bajo la cual se mira el problema de los desplazados, hacen que, a pesar de que el Estado tenga muchas prioridades con la realización y la implementación del actual proceso de paz con las FARC y el ELN (Profumi 2016), las soluciones duraderas para la reintegración de los desplazados internos no se consideran una prioridad. Cuando, por ejemplo, alguien intenta proponer unas de estas soluciones, como hace Martin Gottwald (representante del Alto Comisionado de la ONU para los refugiados, ACNUR), ellas entran en el marco humanitario: reintegración local, retornos voluntarios, reubicación.⁵

En todo caso, el desplazamiento interno en Colombia cuenta con una amplia legislación que es reconocida como la más sofisticada del mundo en esta materia,⁶ con organizaciones y personas dedicadas a la atención de la población desplazada (Soledad Suescún y Jiménez

1 Disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2015/10060.pdf?view=1>.

2 Diferentes autores consideran que la migración forzada corresponde al fenómeno de los desplazados internos, y toman estos dos términos como sinónimos. La migración puede ser voluntaria, temporal, interna e internacional. La mayoría de las veces, el fenómeno de la migración forzada interna corresponde al fenómeno del desplazamiento interno. En este ensayo se considera que los desplazados internos constituyen la parte más importante de la migración forzada interna, aunque el desplazamiento interno se da sobre todo por causas que están relacionadas con las guerras o los conflictos armados, mientras que la migración forzada, en general, puede tener también otras causas: disturbios y tensiones sociales, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario u otras circunstancias que alteran el orden público (como la penuria económica, la falta de trabajo, etc.). Sobre el tema, ver: Herrera Carassou, Roberto. 2006. *La perspectiva teórica en el estudio de las migraciones*. México: Siglo XXI Editores.

3 Herrera 2006. Véase también, por ejemplo: ACNUR 2011. *La protección internacional de refugiados en las Américas*. Quito: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) -Mantis Comunicación; Posada, Paola Andrea. 2009. *Refugiados y desplazados forzados. Categorías de la migración forzada creadas como medidas de contención a las migraciones no deseadas*. Medellín: Estudios políticos; Cohen, R./Deng, F. M. 1998. *Masses in Flight: The Global Crisis of Internal Displacement*. Washington D.C: Brookings Institution Press.

4 Los países que han sufrido una guerra de ocupación representan el ejemplo más evidente de este ‘malentendido’, como en el caso de Afganistán. En este país el trabajo humanitario es necesario, pero la raíz del problema es de orden geopolítico.

5 Disponible en <http://www.semana.com/nacion/articulo/desplazamiento-retos-tras-la-firma-del-acuerdo-de-paz-segun-la-acnur/468690>.

6 A este propósito véanse los siguientes documentos: Ley 387 de 1997 (<http://www.disaster-info.net/desplazados/legislacion/Ley387de1997.pdf>); Registro Único de Víctimas (<http://rni.unidadvictimas.gov.co/RUV>); Castles, Stephen. 2003. *La política internacional de la migración forzada*. En Migración y desarrollo n. 1. México: RIMD. <http://rimd.reduaz.mx/revista/rev1/StephenCastles.pdf>; Villa M. y P. Riaño (Eds.). 2008. *Poniendo tierra de por medio. Migración forzada de colombianos en Colombia, Ecuador y Canadá*. Medellín: Corporación Región–The University of British Columbia.

2008; 2011), y, gracias al actual proceso de paz, se hace más evidente la importancia de considerar a la guerra como causa principal del problema social y político.

Aquí se afirma, en particular, la tesis de que, para resolver el problema de la migración forzada en Colombia, es necesario entender cómo solucionar la guerra como expresión de la específica realidad política del país. No es el caso que la violencia ha tenido un impacto particularmente grave en generar el desplazamiento forzado de grupos tales como pueblos indígenas y afrodescendientes, periodistas y defensores de derechos humanos. Ninguna perspectiva que haga referencia exclusivamente al mundo de los derechos (humanos, constitucionales, etc.) aporta realmente una contribución a nivel práctico y conceptual, porque la clave profunda para resolver el drama de la migración forzada es política.

El caso de los muchos refugiados colombianos en Ecuador (Schussler 2009) nos recuerda que, además, varias veces también la realidad de las migraciones internacionales es el resultado de un conflicto armado y no el resultado de la simple búsqueda de una vida mejor.

En este sentido, la filosofía política y su método crítico, puede ayudar a comprender cómo la esfera de “lo

político” se relaciona con la guerra y, en segundo lugar, en qué medida esta se relaciona con un problema de cambio social, típicamente político. Por esta razón, el principal reto de este artículo es sostener que la guerra, principal raíz de los desplazados internos de Colombia, no es simplemente el resultado de una decisión política, sino, más bien, el producto de una específica formación de la esfera de “lo político”; y, a la vez, que esta esfera asume el principio de violencia que se halla a la base de la guerra, cuando el imaginario social instituye una nueva dimensión del poder colectivo.

La pregunta que hay que plantear a la hora de resolver este problema es la siguiente: ¿el poder político y su imaginario tienen una relación constitutiva con la guerra?

En otras palabras, para entender el drama de la guerra en Colombia y cómo tratar el problema específico de los desplazados internos es importante asumir ante todo: 1) la distinción entre “lo político” y “la política” desarrollada en filosofía política en el siglo pasado;⁷ 2) el modo en que la esfera de “lo político” ha estructurado el poder colectivo en la historia de este Estado; 3) el papel central que juega el imaginario político a la hora de producir un cambio total dentro de una sociedad.

COLOMBIA Y LA GUERRA A ‘LA POLÍTICA’

En la historia de Colombia tenemos una prueba clara del modo en el que la esfera de “lo político”, o sea, del poder colectivo y de la creación de la ley común, y la de la “creación política”, es decir, del movimiento de politización de la sociedad que pide una democracia real, se oponen claramente y entran en conflicto una con la otra. En este país, de hecho, el nacimiento del “movimiento instituyente” (Castoriadis 1975) que opone el sistema político a la base de la guerra es la expresión de la tentativa de crear “la política”, o sea, de

formar un nuevo poder colectivo que tenga su base en un poder democrático popular. El Estado, su estructura de poder político, judicial y militar, conserva, al contrario, el papel de defensor de la organización de “lo político”.

El rasgo que distingue y opone ambas esferas del poder colectivo es su relación con la violencia y la guerra. La esfera de “lo político” se desarrolla gracias al principio de la exclusión de la alternativa de poder, y la guerra

7 Paul Ricoeur introdujo la distinción jurídico-política de Carl Schmitt entre “lo político” y “la política” en Francia. Luego fueron Cornelius Castoriadis y Claude Lefort quienes la utilizaron de forma original dentro de una perspectiva política. Castoriadis considera “lo político” como la esfera donde se producen las leyes y las normas sociales explícitas, mientras que “la política” es una creación social que democratiza esta esfera y permite que todo el mundo participe en la creación de la ley explícita. En este ensayo me refiero a esta distinción filosófica. Recientemente Jaques Rancière y Chantal-Mouffe han reelaborado la categoría de lo político; el primero refiriéndose directamente a la herencia francesa, mientras que la segunda tomando directamente a Carl Schmitt. Lastimosamente, estas propuestas conceptuales carecen de fuerza: el primero reduce la política a la gestión cotidiana y ordenada de la esfera del poder político (“lo político”), y no aclara realmente cuál es la fuerza constructiva del desacuerdo democrático hacia esta “gestión policial” (la reduce, de hecho, al simple desacuerdo hacia el orden establecido), mientras que la segunda utiliza como válida la oposición que para Schmitt caracteriza la esfera de “lo político”, la distinción entre “amigo” y “enemigo”, y la asume como positiva, mientras que, en realidad, corresponde a uno de los problemas que llevan esta esfera a producir un sistema de guerra. Sobre la imposibilidad de utilizar la categoría de Rancière véase mi crítica: Profumi, Emanuele. 2013. *Spettri della rivoluzione*. Badiou, Rancière e Žižek sulla creazione politica. Roma: Consecutio Temporum n. 4 (Dal postmoderno all’ipermoderno).

se convierte en la manera en la cual se desarrolla el conflicto político.

Todas estas condiciones se producen en Colombia desde la formación de la República del siglo XIX y, con más claridad, a partir de mediados del siglo pasado. A continuación, sintetizo las etapas históricas más importantes que demuestran la exclusión que genera la oposición entre “lo político” y “la política” en Colombia:

1. *La Violencia* (1945-1965): El contexto de la guerra civil no declarada que se desarrolla después del asesinato de Jorge Eliécer Gaitán, en 1948, conocido bajo el nombre de *La Violencia*, parece generar y multiplicar formas diversas de exclusión política y social. La guerra aparece como una modalidad particular de un “régimen de violencia”, y se propaga en todas las dimensiones de la vida comunitaria y civil; para, por fin, volverse un verdadero “régimen de terror” (Fals Borda, Guzmán y Umaña 2005; Pécaut 1987).
2. *Una nueva guerra civil* (1960-1975): Los problemas del período de *La Violencia* vienen heredados en el siguiente régimen político-económico-social, conocido como el momento del *Frente Nacional*. La guerra toma la forma de una “guerra de guerrillas”, antes que todo, comunista. Las armas parecen ser los únicos “medios políticos” para hacer propuestas legislativas y realizar cambios profundos en las relaciones sociales a la base del poder colectivo (Mackenzie 2005; Gandilhon 2011). Los guerrilleros no luchan solo para cambiar la economía agrícola basada en el latifundio y en la acumulación de tierras por una minoría de grandes propietarios (Gilhodes 1974), sino también para superar la frustración política de una democracia que, aunque es reconocida públicamente por todo el mundo, de hecho, no se realiza ni a nivel parlamentario, ni en cuanto a la aceptación y a la organización del conflicto social.
3. *La guerra generalizada y la separación entre la guerra y la política* (1975-1990): La violencia generalizada se hace más intensa, y cambia de naturaleza con la aparición de los fenómenos de los grupos paramilitares y del narcotráfico a finales de 1970; las formas de violencia son cada vez más variadas y cualquier aspecto político de la lucha armada

desaparece, generando así una verdadera “guerra sucia”, que golpea sobre todo a los actores sociales que quieren llevar el conflicto armado en el ámbito del conflicto político (Echandía Castilla 2006).

4. *El terror y los intentos para eliminar el principio de la violencia en la esfera de “lo político”* (1990-2016): A partir de 1990 se da un doble proceso antitético; en primer lugar, la guerra generalizada es un estado de terror en todos los niveles de la sociedad, mientras que, en segundo lugar y por el contrario, se desarrolla un proceso de politización de la sociedad que produce una tendencia política que reclama el fin del conflicto armado a través de una reorganización de la esfera política (antes que todo con una nueva Constitución), que excluye de forma explícita el “principio de la violencia” para la organización de la sociedad (Profumi 2016; Sánchez 1998).

Lo que distingue a esta historia, en su conjunto, es el hecho de que los intentos de transformación social dirigidos a cambiar la forma de “lo político” fueron bloqueados por la guerra y por la violencia social, una situación que caracteriza el surgimiento de una específica esfera política (y de una “identidad social”).

El último periodo histórico (1990-2016) en el cual se genera otra forma de hacer política que reclama –y reivindica– un “principio de no violencia” para la organización de la sociedad, es el que hay que analizar con más cuidado.

En la década de 1980, la sociedad civil busca participar directamente en varios procesos de paz organizados por diferentes gobiernos, hasta obtener el resultado positivo que se afirma a finales de 1990 con la creación de la nueva Constitución. Es en este momento en el que se crea la “Asamblea Permanente de la sociedad civil”, constituida por más de 800 organizaciones civiles. Las grandes manifestaciones por la paz son la respuesta popular al agravamiento del conflicto entre las guerrillas y los ejércitos paramilitares. En esta época surge también el “movimiento de mujeres” y el “movimiento de las víctimas”, que se convierten, cada vez más, en los actores más importantes de la sociedad civil que se opone al estado de guerra. Estos movimientos son completamente no violentos, y requieren un cambio en la totalidad de las mayores estructuras institucionales y político-militares colombianas. A nivel local,

la resistencia activa de las comunidades campesinas, incluidas las afrocolombianas, se multiplican y contrastan, a la vez, las acciones de los diferentes sujetos políticos que apoyan la guerra y los abusos de los actores armados. Muchas personas rechazan el servicio militar o ejercen la desobediencia fiscal por convicciones pacifistas, y se forman las “Comunidades de paz”.

La Comunidad de Paz es un sujeto colectivo comprometido en un “proceso de paz desde abajo”, que pone en marcha una original iniciativa política de tipo no violento que convierte un área local de gobierno tal como un pueblo, en un espacio de autogobierno abierto al diálogo con otras autoridades locales, nacionales e internacionales (Profumi 2016). El respeto mutuo, la reconciliación, el compromiso cívico y la solidaridad son características comunes a esta organización, al igual que otras “comunidades políticas” presentes en Colombia, como las “comunidades campesinas”. Su acción se basa en un método que hace que sea problemática cualquier expresión de violencia, que la violencia pueda ser eliminada como herramienta de organización colectiva, y tiene como objetivo principal la construcción de nuevas formas de sociabilidad para que la política sea el centro de la vida comunitaria. Las “Comunidades de paz”, en su totalidad, son una fuerza casi totalmente ajena al sistema institucional oficial, porque lo desafían y proclaman la necesidad de superar la crisis social que el sistema no logra resolver (Hernández Delgado 2012). Al igual que ellas, también las “comunidades de los pueblos indígenas”, como las de los Wayúu, crean formas alternativas de economía para ejercer una autonomía activa que les permite escapar de las reglas del mercado y de las de los actores armados. La máxima expresión de la resistencia de los pueblos indígenas se lleva a cabo en la región del Cauca, donde, desde la segunda mitad de la década de 1970, se forma el *Cric* (Consejo Regional Indígena del Cauca), una organización política que no actúa solo en defensa de la cultura del pueblo nasa, sino más bien para negar la conexión entre la guerra y la política que caracteriza al gobierno central. La autonomía de las “comunidades nasa” se basa en formas de auto-organización, que incluyen una forma original de democracia directa.

Todas estas formas de “resistencia desarmadas” son instituciones paralelas que desafían la estructura política del Estado a través de la práctica y de la aplicación de una democracia política y social reales. Todas ellas

afirman el rechazo de la violencia en cuanto “principio de orden” para el imaginario social y para las instituciones del poder colectivo.

En resumen, en este contexto de guerra endémica y prolongada, donde se generan los desplazados internos, el papel del Estado no es la destrucción completa de las oportunidades y de las presuposiciones del cambio colectivo, tal como en el caso de los regímenes totalitarios, sino un bloqueo del cambio político. A fin de evitar el riesgo del desarrollo de “la política”, la esfera de “lo político” se organiza para rechazar cualquier tipo de cambio del poder colectivo.

En el caso colombiano parece que este tipo de relación entre “la política” y “lo político” es la demostración de que la creación política, o sea, el movimiento social que realiza “la política”, aparece como la forma de “lo político” que niega el principio de violencia, entendido como principio alrededor del cual se crea el orden colectivo, y, por lo tanto, se opone a la guerra no solo como una condición ideal, sino, sobre todo, como la institución central que organiza la sociedad.

La violencia y la esfera de “lo político”

Todo este panorama parece una confirmación de la tesis del filósofo francés Etienne Balibar sobre la relación entre la esfera política y la violencia: para él la violencia es el criterio que permite distinguir los diferentes conceptos de política, ya que traza una frontera entre las varias esferas políticas (Balibar 2010, 9-16). Si consideramos la situación colombiana, la tesis principal de Balibar sobre la relación entre la violencia y la política parece aceptable.

Pero, en su análisis hay también un componente problemático que necesita de una mayor reflexión para llegar a explicar con claridad una relación de este tipo. El filósofo francés cree que la esfera política se basa en un rasgo que la destruye, es decir, que ella se genera en la confrontación con “su imposible”, representado por la violencia (eso aparece en el caso de Colombia y de muchos otros contextos socio-históricos contemporáneos, como, por ejemplo, en la actual Turquía de Erdogan⁸). En referencia a Espinoza, Balibar sostiene que, antropológicamente hablando, se debe tener en cuenta la presencia de un “residuo de violencia imposible de erradicar”, que él llama “violencia extrema”, y que, en el caso de la esfera política tomaría la forma de

un “sistema de crueldad”. La “contra-violencia revolucionaria” de Lenin, la no violencia de Gandhi, como también la tesis hegeliana adoptada por Marx sobre la conversión de la violencia en la civilización y en la racionalidad histórica, serían incapaces de comprender y superar el problema de la “violencia residual y externa” a la política, pero a la vez siempre intrínseca a ella. La única forma válida de emancipación política de la violencia, por lo tanto, es esa configuración que Balibar llama “Civilización”, o también, la “anti-violencia”, a saber, la lucha perpetua de la política contra ese exceso de violencia que la constituye. La “anti-violencia” sería el intento de negar que el residuo de violencia pueda afectar a la formación de las formas jurídicas e institucionales (Balibar 2010, 17-38).

En otras palabras, la política debe impedir constantemente la inclusión de la crueldad en el circuito de la ley (un fenómeno que, podríamos añadir con Balibar, se dio en el caso de la Alemania nazi, y que, ahora, ocurre con la dominación de la lógica neoliberal⁹).

El problema que tiene este argumento es el vacío que deja abierto a la hora de especificar el papel y la importancia que la violencia asume en relación con “lo político”. No está claro, de hecho, si Balibar cree que la extrema violencia, o la crueldad, es constitutiva de “la política” y, más en general, si ella atraviesa siempre la esfera de “lo político”: lo que resulta más problemático para nosotros es que no aclara, en particular, si la extrema e inevitable violencia juega un papel principal en “la política”, o si constituye una excepción en esta práctica. La situación socio-histórica de Colombia muestra, por ejemplo, que esta relación constitutiva y perjudicial existe sólo cuando no estamos en presencia de la “creación política”.

Por último, si analizamos también la que Balibar hace de la tradición teórico-práctica de la no violencia, considerada como una perspectiva absoluta que incluye una visión ontológica de la violencia, no podemos estar de acuerdo con él. Gandhi, Mandela y otros miembros importantes de esta posición religiosa y política, de hecho, no hablan de la eliminación completa de la violencia. Ellos abren la posibilidad de elegir, en un contexto de conflicto, entre los actos de violencia y las acciones no violentas; es decir, piensan que, en la di-

mensión colectiva es posible eliminar la violencia que se produce en situaciones conflictuales (Gandhi 1986; Mandela 1994).

La falta de comprensión de Balibar es aún más profunda si se tiene en cuenta la posición del representante más destacado del enfoque no violento contemporáneo, Johan Galtung. Convencido de la inutilidad y de la ineficacia de las prácticas violentas para resolver conflictos humanos, Galtung considera la paz como una reducción de la violencia, y no su supuesta eliminación ontológica (Galtung 2003 y 2004). En el caso que nos ocupa, el de la relación entre la violencia y la política, Galtung hace referencia a una “violencia estructural” en la sociedad y a un interminable proceso de transformación creativa de los conflictos violentos a través de un preciso método no violento, el método “Transcend” (Galtung 2008). En otras palabras, el filósofo noruego considera que es posible y factible, en todos los niveles de la existencia, desarrollar una práctica que pueda crear una nueva realidad colectiva, aceptable y sostenible por todas las partes implicadas en el conflicto. Su método consiste en crear una nueva forma para fortalecer los lazos sociales a través de la autonomía y de la confianza en sí, y gracias también al desarrollo de una temporalidad considerada como problemática (para Galtung se tiene que considerar la articulación entre el pasado, el presente, y el futuro si queremos realizar una acción de transformación). En última instancia, para él, esta práctica conduce a la formación de una organización horizontal de las relaciones humanas (Galtung 2008, 183-230).

Aunque no es de origen hegeliano, la eliminación de la violencia propuesta por Galtung muestra cómo la tesis sobre la transformación de la violencia social en las formas de convivencia sigue siendo relevante, y debe ser comparada con la idea de “anti-violencia” defendida por Balibar.

Desde nuestra perspectiva, Galtung propone actualmente un método político para resolver los conflictos violentos, basado en la capacidad creativa de los seres humanos. Es muy frecuente que el resultado consciente de un proceso social que quiere solucionar conflictos entre intereses, valores o imaginarios, es la creación de una esfera de relaciones y de normas basadas en la ho-

8 Profumi, Emanuele. 2015 (6 Giugno). *Come arriva al voto la Turchia di Gezi Park*. Roma: Left.

9 Dejours, Christophe. 1998. *Souffrance en France: de la banalisation de l'injustice sociale*. Paris: Ed. du Seuil.

rizontalidad. La práctica política que crea lo que podemos llamar “lo común”, sirve, a la vez, para resolver los

conflictos violentos y para permitir una praxis política real.

LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE “LO COMÚN” COMO PROYECTO POLÍTICO

Para analizar la relación entre “la política” y la violencia, entonces, una primera reflexión tendría que explicar cómo se realiza la construcción de “lo común” dentro de una sociedad, y, a nivel filosófico, de “lo común” como tal.

En el último decenio, el debate sobre “lo común” ha generado varios análisis que lo han afirmado a partir de su relación interna con las características principales de la creación política, como, por ejemplo, con la autonomía humana.

Este es el caso de los trabajos de Negri y Hardt (*Commonwealth*) y de Dardot y Laval (*Commun. Essai sur la révolution au XXI siècle*), que son particularmente importantes no tanto porque quieren renovar una perspectiva anticapitalista y comunista en el siglo XXI, sino, sobre todo, porque se refieren a la realidad política de los movimientos sociales espontáneos que reclaman “lo común” hoy en día en diferentes partes del mundo (especialmente en Europa y América del Sur), en relación a la herencia histórica de estos movimientos y a la práctica de la autonomía política que los caracterizan.

La importancia que tienen estos trabajos está en la referencia que hacen a los movimientos históricos de tipo político, porque ayuda a comprender que la construcción de lo que se considera común es la expresión de un proyecto político, y no simplemente algo natural que hay que reconocer en el mundo.

Ambas parejas intelectuales, en cambio, desarrollan, cada uno por su cuenta, una discutible categoría ontológica y política específica sobre “lo común”, que quiere combinar las realidades antropológicas de la creación humana (institución e imaginario), que podríamos llamar, gracias Castoriadis, “lo común espontáneo”, con un “común consciente”, producto del poder de transformación política (Castoriadis 1975). Sin embargo, esta posición no es aceptable, porque el resultado es la confusión de estas dos formas de “lo común”. Como enseña Castoriadis, de hecho, las realidades del “ima-

ginario” y de la “institución” ya son creaciones comunes, porque son el producto de una compleja acción colectiva, como pasa en cada creación socio-histórica. Por lo tanto, hay que distinguir entre la creación socio-histórica de “lo común” que se produce cuando se afirma un particular tipo de costumbre social, que es de tipo antropológico, y una creación común que se produce a través de un proyecto político, como, por ejemplo, en el caso colombiano, el del movimiento de las comunidades alternativas. En otras palabras, el intento de creación política es una afirmación consciente de la dimensión antropológica de “lo común” y no se puede confundir con esta última realidad (Profumi 2013).

Tanto Hardt y Negri, como Dardot y Laval, han ignorado o malinterpretado importantes ideas de Castoriadis y, por este motivo, han construido una ontología política en la que una de estas dos realidades creadoras de “lo común” se presenta como el centro ontológico que reduce o elimina a la otra.

En el caso de Hardt y Negri sucede así porque ellos realizan un híbrido entre una perspectiva marxista y la filosofía de Spinoza, en base a una lectura particular de Foucault y Wittgenstein: ellos entienden “lo común” como el producto de lo que podría llamarse una especie de “vitalismo del evento revolucionario”. Al contrario de lo que les reprochan Dardot y Laval, la idea de “lo común” de Negri y Hardt no expresa un supuesto “naturalismo de lo común” (Dardot y Laval 2014, 189-227), sino más bien un “vitalismo del evento del Amor”, que permite la aparición de la política como producto de una “ontología de lo común”. O sea, para estos autores, “lo común”, de hecho, no sólo es la riqueza común del mundo material, sino todas las realidades necesarias para la vida social y colectiva, como el lenguaje, los afectos y la expresión humana (Hart y Negri 2010, 184-192).

A raíz de un cierto marxismo, ellos consideran el poder político enteramente inmanente a las estructuras económicas y legales. La producción económica se

convierte en el lugar de la aparición de la potencia biopolítica del poder que constituye el acontecimiento revolucionario. Al hacer referencia a Spinoza, vuelven a la idea de una libertad antropológica que formaría la base de la subjetividad que crea “lo común”, y que, hoy en día como ayer, resiste a la mortificación humana difundida por el poder autoritario y el sistema capitalista (Hart y Negri 2010, 311-319). De acuerdo con ellos, por lo tanto, la libertad es anterior a la opresión de la dominación.

Si seguimos este razonamiento hasta sus extremas consecuencias, ellos afirman la idea de una “ontología constitutiva”, a través de la cual se puede explicar la existencia de una “multitud” forjada por el poder ontológico del Amor, que sería el único capaz de liberar la igualdad y la libertad política que están a la base de la producción de “lo común”. Gracias a la herencia marxista, ellos entienden esta forma de liberación como “lucha de clases”; y, en particular, como “éxodo”, el proceso de salida de las limitaciones que nos impone el actual sistema capitalista. Este éxodo se daría gracias al crecimiento de la producción biopolítica, a su desarrollo, y prepararía así la futura disolución de este mismo sistema (Hart y Negri 2010, 296-310).

En fin, la falta de distinción entre el nivel ontológico y el nivel político de la creación de “lo común” lleva a Negri y a Hardt a afirmar, como Sartre hizo antes que ellos, que estamos “condenados a la libertad”. Pero esta idea es refutada por la realidad de la barbarie que vivimos en muchas sociedades actuales y por la opresión de la misma desigualdad y falta de libertad producida por la “globalización neoliberal”. Este error de percepción histórico-político y la hibridación intelectual entre marxismo y espinosismo les permite afirmar también que vivimos en una fase histórica casi revolucionaria, generada por el mismo sistema capitalista (Negri y Hart 2010, 359-381). Pero ¿cómo podemos aceptar esta afirmación dada la actual dominación de la lógica y de la organización del poder neoliberal (Supiot 2015)?

Si Hardt y Negri reducen lo “común político” a una dimensión “ontológica de lo común”, Dardot y Laval, por el contrario, construyen un “común” que es exclusivamente el resultado de una “ontología política” y produ-

cen, así, un error igual y contrario a los primeros dos intelectuales.

Para evitar que se perciba la realidad de “lo común” bajo una perspectiva naturalista o esencialista, y gracias a una lectura histórica que hace referencia al trabajo teórico de Foucault, los dos investigadores franceses toman la noción aristotélica de Política y la transforman en un principio que sería la base de las luchas democráticas a lo largo de los tiempos modernos (Dardot y Laval 2014, 21-51; 281). Para ellos, “lo común” es “la actividad de poner en común” típica de la praxis política,¹⁰ o sea, el principio de organización política de lo que consideramos común (Dardot y Laval 2014; 23-24; 405-458).

Este principio es también la base de la marxiana “regla de uso” económica, y expresa, como tal, “lo no-apropiable”, que apoya toda actividad que fundamenta la comunidad humana (Dardot y Laval 2014; 233-283). Por esa razón, ellos hacen referencia a este tipo de regla para demostrar la necesidad de un nuevo principio jurídico que se enraíce en “lo no-apropiable”, realidad humana que se encuentra en la base del derecho consuetudinario: ellos quieren fundar un “derecho de lo común” que se refiere a “lo no-apropiable”, considerado como un principio capaz de instituir toda la organización de la sociedad, o sea, la institución humana como tal (que, como Castoriadis, consideran como nuestra dimensión antropológica fundamental) (Dardot y Laval 2014, 285-324).

Aunque ellos toman en cuenta todos los aspectos importantes de la creación socio-histórica (como, por ejemplo, el hecho de que esta es una actividad colectiva), creen que “lo común” es principalmente el resultado de la actividad política, y, así, no pueden comprender realmente la creación socio-histórica y distinguir las diferentes formas de creación de la esfera de “lo político” que, en realidad, son también expresión de “lo común”. La creación de la esfera política es una formación específica de “lo común”, y, aunque el análisis sobre “lo común” típico de la política es central, se tiene que relacionar con otras organizaciones de “lo común” de tipo político y de tipo no político. Caso contrario, se podría afirmar que “lo común” es producto exclusivo de “la política”, tesis imposible de demostrar.

¹⁰ Esta praxis humana corresponde a la práctica de autonomía que hemos llamado con Castoriadis “creación política”, porque se basa en la creación del autogobierno político y de la democratización de la esfera de “lo político”.

No podemos, entonces, seguir a estos intelectuales si queremos analizar más en profundidad la relación entre la política y la violencia, porque, en última instancia, ellos operan una remoción de la creación común: si no distinguimos entre la práctica política de

lo común y la dimensión antropológica en la cual se apoya pero a la que no se reduce, va a ser imposible individualizar el proceso en el cual la violencia se vuelve el principio organizador de “lo político”, que, para nosotros, es el ámbito donde se genera la guerra.

PARA OBTENER RESPUESTAS

Estos intelectuales no pueden ver, además, que “lo común”, en la esfera de “lo político” se genera a partir de un conflicto que abarca la visión de la sociedad y del poder colectivo, cuando la apuesta es la de generar “la política”. El nuevo tejido social del imaginario y de la institución es producto de la apuesta que lleva a cabo la práctica política, que, como tal, se desarrolla como un conflicto sobre la creación de “lo común”. En esta lucha se cuestiona la institución de lo que es común,¹¹ o sea, el proyecto dentro del cual hay que considerar otra vez a las instituciones que compartimos a nivel de poder colectivo, y, más en general, aquellas que definen la sociedad. En otras palabras, tanto “lo político” como la “política” crean “lo común” por un conflicto social que, ante todo, se da sobre el “imaginario instituyente”.¹² Por este motivo, no podemos entender esta creación si la relacionamos con la idea habermasiana de “esfera pública” (Habermas 1982). Mejor sería referirse al análisis de Hannah Arendt, que distancia la política de la violencia y considera la primera como la esfera de la pluralidad y de la capacidad que tiene cada uno de originar cierta novedad como algo común (Arendt 2005). Solo que la distinción de Arendt, quizás influenciada demasiado por Aristóteles y Kant, parece rechazar el antagonismo que se produce a la hora de crear algo común. Como hemos visto, cada nueva práctica política puede ser, a la vez, una fuente del conflicto colectivo sobre los actos constitutivos de la nueva sociedad y una solución de la lucha violenta que se desarrolla sobre lo que no queremos o que no sabemos compartir (como nos enseña el método *Transcend*). Por esta razón es precisamente en esta lucha política donde se tendría que buscar si el principio de violencia se vuelve central para la esfera de “lo político” y para “la política”, y, de ser el caso, cómo lo hace; y explicar

cómo se enraíza, luego, en el ordenamiento jurídico. En general, para tener unas respuestas “teóricas” sobre el modo en que la violencia se articula con la esfera política, y genera así un Estado de guerra, hay que tratar la posible oposición entre la esfera de “lo político” y la esfera de “la política”, y, además, focalizar cómo nace y se desarrolla el conflicto entre distintos proyectos de sociedad cuando un imaginario instituyente logra orientar la práctica instituyente sobre algo que se considera “lo común”.

En el caso de la migración forzada en Colombia, tal como en otros países que comparten condiciones de guerra a “la política”, donde se produce constantemente violencia social y drama humanitario, sería necesario proponer un plan nacional para la defensa de las prácticas de autogobierno y de las formas de democracia social, que son la condición básica para el empoderamiento popular y para el desarrollo de un conflicto no-violento, gracias a las cuales se espera que sea posible no solo salir de la condición de guerra, sino, sobre todo, evitar caer otra vez en un conflicto armado.

Como tiene que resultar claro ahora, la solución al problema de los desplazados internos no pasa por tratar ese drama social como una “emergencia humanitaria” o como un problema de estabilización socio-económica (Sánchez Mojica 2007, 454). Por este motivo, si queremos traducir en términos de “derechos” las herramientas políticas necesarias para solucionar de raíz la realidad de la guerra que genera la migración forzada, no se tendría que hablar simplemente de “derechos a la salud”, “derecho a la educación”, “derecho a la vivienda”, de “derecho a la subsistencia”¹³ o, más en general, de “derecho a la vida”; sino, más bien, cómo integrar

11 Un ejemplo de este tipo de conflicto se da en la sociedad globalizada en relación con el ecosistema: hay un conflicto que se da a nivel mundial para solucionar el problema del calentamiento global, entre gobiernos que representan intereses privados y asociaciones ecologistas que hablan en nombre de la sociedad y del ecosistema natural.

12 El “imaginario instituyente” es un concepto utilizado por Castoriadis, y se refiere al imaginario que cambia la visión que tenemos de la sociedad y produce efectos materiales de reorganización de las instituciones sociales y políticas.

13 Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada, *Informe del Consejo Nacional a la Corte Constitucional*, 16 de septiembre de 2004, Acta del CNAPD del 13 septiembre de 2004.

el “derecho al poder político o derecho a la política” dentro de la idea de “derecho a la paz” que se ha desarrollado en las últimas décadas.¹⁴ Pero un “derecho al poder democrático” parece ser un sinsentido, porque depende, ante todo, de la voluntad y de la capacidad de autogobierno de los individuos y de las herramientas colectivas para cambiar radicalmente la organización de los Estados en guerra, como Colombia.

En otras palabras, esa situación deseable dependería de la capacidad colectiva de crear otra sociedad, un logro que no se puede garantizar con un derecho, sino que es la fuente de cualquier derecho (democrático).

Parece más creíble establecer condiciones políticas concretas en cada situación particular.

En el caso de los desplazados internos de Colombia, por ejemplo, se podría pretender que el actual proceso de paz sirva para enraizar el principio del autogobierno y del conflicto político no-violento en la estructura del Estado, aunque pueda parecer paradójica. Lo que quiere decir, sobre todo, no solo desmovilizar los paramilitares y las guerrillas, sino reducir progresivamente y completamente el ejército nacional.

En fin, el problema de los migrantes forzados apunta a un problema más profundo, cuya solución puede encontrarse solo si se contesta en futuro a esta pregunta, y de qué manera se lo vaya a hacer: ¿“la política” es una práctica instituyente capaz de desarrollar, en forma no-violenta, el conflicto que se genera alrededor de “lo común”?

¹⁴ Disponible en <http://www.unesco.org/cpp/sp/declaraciones/HRtoPeace.htm>

BIBLIOGRAFÍA

- ACNUR. 2011. *La protección internacional de refugiados en las Américas*. Quito: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) – Mantis Comunicación.
- Arendt, Hannah. 2005a. *La condición humana*. Barcelona: Paidós Ibérica.
- Arendt, Hannah. 2005b. *Sobre la violencia*. Madrid: Alianza Editorial.
- Balibar, Étienne. 2010. *Violence et civilité*. Paris: Galilée.
- Castles, Stephen. 2003. La política internacional de la migración forzada. *Migración y desarrollo*, 1. México: RIMD. Disponible en <http://rimd.reduaz.mx/revista-/rev1/StephenCastles.pdf>
- Castoriadis, Cornelius. 1975. *L'institution imaginaire de la société*. Paris: Ed. du Seuil.
- Cohen, Roberta y Francis Deng. 1998. *Masses in Flight: The Global Crisis of Internal Displacement*. Washington D.C.: Brookings Institution Press.
- Dardot, Pierre y Christian Laval. 2014. *Commun. Essai sur la Révolution au XXI siècle*. Paris: La Découverte.
- Echandía Castilla, Camilo. 2006. *Dos décadas de escalamiento del conflicto armado en Colombia (1986-2006)*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Fals Borda, Orlando, Germán Guzmán y Eduardo Umaña. 2005. *La violencia en Colombia*. Bogotá: Taurus.
- Galtung, Johan. 2008. *Affrontare il conflitto. Trascendere e trasformare*. Pisa: Pisa University Press.
- Galtung, Johan. 2004. *Human rights in another key*. Cambridge: Polity Press.
- Galtung, Johan. 2003. *Paz por medios pacíficos. Paz y conflicto, desarrollo y civilización*. Bilbao: Gernika Gogoratz.
- Gandhi, Mohandas Karamchand. 1986. *The moral and political writings of Mahatma Gandhi. N.1 Civilization, politics and religion*. Oxford: Clarendon Press.
- Gandilhon, Michel. 2011. *La guerre des paysans en Colombie: de l'autodéfense agraire à la guérilla des FARC*. Paris: Les Nuits rouges.
- Gilhodes, Pierre. 1974. *La question agraire en Colombie: 1958-1971, politique et violence*. Paris: A. Colin.
- Habermas, Jürgen. 1982. *Historia y crítica de la opinión pública*, Barcelona: Gustavo Gili.
- Hardt, Michael y Antonio Negri. 2010. *Comune. Oltre il privato e il pubblico*. Milano: Rizzoli.
- Herrera Carassou, Roberto. 2006. *La perspectiva teórica en el estudio de las migraciones*. México: Siglo XXI editores.
- Hernández Delgado, Esperanza. 2012. *Intervenir antes que anochezca*. Bogotá: Universidad Autónoma de Bucaramanga.
- Mackenzie, Eduardo. 2005. *Les FARC ou L'échec d'un communisme de combat: Colombie, 1925-2005*. Paris: Publibook.
- Mandela, Nelson. 1994. *Long walk to freedom: the Autobiography of Nelson Mandela*. Randburg: Macdonald Prunell
- Pécaut Daniel. 1987. *L'ordre et la violence: évolution socio-politique de la Colombie entre 1930 et 1953*. Paris: Editions de l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales.
- Posada, Paola Andrea. 2009. *Refugiados y desplazados forzados. Categorías de la migración forzada creadas como medidas de contención a las migraciones no deseadas*. Medellín: Estudios Políticos.
- Profumi, Emanuele. 2016. *Colombia, la pace è nostra*. Roma: Exorma edizioni.

- Profumi, Emanuele. 2013a. *Sulla creazione politica. Critica filosofica e rivoluzione*. Roma: Editori Riuniti Internazionali.
- Profumi, Emanuele. 2013b. Spettri della rivoluzione. Badiou, Rancière e Žižek sulla creazione politica. *Roma: Consecutio Temporum*, 4 (Dal postmoderno all'ipermoderno).
- República de Colombia-Contraloría General de la República. 2013. *Registro Único de víctimas (RUV)*. Disponible en <http://rni.unidadvictimas.gov.co/RUV>.
- República de Colombia-Poder Público (Rama Legislativa Nacional). 1997. *Ley 387 de 1997*. <http://www.disaster-info.net/desplazados/legislacion/Ley-387de1997.pdf>.
- Sánchez, Gonzalo. 1998. *Guerre et politique en Colombie*. Paris: L'Harmattan.
- Sánchez Mojica, Beatriz Eugenia. 2007. *El Estatuto constitucional del desplazado interno en Colombia* (Tesis doctoral). Madrid: Universidad Carlos Tercero de Madrid.
- Schussler, Stuart. 2009. *Entre la sospecha y la ciudadanía: refugiados colombianos en Quito*. Quito: Ediciones Abya-Yala.
- Soledad Suescún, Javier y Carmen Jiménez. 2011. *El análisis del desplazamiento interno en Colombia con base en el registro único de población desplazada (RUPD): Localización y características (2000-2007)*. Barcelona: Scripta Nova. Revista electrónica de geografía y ciencias sociales.
- Soledad Suescún, Javier y Carmen Jiménez. 2008. *Migraciones y conflictos. El desplazamiento interno en Colombia*. Ciudad de México: Convergencia. Revista de Ciencias Sociales.
- Supiot, Alain. 2015. *La Gouvernance par les nombres*. Paris: Fayard.
- Villa M. y P. Riaño (Eds.). 2008. *Poniendo tierra de por medio. Migración forzada de colombianos en Colombia, Ecuador y Canadá*. Medellín: Corporación Región – The University of British Columbia.

SOBREVIVIENDO EN EL HADES: PROTECCIÓN INTERNACIONAL, *IUS MIGRANDI* Y GEOMETRÍA DEL PODER

SURVIVING IN THE HADES: INTERNATIONAL PROTECTION, *IUS MIGRANDI* AND GEOMETRY OF POWER

SOBREVIVENDO NO HADES: PROTEÇÃO INTERNACIONAL, *IUS MIGRANDI* E GEOMETRIA DO PODER

Alonso Fonseca*
Universidad de las Américas

Recibido: 10/03/2016
Aceptado: 22/06/2016

Resumen:

El artículo aproxima varios enfoques sobre la emergencia humanitaria provocada en Medio Oriente, principalmente por la guerra en Siria, que tiene repercusiones regionales y globales de post-frontera. Para intentar una convergencia conceptual de aspectos jurídicos, políticos y geo-estratégicos, se propone analizar el balance de la protección a migrantes y refugiados en primer lugar desde la mirada de las agencias internacionales de protección (OIM-ACNUR). En un segundo momento, se muestra el derecho a migrar, *Ius Migrandi*, como un derecho complejo, por cuanto su ejercicio supone examinar ciertas condiciones políticas y económicas que de algún modo cuestionan su cumplimiento como derecho. Finalmente, se acude a una visión de geografía crítica para situar lugares, actores y coyunturas dentro de los entramados de poder donde se desenvuelven las trayectorias de las personas en situación de desplazamiento.

Palabras clave: Migraciones; Crisis Humanitaria; Derechos Humanos del Migrante; Multiculturalismo; Derecho de Gentes; Geografía Crítica; Geometría del Poder.

Summary:

This article approaches the humanitarian emergency in the Middle East, due to the Syrian war, which has had regional and global post-frontier repercussions. In order to try a conceptual convergence of the political, legal and geostrategic aspects, an analysis of the balance of the protection to immigrants and refugees starting with the perspective of the international agencies for protection (OIM-ACNUR) must be made. As a complementary part of the analysis the right to migrate (*Ius Migrandi*) is showed as a complex right since its execution is based on

the examination of political and economic conditions that somehow question its application as a right. Finally a critic geography vision has to be considered in order to dully establish places, actors and links between the power relations that involve the trajectories of the people in situation of displacement.

Key words: Migrations; Humanitarian Crisis; Migrant Human Rights; Multiculturalism; People's Rights; Critical Geography; Power Geometry.

Resumo:

O artigo aproxima vários enfoques sobre a emergência humanitária provocada no Oriente Médio, principalmente pela guerra na Síria, que tem repercussões regionais e globais de post-fronteira. Para tentar uma convergência conceitual de aspectos jurídicos, políticos e geoestratégicos, se propõe analisar o balanço da proteção aos imigrantes e refugiados em primeiro lugar desde a ótica das agencias internacionais de proteção (OIM-ACNUR). Em segundo lugar, se mostra o direito de migrar, *Ius Migrandi*, como um direito complexo, e por isso seu exercício supõe examinar certas condições políticas e económicas que de alguma forma questionam seu cumprimento como direito. Finalmente, se recorre a uma visão da geografia crítica para situar lugares, atores e conjunturas dentro dos entreamados de poder onde se desenvolvem as trajetórias das pessoas em situação de deslocamento.

Palavras chaves: Imigrações; Crise Humanitária; Direitos Humanos do Imigrante; Multiculturalidade; Direito das Gentes; Geografia Crítica; Geometria do Poder.

* Profesor de la facultad de Derecho de la Universidad de las Américas, Quito, Ecuador. Abogado y Doctor en Jurisprudencia por la Universidad Central del Ecuador. Máster en Ciencias Sociales con mención en Antropología por FLACSO-Ecuador. Magíster en Gobernabilidad y Gerencia Política por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, Ecuador. Máster Universitario en Teoría Crítica de Derechos Humanos por la Universidad Pablo de Olavide, España.

NOTAS PREVIAS

Los fenómenos globales que implican grandes desplazamientos poblacionales son estudiados por la demografía, la economía, la geopolítica, o la geografía a partir de datos, simulaciones, estadísticas o fórmulas, por lo que es menos frecuente de lo que parece que exista una apreciación política o jurídica de los lugares y espacios físicos o materiales que contienen su problemática. Con esta apreciación, las migraciones han permitido durante mucho tiempo poner a prueba diferentes conceptos: desarrollo, orden jurídico, derechos humanos, política y democracia, entre otras definiciones vitales para la convivencia social. Así pues, mirando en el fondo del problema de la migración contemporánea, pueden aparecer otros conceptos que originariamente no habían sido valorados por los estudios convencionales, como el papel de las organizaciones internacionales para producir una migración ordenada y planificada, el dinamismo político-simbólico del derecho a migrar (*Ius Migrandi*) y las construcciones sociales sobre los desplazamientos humanos dentro de la lógica del poder a partir de espacios geográficos desiguales (Keaney 2008, 57; Harvey 2014, 150).

Con lo anterior, el presente artículo se ubica dentro de repertorios políticos de *escape o emergencia* (situación de los actores) en los que las personas, no solo deciden marcharse para construir un nuevo proyecto de vida, sino huir para sobrevivir. En ese contexto, se mezclan las trayectorias de los migrantes con las de los desplazados, y las de ellos, con los refugiados, o quienes aspiran a serlo, habilitando un embudo de clasificación de poblaciones cargado de discrecionalidad y discriminación. Esta subjetividad colectiva y estas coyunturas, en principio confunden los estatutos de protección jurídica, provocando que las organizaciones internacionales, (a pesar de sus innumerables esfuerzos para la asistencia humanitaria), terminen desbordadas en su gestión por atender por separado, diversas y múltiples necesidades jurídicas (Rivero 2011, 269).

Para dar cuenta de esta problemática, este artículo inicia mostrando la perspectiva de las agencias internacionales de protección a los migrantes y refugiados, cuestionando tácitamente que la migración se conciba como un derecho ordenado de desplazamiento humano. Sin embargo, una buena parte de los proyectos migratorios individuales provienen de regiones o países del mundo empobrecidos o sometidos a la violencia,

donde si bien es cierto que existe alguna planificación individual, la decisión de abandonar la sociedad de origen es siempre urgente e inaplazable, situando a la persona en un nivel de vulnerabilidad tal, que puede ser presa de mafias nacionales o internacionales (Mera 2011, 144).

En un segundo momento, esta indagación académica explora la complejidad de la noción del *Ius Migrandi*, entendido como el derecho a la movilidad humana integral, que hunde sus raíces en el Derecho Internacional Público de tipo clásico, actualizando su noción de cobertura y protección jurídica de la mano del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), e incluso de la filosofía política, a partir de nociones como *libertad de movimiento y liberación humana-esclavitud* en el pensamiento de autores como Arendt y Agamben, respectivamente (Arendt 2005, 284; Agamben 2006, 77).

Finalmente, el artículo intenta abrirse paso por un terreno conceptual sinuoso, como es pretender un análisis de la situación de la *migración-desplazamiento-refugio* bajo el enfoque de la *geografía crítica*, que muestra al espacio y al tiempo como variables poco neutrales, encontrando más bien, que estas coordenadas están cargadas de intenciones y prácticas de poder, que deben incluso en algún momento, generar *responsabilidad política* y a la larga, quizás responsabilidad jurídica (lucha contra la impunidad). En este escenario, Doreen Massey, una representante de la geografía crítica aporta a este análisis con su definición de *geometría de poder* (Massey 2012, 7).

Adicionalmente, es necesario destacar que el artículo reconoce una deuda directa con el pensamiento político de Hannah Arendt, que permite acercarnos a la grave situación de los migrantes o refugiados que huyen de los diferentes conflictos bélicos, principalmente de Irak y Siria. En su ruta de escape, los migrantes y refugiados se instalan en campos donde existe un sufrimiento lento y angustiante. Estos campos, no son del todo distintos de aquellos estudiados por Arendt para entender el totalitarismo y sus efectos de control en la vida de las personas. La pensadora judío-alemana concibió la significación de estos lugares de hacinamiento, por los niveles de sufrimiento de las víctimas y los clasificó en: *Hades, Purgatorio e Infierno*. En el primer

campo, Arendt situó a los refugiados, a los apátridas, a los enemigos políticos y a los desplazados.

En el segundo, la autora analizó el sufrimiento de las personas con trabajos forzados que llegaban al límite de la vida, como ocurrió con los desterrados en la época de Stalin. En el tercero, ubicó a todas las prácticas de desaparición sistemática de la vida, provocadas por el fanatismo nazi alemán (Arendt 1999, 662).

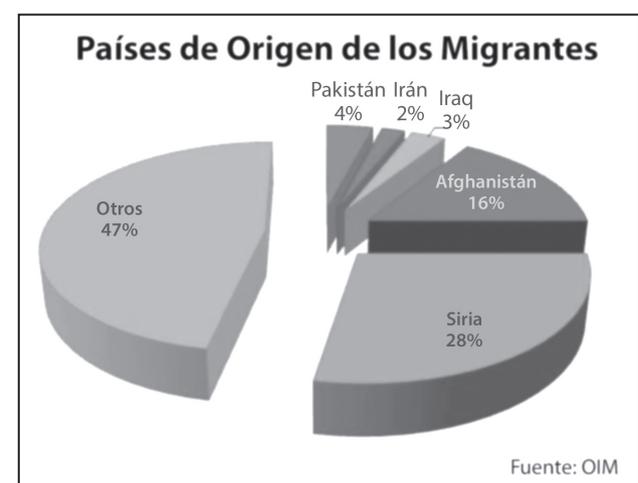
De la mano de las metáforas analíticas antes definidas, el artículo considera que situar a los seres humanos desplazados o migrantes en el Hades, no es un alivio para nuestra *conciencia jurídica universal*, para utilizar una noción del profesor Antonio Cançado Trindade, es más bien una alerta urgente para evitar el tránsito a los otros estadios de sufrimiento humano que jamás deben volver, ni siquiera en nuestras pesadillas (Cançado 2002, 38).

LOS ESFUERZOS INSTITUCIONALES INTERNACIONALES: OIM Y ACNUR, LAS VOCES EN LA TORMENTA

Las organizaciones internacionales comúnmente son asociadas a la Organización de Naciones Unidas (ONU). Incluso a ojos de profesionales y académicos, algunas de ellas, a pesar de no ser parte de la ONU, son relacionadas a su nivel de cooperación y ayuda internacional. Este es el caso de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) que no es un organismo del Sistema de Naciones Unidas,¹ pero que por encontrarse en Ginebra-Suiza, y por diversos esfuerzos conjuntos con organismos como UNICEF y ACNUR, se la identifica con tal sistema (Organización Internacional para las Migraciones 2015).

La OIM se originó en 1951 como un organismo intergubernamental que generó esfuerzos importantes para reubicar en Europa a personas con diferentes proyectos y necesidades migratorias, acogiendo indistintamente a desplazados, refugiados y migrantes en sentido estricto. Este organismo internacional es quizás la institución con mayor experiencia en el mundo para estudiar e intervenir en el fenómeno de la migración a nivel global, entendiendo por supuesto a diversas realidades geopolíticas regionales y nacionales que forman parte de un mismo y complejo problema. La OIM ha estudiado de forma sistemática los países de donde provienen las principales olas migratorias y de desplazamiento forzado, y sus datos permiten dimensionar cualitativa y cuantitativamente el fenómeno migratorio.

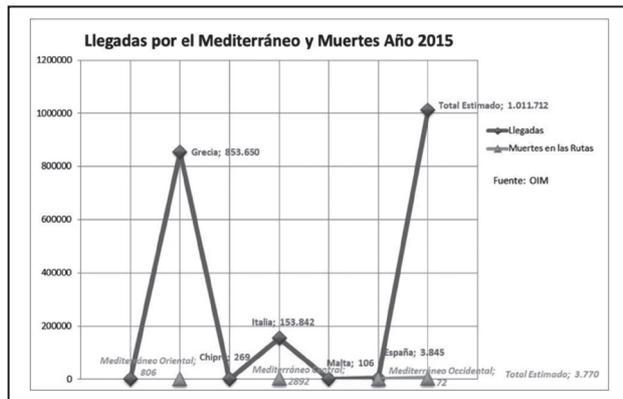
En el año 2015, los datos de la OIM fueron estremeceadores; la organización señalaba que durante el transcurso del año pasado, se calculaba la muerte de 3.573



inmigrantes y refugiados que trataban de llegar a Italia, Grecia y España, lo que suponía una media de diez muertes al día. Aunque no se cuenta con datos sólidos hasta lo que va del presente año, la información actual parecería desbordar las proyecciones. La OIM ha documentado también las referencias geográficas de las rutas de los desplazamientos, denominadas por muchos como rutas de la muerte. De ellas la más complicada es la que se traza del norte de África hacia Italia y Malta, donde se registran más muertes. Este itinerario es seguido por la denominada ruta oriental, entre Turquía y Grecia; y finalmente se sitúa la ruta occidental, que se dibuja desde el África a las Islas Canarias en España (Hispan TV 2016).

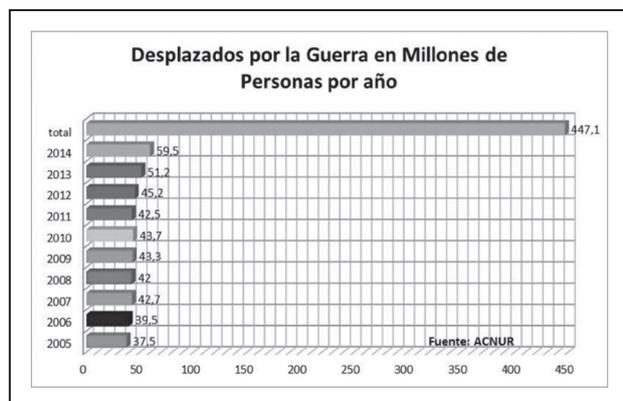
Otra de las agencias internacionales que ha trabajado constantemente en las diferentes crisis humanitarias es ACNUR, organización que al estudiar el fenómeno global del desplazamiento masivo por guerras y con-

¹ La OIM originalmente se denominó Comité Intergubernamental Provisional para los Movimientos de los Migrantes (1951), luego cambiaría a CIME, y finalmente a OIM. Desde el año 2006, la OIM fue convocada por la Asamblea General de las Naciones Unidas al Diálogo de Alto Nivel sobre Migración Internacional y Desarrollo, consolidándose su coordinación en los temas concernientes a su mandato.



flictos, llegó a determinar como una cifra dura, que al 2014 los desplazamientos forzados llegarían a casi 60 millones de personas (59.5 millones de personas), ubicando este problema contemporáneo como el más grave después de la II Guerra Mundial. Esta organización de Naciones Unidas ha establecido una media diaria de 42.500 personas abandonando sus casas y pugnando por protección en un lugar ajeno a su domicilio, ya sea en su propio país o fuera de él. En este escenario global, ACNUR ha señalado que Siria es el país a nivel mundial que tiene un mayor número de desplazados internos (7.6 millones) como de refugiados (3.88 millones/ finales de 2014). En ese contexto, aunque las cifras no están actualizadas, las proyecciones siguen ubicando al conflicto sirio como el epicentro de la catástrofe (ACNUR 2015, 2).

Bajo los números, los escenarios, y los territorios, el abordaje a la crisis humanitaria parece estar fuertemente marcado por una explicación geopolítica, puesto que es esta disciplina científica la que aborda las múltiples relaciones que se producen entre el espacio (en términos geográficos) y el poder (como abstracción total del dominio de lo político) en clave de la participación de diferentes agentes, tanto públi-



cos como privados, nacionales como internacionales (Agozino 2008, 27; García Picazo 2009, 51).

Al respecto, debe señalarse que los problemas territoriales y estratégicos en Medio Oriente pueden rastrearse desde la Primera Guerra Mundial, dado que las potencias vencedoras concibieron a esta región como una bisagra entre Europa y Asia. De esta forma, los límites de los Estados fueron borrados y los países de esta región se convirtieron en protectorados y zonas de influencia, como ocurrió a través del Acuerdo de Sikes Picot en el que Inglaterra y Francia, de algún modo se adjudicaron los territorios que una vez fueron conquistados por el Imperio Otomano, de tal forma que Palestina, Jordania e Irak quedaron bajo el dominio británico; y una buena parte de Siria y Líbano a cargo de Francia (Gil, James y Lorca 2014, 7).

En conexión a lo señalado, luego de la II Guerra Mundial, Israel se convertirá en un nuevo actor geopolítico con sus propios intereses en la región. A este escenario de gran complejidad se debe articular otro actor relevante como lo es Arabia Saudí, que a través del Pacto de Quincy con los Estados Unidos, definirá una alianza energética y política de acceso privilegiado al petróleo que terminará desestabilizando a Medio Oriente, teniendo en cuenta la capacidad de difusión cultural religiosa de Arabia Saudí a través del wahabismo (Dazi 2013, 28).

Con dichas coordenadas geo-estratégicas, los movimientos de descolonización y las corrientes nacionalistas pan-arábicas, deberán abiertamente negociar su poder económico, militar y energético con Estados Unidos, Arabia Saudí e Israel; pero también con otro aliado occidental como Turquía (Ghotme, Garzón y Cifuentes 2015, 15).

En este contexto, las denominadas Primaveras Árabes jugaron un papel decisivo para re-instrumentar el orden en Medio Oriente; dado que, si bien se originaron en reacciones legítimas democráticas a los autoritarismos de corte carismático-religioso, terminaron siendo cooptadas por las clases dominantes locales y por poderes extra-regionales que no posibilitaron consensos políticos, sino que más bien, gatillaron reacciones políticas violentas que des-institucionalizaron aún más a los regímenes políticos en Túnez y Egipto, y de forma más compleja a Libia y Siria, respectivamente (González 2011, 112).

A partir de estos datos, y con las particularidades históricas locales, debe leerse la crisis humanitaria disparada desde Siria hacia Europa pasando por todos los itinerarios de violencia y muerte que están marcados en su camino. Sin dejar de mencionar que para aproximarnos al caso sirio, siguiendo el análisis Jorge Orbe León, se pueden identificar al menos tres geopolíticas diferentes.

Una primera geopolítica del agua (Río Jordán) fuertemente definida por el control estratégico de los Altos del Golán por parte de Israel, y en la disputa también con Turquía por la construcción de grandes hidroeléctricas y represas. Existe también, una segunda geopolítica en juego dentro y fuera de Siria que es la energética (petróleo y gas), en la que su importancia situacional no se debe a grandes cantidades de reservas, sino a que Siria tiene fronteras con Turquía, Irak, Jordania, Israel, Palestina y Líbano, e incluso piso de frontera en las costas del Mediterráneo donde Rusia cuenta con una base naval. Es precisamente esa condición geográfica la que complejiza la guerra, y condiciona que el balance de sus actores e intereses pospongan su resolución (Orbe 2013, 31).

Una última y no menos importante geopolítica en Siria, obedece al factor financiero, puesto que sus actividades especulativas parecen ser de menor intensidad en Estados Unidos y la Unión Europea, dato que permite hablar de una suerte de estrategia definida en Wall Street como la *occidentalización de Medio Oriente* que implicaría remover los obstáculos culturales y religiosos del mundo islámico que rechaza cualquier noción de usura (esencial para el capital especulativo), y movilizar de este modo flujos de capital global e inversiones con mayor rapidez a regiones del mundo que ofrecen mejores posibilidades financieras (Ibíd., 38).

Entre todos estos fuegos, la crisis humanitaria es ciertamente un resultado colateral, pero es también la demanda más importante para pacificar la zona, razón por la cual el propio Papa Francisco luego de su visita al campo de Moria, puso en evidencia el dilema moral en la situación de los refugiados con el agravante de la firma del Acuerdo entre Turquía y la Unión Europea, para supuestamente controlar el flujo migratorio, un tapón a presión que no parece ofrecer soluciones sustentables (BBC 2016).

IUS MIGRANDI: UN DERECHO MÁS ALLÁ DE LA CIUDADANÍA

Al revisar diferentes estudios sobre migración, tanto aquellos que se consideran de enfoque macro, donde se impone el análisis demográfico y económico, como en las investigaciones que responden a fórmulas micro, en las que destacan los análisis de casos, historias de vida, etnografías y algunos estudios sobre redes y cadenas migratorias, las conclusiones de una buena parte de estos esfuerzos coinciden en señalar que la migración es un problema complejo, histórico y de naturaleza cambiante, que sus causas y efectos deben mirarse siempre dentro de contextos particulares, y que es necesario echar mano de diferentes técnicas y metodologías para dar cuenta de sus múltiples facetas e impactos sociales, culturales, étnicos, económicos, y jurídicos, entre otros aspectos (Chambers 1994, 67; Herrera 2003, 87; Fonseca 2009, 8).

Ahora bien, al aproximarnos al derecho a migrar, esta noción jurídica puede percibirse desde una perspectiva individual generando alcances y dimensiones específicas. De otra parte, al analizar el derecho a migrar en clave colectiva o masiva parecen existir otras implicaciones jurídicas y políticas. Al respecto es oportuno

mencionar que el Derecho Internacional Público desde el pensamiento de Francisco de Vitoria reconocía la existencia del derecho de una persona a circular libremente y establecerse pacíficamente en territorios ajenos a su propio Estado, institución jurídica reconocida en el corpus del *Ius Humanitatis*. Sobre la dimensión colectiva de la migración no aparecerían vestigios jurídicos vinculados a este enfoque (Chueca 2006, 193).

En este orden de cosas, el *Ius Migrandi* a ojos de algunos autores, aparece como un derecho que todavía no encuentra clasificación en el acervo jurídico de los derechos humanos, mostrando que su configuración jurídica y alcance sería una novísima contribución del derecho contemporáneo, cuando en realidad las bases fundamentales de tal derecho ya fueron definidas en el Derecho de Gentes. No obstante el derecho a migrar parecería estar restringido bajo la óptica del poder hegemónico por cuanto algunas potencias no se adscriben al terreno jurídico de protección de este derecho al balancear sus obligaciones internacionales con sus intereses económicos y políticos. De todas formas, las bases fundamentales de este derecho están nítida-

mente trazadas en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares.² (Truyol y Serra 1998, 58; Renouvin y Duroselle 2000, 49)

A pesar de que como se ha demostrado, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) ha posibilitado un cauce de convergencia para proteger a las personas, la propia ACNUR en declaraciones de uno de sus voceros, ha llamado la atención de los Estados y la opinión pública al señalar que es conveniente lograr precisiones sobre los términos 'refugiado' y 'migrante', al ser usados indistintamente en los discursos mediáticos y políticos (Adrián 2015).

Al respecto, se debe considerar refugiadas a las personas que huyen de conflictos armados, o que se encuentran perseguidas por sus gobiernos, grupos religiosos, militares o de otro tipo que ejercen grave presión sobre sus vidas, tanto que su sobrevivencia depende de la posibilidad de establecer un nuevo proyecto de vida fuera del espacio geográfico al que pertenecen.³ En este escenario, los refugiados se desplazan principalmente hacia países vecinos, o como ocurre de forma cada vez más frecuente, inician largas travesías en rutas de alta peligrosidad, evidenciando la paradoja de que su vulnerabilidad no se reduce al abandonar su país de origen.

Para los refugiados el Derecho Internacional ha generado un umbral jurídico de protección concebido a partir de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967. De forma regional y complementaria, se consideran de importancia instrumentos como la Convención que Regula los Aspectos Específicos de los Problemas de los Refugiados en África de la Organización de la Unidad Africana (OUA) y la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984. Estos instrumentos jurídicos internacionales, ponen énfasis en asuntos como el no rechazo de refugiados en frontera, asilo, reasentamiento

de refugiados, repatriación voluntaria, entre otros (Ibíd.).⁴

En cuanto a la definición de migrantes, el comunicado de ACNUR precisa que estas personas eligen trasladarse sin una motivación emergente como las amenazas de persecución o muerte que justifican la protección a las personas consideradas refugiadas: para el migrante es más importante mejorar su condición socioeconómica, laboral o de educación, y de algún modo con respecto a él, su gobierno o Estado mantiene todavía un nivel de protección y asistencia. En este orden de cosas, la ACNUR señala que la confusión que pueden generar ciertas autoridades nacionales y algunos Estados al aplicar indistintamente estos estatutos jurídicos a las personas, puede traer consecuencias jurídicas y sociales complejas en ellas, puesto que se puede restringir la institución de asilo de refugiados al reconocerlas como migrantes, o impedir en el caso de migrantes un proceso de reasentamiento técnico por parte de la OIM (Ibíd.).

En todo caso, la ACNUR reconoce también que la actual crisis humanitaria que se desarrolla en Medio Oriente, y que implica un desplazamiento forzado hacia las fronteras europeas, utilizando medios marítimos precarios (pateras) hacia puertos griegos o italianos, implica una doble composición de refugiados y migrantes. En torno a los primeros sus registros señalan que provienen de Irak, o Siria principalmente, entonces la orientación técnica de protección implicaría procedimientos de asilo.

A diferencia, si se trata de migrantes, deberían desplegarse procedimientos de protección, re-ubicación o reasentamiento para fines laborales o educativos, pero también para su propia seguridad. Sin embargo, en este último grupo podrían incluirse a personas de Eritrea, Somalia, o Libia en cuyo interior también existen altos niveles de violencia. A pesar de lo señalado, algunas autoridades europeas no visibilizan con

2 La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares fue adoptada por la Asamblea General de la ONU, Resolución No. 45/158 de 18 de diciembre de 1990. Desde el artículo 8 al 56 se detallan todos los derechos humanos de los personas migrantes y sus familiares, estableciendo un catálogo completo e integral de derechos que deben ser reconocidos por los tres tipos de Estados reconocidos en esta Convención dentro de su artículo 6: Estado de Origen, Estado de Empleo y Estado de Tránsito.

3 A nivel internacional existen múltiples instrumentos normativos que regulan el refugio y la situación jurídica de los migrantes y refugiados por igual, se pueden situar cronológicamente por ser los primeros instrumentos para su protección al: Protocolo Especial relativo a los Apátridas (1930), la Declaración Universal sobre Derechos Humanos (1948), Convención sobre la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio (1948), y la Convención No. 97 de la OIT relativa a la Migración para Empleo (revisada en 1949).

4 En el orden regional (interamericano) la protección de migrantes y refugiados se posibilitó por la presencia de la Convención de los Estados Americanos sobre Asilo Político (1935), el Tratado de los Estados Americanos sobre Asilo Político y Refugio (1939), la Declaración Americana sobre Derechos y Obligaciones del Hombre (1948), la Convención de la OEA sobre Asilo Territorial (1954), y la Convención de la OEA sobre Asilo Diplomático (1943).

claridad los estatutos de protección y niegan ad-portas múltiples causas justificadas para otorgar asilos (Ibíd.).

En conexión con lo señalado, este juego de reconocimientos o desconocimientos de los agentes estatales, de la opinión pública y de los discursos políticos, los migrantes, los desplazados o los refugiados, o todos ellos dentro de un mismo estatuto jurídico y fáctico, debe apreciarse como una estrategia global de invisibilización de las personas que únicamente se aprecian como cifras o números en medio del mar, en las rutas de tránsito, o en los nuevos campos de concentración que se han levantado para detenerlos antes de llegar a una sociedad receptora.

Bajo estos hechos, cobra sentido pensar la construcción de un nuevo *Ius Migrandi* que suponga el desarrollo de un derecho positivo distinto, dado que los derechos humanos no pueden estar únicamente subeditados a la condición de ciudadanía, y menos aún de forma irrestricta a un solo estatuto nacional (Estado-Nación) como fórmula prevalente para toda relación jurídica. Es quizás más importante apropiarnos de un otro *Ius Gentium* que permita al mismo tiempo, la evolución de las instituciones jurídicas del Derecho Internacional y la humanización de la persona (Abellán 2012, 346).

Ciertamente, si seguimos la línea crítica del pensamiento de Hannah Arendt, encontraremos que la definición de derechos humanos condicionada a la relación entre derecho y ciudadanía, y estos conceptos a su vez con la noción de nacionalidad que fueron

funcionales al proyecto de emancipación moderna, parecerían haber restringido o excluido a la persona en el plano contemporáneo, por cuanto a juicio de la pensadora alemana ser ciudadano implicaba ser propietario de un territorio y de una comunidad política exclusiva, dejando fuera a la realidad sociopolítica y cultural del nuevo migrante que se construye con una identidad local-nacional pero que es a la vez, un sujeto global creado con una geografía interdependiente, conflictiva, y compleja (Arendt 1998, 7).

En definitiva lo que está en juego es la posibilidad de ir más lejos del diseño jurídico de protección internacional del migrante, o del desplazado, situando derechos y prácticas de reconocimiento, más allá del campo hegemónico y simbólico del Estado-nación.

Este aspecto ya ha sido recogido por la normativa internacional de protección, pero aún deja un amplio ámbito de maniobra para los Estados en relación con el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, en cuanto a reconocer un estatuto de nacionalidad cosmopolita, entendiendo de paso que el concepto de ciudadanía nacional de algún modo se encuentra en crisis y no puede desconocerse la des-territorialización de la política y de la economía, así como sus grados de intervención y control local en bucles complejos-deslocalizados que permiten el flujo del capital, pero que restringen la movilidad humana, o al menos a ciertos tipos de movilidad humana (de ciertas personas o países,) generando un proceso clasificatorio de los migrantes o los refugiados conforme una estructura de poder que ordena y selecciona (Laclau 2000, 24).

LA GEOMETRÍA DEL PODER: UNA ALTERNATIVA DE ANÁLISIS

Como fue señalado anteriormente, las políticas de blindaje a la entrada de los migrantes o de los desplazados en diferentes lugares del mundo, no son un conjunto de reacciones espontáneas y desconectadas de ciertos gobiernos, o de autoridades, frente a grandes desplazamientos poblacionales; sino que constituyen la expresión de una lógica de bloqueo a la movilidad humana, que aunque reconoce el discurso occidental de los derechos humanos, desarrolla una práctica selectiva que debe ser legitimada, frecuentemente, por el sistema jurídico (Mezzadra 2005, 14). En esta perspectiva, los territorios o los lugares tienen una connotación política y jurídica de vital importancia; y

no deben ser considerados como nociones neutrales o meramente descriptivas, sino más bien como construcciones sociales dentro de determinadas relaciones de poder. Así tanto el espacio, como el tiempo, están relacionados con diferentes experiencias espaciales de la historia de cada geografía. Por esta razón, cada espacio, cada frontera, o cada ruta es decodificada por los migrantes como una trayectoria en la que se juega la vida, y así mismo, cada política de restricción nacional empleada por los Estados decodifica su propia traducción del espacio y tiempo (de connotación política). Por eso, el espacio no puede ser concebido como un mero contenedor de hechos

sociales, sino más bien como un multi-reactor de economía política, de reglas, de instituciones, y de organización estratégica del capital (Massey 2008, 49).

A partir de este enfoque, no han sido la Ciencia Política, ni la Sociología, y menos las Ciencias Jurídicas (a través de sus *corpus* teóricos o metodológicos), las que contemporáneamente han enfrentado la tarea de resolver la problemática política de los flujos migratorios, o de las imparable olas de refugiados que intentan llegar a Europa. Al respecto, los planteamientos más lúcidos y consistentes provienen actualmente de la denominada Escuela Europea de “Geografía Crítica”. Precisamente dentro de esta tendencia interdisciplinaria se destaca el pensamiento de la especialista británica Doreen Massey, quien ha detectado una cierta crisis en los conceptos de espacio y lugar, nociones fundamentales que permiten una lectura política de diferentes coyunturas económicas, sociales o culturales. Obviamente, la situación humanitaria global desatada por los conflictos bélicos de Medio Oriente puede ser leída también bajo un enfoque geográfico crítico (Ibíd., 78).

La autora estudia principalmente las relaciones locales y globales en Europa a partir de asuntos como la centralización ideológica y política de grandes ciudades como Londres, y mira las consecuencias de ciertos discursos políticos con una escala geográfica. Así describe las tensiones entre los Estados dentro de la Zona Euro, desmontando los imaginarios populistas de ciertos sectores de centro de derecha que pueden calificar a varios países (Grecia, España o Portugal) como economías poco colaborativas con la Zona Euro, y diferenciarlas de países siempre exitosos como Alemania. Estas diferencias creadas artificialmente pueden generar enemistad entre los pueblos, pero rentabilidad política a ciertas élites poco patriotas interesadas en tales tensiones, con lo que reconoce a estos conflictos como *trampas geográficas*. En sus propias palabras:

[...] en esta geografía, el verdadero enemigo, el verdadero problema, desaparece; es un disfraz espacial que oculta la realidad de un capitalismo que enfrenta los bancos, las élites, el sector financiero contra la mayoría del pueblo de cada país. De este modo una maniobra geográfica hace que el frente político, pase de ser un frente entre clases o intereses sociales y económicos

antagónicos, a un frente entre países y pueblos [...] (Massey 2012, 8)

Las apreciaciones geográficas y políticas de Massey nos advierten una complejidad mayor al problema migratorio, de desplazamiento forzado y de refugiados; por cuanto cada una de las historias individuales de las personas en tal situación se condensan en masas uniformes nacionales que son clasificadas culturalmente o a partir de una matriz religiosa, regresándonos a un punto de partida estéril para solucionar los problemas bajo la políticas de extranjería o las normas de protección internacional de derechos humanos.

De vuelta al análisis geográfico crítico, Doreen Massey nos muestra el concepto de *geometría de poder* como un proceso en el que el espacio es un producto relacional que se encuentra en continua transformación. La autora diferencia al espacio como algo dado o inerte (*stasis*), de un espacio con carácter dinámico y abierto, susceptible de anomalías o fallos (espacio humano) descrito como “*to lack*”. Este último espacio puede ser intervenido políticamente, y es justamente en este donde se abre la posibilidad de impugnación de su orden, o de negociación de los actores que participan en su construcción (consensos). Entonces, al definir el papel estratégico de la noción de geometría de poder, Massey sitúa dos características esenciales en su análisis geográfico. La primera de ellas se refiere a que el espacio es ante todo *relacional* (el espacio se construye a partir de relaciones sociales); y en segundo lugar, refiere que el espacio adquiere una dimensión de *multiplicidad*, cualidad que tiene que ver con que el ser humano dentro de un clima cultural diverso, puede contar con diferentes trayectorias que se desarrollan en un haz de direcciones. La movilidad humana como derecho precisamente está definida por la multiplicidad del espacio donde existe el reto de sobrevivir en un medio distinto a la sociedad de origen. La migración entonces es en cierta medida, una historia social dotada de multiplicidad espacial (Ibíd., 10).

Sin embargo, el aporte efectuado por la *geografía crítica*, los movimientos sociales globales, los intelectuales progresistas, la intervención de los organismos internacionales de protección de derechos humanos para respetar o acoger a las personas que huyen de su sociedad de origen e intentan construir una nueva vida alejada del ruido de la guerra, parece ser descartado en diferentes ámbitos, teniendo incluso argumentos

que respaldan la indolencia o la inacción a la hora de tomar decisiones.

En este contexto, declaraciones como las del politólogo italiano Giovanni Sartori pueden servir para fundamentar discursos xenófobos o nacionalistas que incendien las democracias europeas construidas bajo garantías de no regreso al pasado (Gómez Fuentes 2016).

De forma más reciente, en entrevistas concedidas a diferentes medios escritos, el mismo autor ha intentado caracterizar que todos los esfuerzos para construir una sociedad multicultural en Europa han fracasado, e incluso ha señalado que el multiculturalismo no existe debido a la dificultad de asimilación de migrantes, principalmente islámicos, en el seno de sociedades europeas como la alemana. Sartori niega también la ideología y su papel histórico en las democracias occidentales, y valora como una noción de mayor relevancia al *sentido común*, siendo precisamente este mecanismo,

el que debe advertir a Europa de los peligros sociales de una migración incontrolada (Vitale 2006, 77).

A manera de corolario, se debe advertir que un discurso político y académico como el de Sartori puede tener efectos imprecisos e inesperados en los países receptores de migrantes y de refugiados, toda vez que la violencia del Estado Islámico (EI) actúa como una catapulta política que legitima restricciones a cientos de personas atrapadas en los fuegos cruzados; en este clima violento, se puede apreciar una lógica de *trampa geográfica y cultural* como la definida por Doreen Massey para mirar en todos lados a un enemigo, y desestructurar los avances jurídicos y políticos de la democracia occidental que tiene como sus mejores aportes a las luchas sociales, los consensos políticos, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la doctrina política derivada del Derecho Constitucional; que en conjunto han operado como diques para contener simultáneamente a los autoritarismos, como también, a diversos atentados a las soberanías nacionales (Heller 2010, 364).

A MANERA DE CONCLUSIÓN

El artículo propuesto examina a vuelo de pájaro la contribución institucional de protección de organismos como la OIM y la ACNUR, señalando la importancia de documentar y sostener en territorios una gestión internacional de protección a los migrantes, desplazados y refugiados dentro de un terreno atravesado por las contingencias geopolíticas y estratégicas que actualmente definen el terreno de las migraciones.

En este sentido, sin la voluntad política de los Estados, los esfuerzos de estos organismos internacionales son siempre menores a la hora de generar soluciones sostenibles en la emergencia humanitaria.

De otro lado, el derecho a migrar debe apreciarse como un derecho abierto, a pesar de que los Estados y las regiones lo limitan dentro de envases normativos basados en un control soberano cada vez más erosionado por las prácticas autoritarias e ilegítimas de las decisiones políticas de sus gobiernos. Con lo señalado, la verdadera batalla para legitimar el derecho a migrar, sigue estando dentro del terreno de la política, pues es

en ella donde las personas se someten a clasificaciones, selecciones, etiquetamientos y discriminación.

También en la dimensión política se pueden producir resistencias y re-significaciones de la lucha social, que al ser acompañadas de estrategias jurídicas de alcance local y global, pueden rastrear responsabilidades políticas y jurídicas de los Estados, de los gobernantes, e incluso de corporaciones que mueven hilos invisibles en la toma de decisiones sobre asuntos migratorios, principalmente en los órdenes financieros y económicos. En esa perspectiva, la operación del poder de los Estados, enmascara intereses y distribuye posiciones de fuerza en los espacios y en los lugares, desde donde es posible controlar a los cuerpos y a la vida como instancias políticas de subordinación.

Dentro de ese escenario, *escapar*, es parte de una *respuesta contra-hegemónica* puesta en marcha por las personas, para re-ordenar su subjetividad, esperando que el ruido de la guerra termine para volver, y en definitiva, seguir sobreviviendo en el Hades.

BIBLIOGRAFÍA

- Abellán, Joaquín. 2012. *Política: Conceptos políticos fundamentales*. Madrid: Alianza Editorial.
- ACNUR. 2015. *Mundo en Guerra: Tendencias Globales-Desplazamiento Forzado en 2014*. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/-Publicaciones/2015/10072.pdf?view=1> Consultado el 18 de abril de 2016.
- Adrián Edwards. 2015. ¿Refugiado o Migrante? ACNUR insta a usar el término correcto. En *ACNUR La Agencia de la ONU para los Refugiados*. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/noticias/noticia/refugiado-o-migrante-acnur-insta-a-usar-el-termino-correcto/>
- Agamben, Giorgio. 2006. *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Valencia: Pre-textos.
- Agozino, Adalberto. 2008. *Introducción a la Geopolítica del Siglo XXI*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Arendt, Hannah. 2005. Las técnicas de las ciencias sociales y el estudio de los campos de concentración. En *Ensayos de Comprensión 1930-1945*. Madrid: Caparrós Editores.
- Arendt, Hannah. 1999. *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid: Alianza Editorial.
- Arendt, Hannah. 1998. *La Condición Humana*. Barcelona: Paidós.
- BBC. 2016. Redacción BBC Mundo. *El Papa Francisco deja un mensaje en Lesbos y regresa al Vaticano con 12 refugiados*. Disponible en http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/04/160416_papa_lesbos_refugiados_vaticano_wbm. Londres, 16 de abril de 2016. Consultado el 18/06/2016.
- Cançado Trindade, Augusto. 2002. *Los aportes latinoamericanos al derecho y a la justicia internacionales*. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2452/5.pdf>. Consultado el 28 de abril del 2016.
- Chambers, Ian. 1994. *Migración, Cultura e Identidad*. Buenos Aires: Amorrortu Editores.
- Chueca, Angel. 2006. Ius Migrandi y el derecho humano al desarrollo. *Eikasía, Revista de Filosofía No II*, disponible en: <http://www.revistadefilosofia.org/11angelchueca.pdf>. Consultado el 29 de abril del 2016.
- Dazi Héni, Fatiha. 2013. Arabia Saudí contra Irán: Un equilibrio regional de poder. *AWRAQ No. 8. Revista de análisis y pensamiento sobre el mundo árabe e islámico contemporáneo*. Madrid-España.
- Fonseca, Alonso. 2009. *Nuevas perspectivas en el estudio de las cadenas migratorias hacia España. El migrante de Marianitas en la ciudad de Quito: un análisis etnográfico en los eslabones de subjetividad, parentesco y afinidad desde la sociedad de origen*. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/279469770_Nuevas_-_perspectivas_en_el_estudio_de_las_cadenas_migratorias_hacia_Espana_El_migrante_de_Marianitas_en_la_ciudad_de_Quito_un_analisis_etnografico_en_los_eslabones_de_subjetividad_parentesco_y_afinidad. Consultado el 28 de marzo del 2016.
- García Picazo, Paloma. 2009. *Teoría Breve de Relaciones Internacionales*. Madrid: Tecnos.
- Ghotme, Rafat Ahmed, Ingrid Garzón y Paola Cifuentes. 2015. Las relaciones internacionales de la guerra civil siria a partir de un enfoque regional: hegemonía y equilibrio en Medio Oriente. *Estudios Políticos, 46. Instituto de Estudios Políticos*. Universidad de Antioquía. Medellín: 13-32.
- Gil Fuensanta, Jesús, Ariel James y Alejandro Lorca. 2014. La cuestión de nuevas fronteras políticas en Oriente Medio: Un peligroso mapa de arena. *Documento de Opinión. Instituto Español de Estudios Estratégicos*. Madrid. Disponible en http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2014/DIEEO192014_NuevoMapaArena_OrienteMedio_J.GilFuensanta.pdf. Consultado el 17/06/2016.

- Gómez Fuentes. 2016. ABC, Diario-España. *Giovanni Sartori: El Islam es incompatible con occidente*. Disponible en http://www.abc.es/cultura/cultural/abci-giovanni-sartori-islam-incompatible-occidente-201602041540_noticia.html. Roma, 4 de febrero de 2016. Consultado el 18/04/2016.
- González Quijano, Yves. 2011. Las revueltas árabes en tiempos de transición digital: mitos y realidades. *Revista Nueva Sociedad*, 235 septiembre-octubre 2011. Buenos Aires-Argentina.
- Harvey, David. 2014. *Diecisiete contradicciones y el fin del capitalismo*. Quito: Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN).
- Heller, Hermann. 2010. *Teoría del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Herrera, Gioconda. 2003. La migración vista desde el lugar de origen. *Revista Iconos*, 15 FLACSO - Ecuador, Quito.
- Hispan TV, Nexo Latino. 2016. *OIM: Más de 120.000 refugiados llegaron a Europa en lo que va del 2016*. Disponible en: <http://www.hispantv.com/noticias/sociedad/216587/europa-oim-migrantes-refugiados-informe>. Consultado el 25/04/2016.
- International Organization for Migration. *About US*. <https://unobserver.iom.int/about-us>. Consultado el 15 de abril de 2016.
- Keaney, M. 2008. Lo local y lo global: la antropología de la globalización y el transnacionalismo. En *Espacios y Transnacionalismo*. Hiernauz, (eds), México D.F.: Universidad Autónoma Metropolitana.
- Laclau, Ernesto. 2000. *Nuevas reflexiones sobre la revolución de nuestro tiempo*. Buenos Aires: Nueva Visión.
- Massey, Doreen. 2012. *Espacio, lugar y política en la coyuntura actual*. Urban Tribune. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/4974974.pdf>. Consultado el 29 de marzo del 2016.
- Massey, Doreen. 2008. *Ciudad mundial*. Caracas: Fundación editorial El perro y la rana.
- Massey, Doreen. 2004. Lugar, identidad y geografías de la responsabilidad en un mundo en proceso de globalización. *Treballs de la Societat Catalana de Geografia* 57: 77-84. Disponible en: www.raco.cat/index.php/TreballsSCGeografia/article/download/.../33165. Consultado el 28 de abril de 2016.
- Mera, Gabriela. 2011. Pensar las categorías, pensar el Estado. Reflexiones en torno al concepto de segregación espacial de los inmigrantes. En *Migraciones internacionales contemporáneas: Estudios para el debate*, Cynthia Pizarro (Coord.). Buenos Aires: Ciccus.
- Mezzadra, Sandro. 2005. *Derecho de Fuga*. Madrid: Traficantes de sueños.
- Orbe León, Jorge. 2013. La guerra civil en Siria y la geopolítica mundial. *AFESE, Asociación de Funcionarios y Empleados del Servicio Exterior Ecuatoriano*, 58, Quito.
- Renouvin, Pierre y Jean Baptiste Duroselle. 2000. *Introducción a la historia de las relaciones internacionales*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rivero, Fulvio. 2011. Formas “tangibles e intangibles” de discriminación: Aportes para una formalización teórico conceptual. En *Migraciones internacionales contemporáneas: Estudios para el debate*, Cynthia Pizarro (Coord.) Buenos Aires: Ciccus.
- Truyol y Serra, Antonio. 1998. *Historia del Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos. Disponible en <http://www.awraq.es/blob.aspx?idx=5&nId=98&hash=-53a4fa081cf146ffa30d3c8ad5fe0076>. Consultado el 18/06/2016.
- Vitale, Ernanno. 2006. *Ius Migrandi*, Melusina, Madrid.

ENTRE LAS BUENAS INTENCIONES Y LA REALIDAD: REFUGIADOS EN LA CAN

GOOD INTENTIONS AND REALITY: REFUGEES IN THE CAN

ENTRE AS BOAS INTENCOES E A REALIDADE: REFUGIADOS NA CAN

*Alejandra Cárdenas**
Universidad de las Américas

Enviado: 02/03/2016

Aceptado: 16/05/2016

Resumen:

El texto analiza el rol de la Comunidad Andina (CAN) como espacio de promoción y protección de derechos de las personas refugiadas y discute dos elementos fundamentales. El primero, un contexto jurídico y político regional que apuesta por una integración supranacional centrada en los ciudadanos. El segundo, un fenómeno social, identificado en personas de la región desarraigadas de manera forzosa que cruzan las fronteras, principalmente colombo-ecuatorianas, en busca de seguridad y bienestar. La combinación de estos dos aspectos haría presumir un escenario favorable al ejercicio de derechos a favor de estas personas. Sin embargo, el análisis da cuenta de la debilidad de la CAN para asumir esta problemática. Sus avances alcanzan el plano normativo sin establecer obligaciones concretas, organismos ni procedimientos que materialicen derechos en la cotidianidad.

Palabras clave: Integración; Refugio; Derecho Comunitario; Protección Internacional; Derechos Humanos.

Summary:

This article analyzes the role the Andean Community (CAN) must have as a space to promote and protect the rights of refugees. Two key elements are approached: a judicial and political regional context which seeks supranational integration centered on the citizens; and a social phenomena evidenced by people forced to cross borders in search of security and a better livelihood. The combination of these elements would lead to presume a favorable scenario for

the exercise of rights. Nonetheless, the analysis showcases the shortcomings the CAN has had in dealing with this problem. The advances made relate to the creation of norms but no concrete obligations, organisms or procedures that would make the daily exercise of those rights possible, exist at the moment.

Key words: Integration; Asylum; Integration Law; International Protection; Human Rights.

Resumo:

O texto analisa o rol da Comunidade Andina (CAN) como espaço de promoção e proteção de direitos de pessoas refugiadas e discute dois elementos fundamentais: o primeiro, um contexto jurídico e político regional que aposta pela integração supranacional centrada nos cidadãos. O segundo, um fenômeno social, pessoas da região desarraigadas de maneira forçada que cruzam as fronteiras, principalmente colombo-equatorianas, em busca de segurança e bem estar. A combinação destes dois aspectos presume um cenário favorável ao exercício de direitos. Sem embargo, a análise dá conta da debilidade da CAN para assumir esta problemática. Seus avances alcançam o plano normativo sem estabelecer obrigações concretas, organismos nem procedimentos que materializem direitos no cotidiano.

Palavras chaves: Integração; Refúgio; Direito comunitário; Proteção internacional; Direitos humanos.

* Doctora en Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador. Máster en Estudios Latinoamericanos de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Máster en Relaciones Internacionales con mención en Seguridad y Derechos Humanos de FLACSO, Sede - Ecuador. Profesora - Investigadora de la Universidad de las Américas. Sus líneas de investigación incluyen sistemas internacionales de protección de derechos humanos, género, personas en movilidad humana, discriminación, de la naturaleza y derecho internacional humanitario.

INTRODUCCIÓN

El siglo XXI ha evidenciado la consolidación de un sistema internacional basado en la interdependencia. Las problemáticas actuales superan la capacidad de los Estados para resolverlas e invitan a la comunidad de países a proponer respuestas y acciones conjuntas. Así mismo, la globalización ha evolucionado de manera vertiginosa y hoy por hoy se mueve en un amplio espectro que deja atrás las dimensiones económicas y comerciales como únicos elementos para generar alianzas.

Entre las temáticas que cobran importancia en el marco internacional está la protección de la dignidad humana. De hecho, son cada vez mayores los elementos que evidencian que el Derecho Internacional está dejando atrás su clásica visión centrada en la protección del Estado y sus intereses, para establecer lineamientos de protección en favor de las personas, los pueblos, las colectividades y la humanidad en general.

Es relevante también la consolidación de espacios de integración sólidos que procuran alternativas multipolares y de contrapesos a la clásica hegemonía internacional. Desde esta perspectiva, cobra vital importancia la protección internacional que ofrecen los procesos de integración regional a las personas que, por una o varias circunstancias, ven su vida, su integridad, sus libertades y derechos humanos amenazados en sus países de origen o residencia.

La Comunidad Andina y Ecuador han vivido de cerca el fenómeno del refugio, tanto con países que expulsan personas como con países que ofrecen esta protección

internacional. Este hecho ha sido una constante en la historia de la subregión; prueba de ello es la demanda por el derecho de asilo político de Haya de la Torre, propuesta por el Estado colombiano en contra del Estado peruano en 1951 ante la Corte Internacional de Justicia. Sin embargo, esta situación se recrudece a partir de la década de 2000, cuando por varias circunstancias de orden político y social el Estado colombiano protagoniza una de las emigraciones humanas más fuertes de la historia mundial. A partir de esta problemática, caben las siguientes preguntas ¿cómo le corresponde a la Comunidad Andina abordar la protección de las personas refugiadas y por qué debe incorporar esta protección a través de qué mecanismos?

El texto se desarrolla sobre la base de que el proceso de integración andina ha superado el nivel económico y comercial y se propone consolidar una unión total que tiene como eje central la protección de los derechos de las personas. Además, esto se consolida con la apuesta del derecho internacional público contemporáneo que, por lo menos en el discurso, propone la centralidad de las personas y la protección de sus derechos en el marco de la comunidad internacional. En este sentido, los procesos de integración no pueden estar desligados de la protección de los derechos humanos de las personas en general, y específicamente de las personas refugiadas. Para despejar la interrogante, en un primer momento se recurre a la revisión y análisis de la institucionalidad de la Comunidad Andina, para posteriormente analizar su rol frente a la protección de los derechos humanos en la región en general, y los derechos de las personas refugiadas en particular.

LA COMUNIDAD ANDINA: UN PROCESO DE INTEGRACIÓN SUPRANACIONAL

A partir de la segunda mitad del siglo XX y coincidente con el fin de la Segunda Guerra Mundial, en el

marco del sistema internacional surgen varias iniciativas de integración estatal¹ con el objetivo de actuar

1 Entre los procesos más importantes de integración constan el europeo, que surge en 1951 con la creación de la Comunidad Económica del Acero y el Carbón CECA, y tras un proceso de consolidación en 1992 se convierte en la Unión Europea. En el marco latinoamericano, la literatura da cuenta de que los procesos de integración se inician en las décadas del 50' y 60'. Así, en 1951, se crea el Mercado Común Centroamericano (CECA). Cuarenta años más tarde, en 1991, se instaura un nuevo proceso jurídico político que crea el Sistema de Integración Centroamericano (SICA). En tanto, en 1960 se crea la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, que en la década del 80' se convierte en la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). Y en 1969, se conforma el Pacto Andino, el cual en 1996 se transformaría política y jurídicamente en la Comunidad Andina (CAN). Finalmente, en 1991, se conformó el Mercado Común del Sur (MERCOSUR). La realidad africana da cuenta de procesos de integración como la aparición de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental que se funda en 1975; y la Unión Económica de África Austral, que data de 1980. Finalmente, el continente asiático ha sido un poco más reticente a los procesos de integración, pues se tiende a considerar que la idea del Estado-nación es muy fuerte en la región. Vio nacer a un solo proceso de integración, Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN), que surgió en 1967.

de manera conjunta para alcanzar objetivos comunes que van desde el logro de metas de carácter económico hasta la concepción de fines políticos. Estos procesos, en el siglo XXI, son explicados y analizados a partir de dos enfoques que se denominan el intergubernamentalismo liberal² y la gobernanza supranacional³ (Malamud 2011, 224).

La integración andina responde al nivel supranacional, es decir, propone una agrupación que crea una organización institucional propia, de carácter autónomo. Posee tres órganos que actúan en función de los intereses del Sistema de Integración: La Secretaría General, el Tribunal Andino de Justicia y el Parlamento Andino. Sus funciones y atribuciones constan descritas en el Acuerdo de Cartagena y en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Además, el objetivo del proceso se centra en alcanzar una unidad política y social, fundamentada en el desarrollo de las personas y no solo de los Estados miembros (Art. 1 del Acuerdo de Cartagena). Finalmente, cuenta con un derecho comunitario, que se desarrolla sobre la base de los principios particulares que ha establecido la doctrina para esta rama jurídica.⁴

La década de los 90, y con ella la presencia de crisis en el desarrollo del modelo de integración; así como vicisitudes de carácter político, económico y social de la región latinoamericana, marcan la transformación del proceso andino. Se adoptan acciones y decisiones que plantean propósitos más amplios,⁵ y que buscan

trascender la integración económica y alcanzar la unidad política y la ciudadanía andina de cara a lograr una integración total.⁶ Son varios los documentos que dan cuenta de esta intencionalidad. Por ejemplo, el Tratado Constitutivo del Parlamento Andino, suscrito en 1997, en su artículo 11 establece como propósito de este órgano la búsqueda de una integración que incorpore elementos sociales y políticos. Otro instrumento es la Carta Social Andina, de 1994, que se perfecciona en 1999, y que propone la aprobación de una política andina de movilidad humana.⁷ Cabe mencionar que este objetivo aún no logra materializarse.

En este sentido, la Comunidad Andina creó el Sistema Andino de Integración (artículo 6 del Acuerdo de Cartagena) el cual está conformado por órganos de dirección y decisión; de carácter político,⁸ ejecutivo, legislativo⁹ y jurisdiccional¹⁰; además cuenta con instituciones consultivas, instituciones financieras e instancias sociales¹¹ (Gómez 2010, 33), que buscan materializar el objetivo propuesto.

Finalmente, la integración supranacional se efectiviza a través de la creación de un derecho comunitario propio. Su consolidación proviene de dos vertientes, a las que la doctrina denomina como derecho originario¹² y derecho derivado;¹³ y posee dos principios fundamentales: la aplicación directa y la primacía. Para Montaña, estos principios dan cuenta de la importancia que los Estados le han dado al derecho de integración o comunitario (Montaña 2003, 218). Este se ha consolida-

2 Esta teoría explica la voluntad de integración regional de los Estados a partir de la agrupación limitada a una cooperación que busca alcanzar acuerdos de intercambio comercial.

3 Estos proponen una integración que supera la integración comercial e incluyen en sus procesos de agrupación temas políticos y sociales, llegando incluso a lo que se denomina como integración total (Granillo 2007). Para Montaña (2003) este tipo de integración refleja la intención de fortalecer la interdependencia que se genera en la región. Para alcanzar estos fines crean una institucionalidad compleja, con jurisdicción y autonomía propias que consolida una supranacionalidad.

4 El Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en los artículos del 1 al 4 establece las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, el alcance que poseen y la obligación de los Estados parte, de asegurar el cumplimiento de las normas comunitarias.

5 Principalmente se hace relación a las Resoluciones del Consejo Presidencial Andino, por ejemplo la Declaración de Tarija de 2007 y la Declaración de Guayaquil de 2002.

6 En 1996 se firma el Protocolo de Trujillo que crea la Comunidad Andina y se sustituye el capítulo II del Acuerdo de Cartagena. Posteriormente, en el año 2007, los Presidentes de los países miembros emiten la Declaración de Tarija, en la cual establecen su compromiso por profundizar y renovar la integración. Esta propuesta se centra en “[...] lograr la igualdad en la diversidad al servicio del vivir bien de nuestros pueblos y de la armonía con la naturaleza. Es necesario forjar una integración integral más equilibrada entre los aspectos sociales, culturales, económicos, ambientales y comerciales” (Declaración de Tarija 2007)

7 Decisiones 503 y 504 de 2001; y 525 de 2002.

8 A este carácter representa el Consejo Presidencial Andino, máximo órgano de la CAN.

9 Potestad legislativa con carácter obligatorio que incrementan el acervo comunitario Andino, consta del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión Andina.

10 Esta labor la desempeña de manera privativa el Tribunal Andino de Justicia.

11 Es preciso mencionar que el proceso de integración andino ha sufrido varios cambios, lo cual ha significado una transformación en su institucionalidad. Así, en su momento fundacional, el Pacto Andino contó con dos instituciones y tuvo como órganos principales a la Comisión y a la Junta como entes de decisión; al Comité Económico y Social como órgano consultivo y dos instituciones de soporte financiero y económico Corporación Andina de Fomento y el Fondo Andino de Reservas (Gómez 2010, 32).

12 Conformado por los Tratados constitutivos que establecen la creación, objetivos, competencias y organismos de los procesos de integración regional.

13 El acervo jurídico que surge de los organismos de la integración para cumplir con su misión.

do en la CAN, no solo en la parte normativa (Tratado Constitutivo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina), sino también en los fallos jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Si bien los elementos presentados en esta sección dan

cuenta de un proceso de integración supranacional institucionalizado en el marco formal, en el plano real este no se ha materializado; ya sea por falta de voluntad política o por carencia de mecanismos coercitivos, lo que ha producido su debilitamiento y estancamiento.

LA CAN Y LA PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Tanto la academia como el activismo han definido los derechos humanos desde diferentes perspectivas. Sin embargo, para efectos operativos estos constituyen "... pretensiones o expectativas que un sujeto, de manera fundada, tiene de que otros sujetos hagan o dejen de hacer algo en relación con sus intereses o necesidades" (Aparicio y Pisarello 2008, 141). Este concepto pone en relieve tres elementos fundamentales. El primero evidencia que los derechos son facultades reales ya sean materiales o inmateriales de las personas. El segundo señala que estas facultades significan obligaciones del Estado¹⁴ o de particulares. Y finalmente, propone que el objetivo de estos derechos es alcanzar las necesidades que se dan en el marco de la dignidad humana.

1948 marcó la internacionalización de estos derechos, y con ello, el establecimiento de un sistema internacional para su promoción y protección. Los Estados, basados en un nuevo orden mundial, se auto obligaron a procurar la dignidad de las personas. Así se articuló el derecho internacional de los derechos humanos. Este está conformado por un catálogo de derechos, procedimientos y organismos que consolidan los sistemas internacionales de protección. El catálogo de derechos se refiere al conjunto de principios y reglas que positivizan el conjunto de derechos fundamentales. Los procedimientos, son los procesos creados en el marco internacional para exigir el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de los Estados. Finalmente, los organismos, son la institucionalidad que asume la promoción y protección de derechos.

Así, la protección de los derechos de las personas le corresponde, en primera instancia, al Estado, pero cuan-

do éste no asume su rol, la comunidad internacional está legitimada para hacerlo. Desde esta lógica, cabe preguntarse cómo los procesos de integración se relacionan con la protección de los derechos humanos. La literatura especializada da cuenta de que al momento de su nacimiento ningún modelo integracionista incorporó una agenda de protección y promoción de derechos humanos, sino que esta se ha construido paulatinamente. En el caso de la CAN varios autores proponen que los procedimientos de defensa de estos derechos está en un proceso embrionario (Casal 2006, 11).¹⁵

La academia ha propuesto que la inclusión de los derechos humanos en los procesos de integración se da en cuatro dimensiones: a) como fundamento de la integración; b) como principios que deben ser observados para ingresar y permanecer en el proceso integracionista; c) como valores que deben ser promovidos; y, d) como exigencias que deben ser respetados por los órganos del ordenamiento comunitario (Rincón 2013; Hummer y Frischhut 2004, Casal 2006).

En cuanto a la Comunidad Andina, esta ha consolidado un espacio propicio para la protección de los derechos humanos de los ciudadanos de los Estados parte. Su misión va más allá de temas económicos y comerciales, buscando la protección general de las personas. La CAN posee una institucionalidad sólida, que abarca las esferas de toma de decisiones administrativas, políticas y judiciales autónomas. Finalmente, posee un ordenamiento jurídico comunitario, supranacional, con primacía sobre el derecho nacional y de aplicación directa. Estas características convierten a la CAN en un espacio de protección inmediata de

14 Los instrumentos internacionales han establecido que a los Estados les corresponden las obligaciones de respeto y garantía. La primera, es una obligación negativa, de abstención. La segunda, es una obligación positiva que incluye las labores de prevención, investigación, sanción y reparación (Melish 2003).

15 Entre las razones que se presentan para justificar la tibia incorporación de la protección y promoción de los derechos humanos en el acervo andino constan, la debilidad del proceso de integración andina, la falta de iniciativa del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en esta temática (Casal 2006), así como la falta de exigibilidad por parte de los ciudadanos de los Estados miembros, en tanto, miran al proceso andino como algo lejano a sus derechos e intereses legítimos (excepto en materia económica y comercial).

los derechos humanos, cuando los Estados miembros no cumplan con sus obligaciones en esta materia. Sin

embargo ¿qué ha hecho la Comunidad Andina para alcanzar estos objetivos?

NORMAS DE DERECHOS HUMANOS EN EL MARCO DE LA CAN

Varios autores coinciden en señalar que el instrumento clave en el establecimiento del catálogo de derechos en el marco de la CAN es la Carta Andina de Promoción y Protección de los Derechos Humanos (Benavides y Chávez 2014; Rincón 2013; Casal 2006; Hummer y Frishutt 2004). A esta norma se suman la Carta Social Andina y el Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena “Compromiso de la Comunidad Andina por la Democracia”.

La *Carta Social Andina*, que hace referencia a derechos de mujeres, niñez y adolescencia, jóvenes, pueblos negros y afro-indios, marcó la intención de los Estados de establecer un lineamiento de acción en materia de derechos humanos, principalmente económicos, sociales y culturales. Este documento vincula la erradicación de la pobreza con la atención a grupos sociales estructuralmente discriminados (Rincón 2013, 15).

La *Carta Andina de Promoción y Protección de Derechos Humanos*, fue aprobada por el Consejo Presidencial Andino en 2002 en la ciudad de Guayaquil. Al ser emitida por dicho órgano carece de poder vinculante y no forma parte del acervo del derecho comunitario, conforme lo establece el artículo 1 del Tratado Constitutivo del Tribunal Andino de Justicia.¹⁶ Esto constituye un límite muy fuerte para la obligatoriedad de la incorporación de la protección de los derechos humanos en el seno de la CAN.

La Carta Andina de Promoción y Protección de Derechos Humanos, es muy potente en cuanto a contenido

e integralidad. Así, reconoce derechos civiles y políticos (artículos 19-23); económicos, sociales y culturales¹⁷ (artículos 24 al 27), incorpora el reconocimiento de los derechos al desarrollo y al medio ambiente.

También establece la titularidad de derechos en clave individual y colectiva, reconociendo facultades a las personas y pueblos, entre ellos indígenas y afrodescendientes. Incluye también el reconocimiento específico para “grupos de sujetos de protección especial” (artículos 42 al 59) como las mujeres, personas con discapacidad y personas en contextos de movilidad humana.

Por tanto, aunque no sea vinculante, es un instrumento que contiene fuertes estándares de aplicación de los derechos humanos en el marco interno e intercomunitario.

Cabe mencionar que en varios artículos de la Carta, los Estados expresan su voluntad de renovar los compromisos asumidos en los Tratados de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tanto del Sistema Universal como del Sistema Interamericano.¹⁸ Estas referencias ponen de manifiesto la decisión de no establecer obligaciones concretas, sino de remitirse a otros instrumentos internacionales.

Ha de recordarse que en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, el goce y ejercicio de estos derechos demanda el cumplimiento de las obligaciones estatales de respeto y garantía.

16 La literatura que ha analizado la creación de la Carta Andina de Derechos Humanos evidencia un debate sobre el carácter vinculante del documento así como sobre la justiciabilidad de los derechos contenidos en ella. Por un lado, existían posturas que apoyaban que la Carta Andina de Derechos Humanos hiciera parte del acervo del derecho comunitario y que el Tribunal Andino de Justicia asumiera el rol para monitorear el cumplimiento de los derechos. Por otro lado, tanto la sociedad civil como los Estados andinos presentaron una posición contraria, que proponía que la Carta tuviera un nivel de declaración a ser implementada por los órganos de la integración y que no tuviera el carácter de vinculante. Esta última tesis se sostuvo en el argumento de que dotar de mecanismos coercitivos y vinculantes al SAI sería debilitar el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos y duplicar esfuerzos (Zorrilla 2004, 48; Rincón 2013, 422).

17 Es uno de los primeros instrumentos internacionales que positiviza integralmente los derechos humanos. En el Sistema Universal la brecha entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, se ve plasmada en la existencia de dos Pactos separados y con mecanismos de protección diferentes. Así mismo, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, contempla la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual básicamente, incorpora derechos civiles y políticos. Esta última fue complementada con el Protocolo de San Salvador que incluye los derechos económicos sociales y culturales. Igualmente, los sistemas universal e interamericano se han visto en la obligación de crear instrumentos separados para proteger a diferentes grupos humanos, víctimas de discriminación estructural.

18 Artículos 22 y 27 de la Carta.

PROCEDIMIENTO PARA PROMOCIONAR Y PROTEGER LOS DERECHOS HUMANOS CONSAGRADOS EN LA CARTA ANDINA DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Entre los procedimientos que se han establecido en el marco internacional constan los cuasi judiciales y los judiciales. Los primeros se refieren a procesos cuyas resoluciones no tienen efecto vinculante, aunque en muchos casos pueden significar un proceso concienzudo de investigación. En este tipo de mecanismos están las peticiones individuales llevadas por los Comités de Naciones Unidas o las investigaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En tanto, los mecanismos judiciales son aquellos en los que se presentan denuncias individuales que conllevan una investigación jurídica que concluye con una resolución de carácter vinculante. Esta resolución reconoce la existencia o no de una vulneración de derechos, la responsabilidad del Estado y los mecanismos de reparación, establecidos en el marco del derecho inter-

nacional público general y del derecho internacional de los derechos humanos, en particular.

La falta de establecimiento de obligaciones concretas en materia de promoción y protección de los derechos humanos consagrados en la Carta Andina, conlleva a que esta no posea procesos especiales para prevención y tutela de los mismos.

Así, el artículo 63 de la Carta, que se encuentra enmarcado en la Parte XII, Mecanismos de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, señala que la Carta Andina es un documento complementario a la normativa nacional, e internacional, interamericana y universal. Además limita las acciones de los países miembros, en esta materia, a las actividades nacionales o de cooperación internacional.

ORGANISMOS ENCARGADOS DE LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

A pesar de la institucionalidad fuerte y sólida que posee la Comunidad Andina, esta no tiene competencias especiales en materia de promoción y protección de Derechos Humanos. Como se mencionó anteriormente, los instrumentos que reconocen estos derechos establecen la obligación interna de los Estados dejando a la potestad facultativa de los mismos el aceptar o no las normas de la integración.¹⁹

La Carta no establece de manera expresa a qué organismos del nivel ejecutivo, judicial, legislativo y político de la CAN les corresponde desarrollar acciones concretas para promover y proteger los derechos humanos. Si bien la parte XIII establece el seguimiento de la Carta Andina de Promoción y Protección de Derechos Humanos, los ocho artículos se centran más en buenos propósitos que en acciones concretas. Así,

reconocen que el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores es el máximo órgano comunitario encargado de dar cumplimiento a las iniciativas que establece el documento. Por otra parte, dispone que este mismo Consejo determinará cómo se vinculará el Parlamento Andino para materializar y contribuir a la ejecución y seguimiento de la Carta. El rol del Tribunal Andino de Justicia amerita un análisis particular. Son varios los autores (Rincón 2013; Casal 2006; Hummer y Frischhut 2004) que coinciden en afirmar que el papel de este organismo ha sido incipiente en la materia. Por otro lado, Vargas (2014) encuentra que a partir del año 2003 dicho órgano incorpora en sus fallos la protección de derechos humanos y que, desde 2008, recurre a la Carta Andina de Promoción y Protección de Derechos humanos como una herramienta argumentativa para sus resoluciones.²⁰

¹⁹ La Parte XII de la Carta referente a los mecanismos de protección y promoción de los derechos humanos, establece mecanismos nacionales entre los que se refiere a la administración de justicia, a las defensorías del Pueblo, a los defensores de derechos humanos, a los planes y programas de derechos humanos.

²⁰ Entre los fallos que evidencian la voluntad del Tribunal Andino de Justicia por actuar en procura de los derechos humanos de los ciudadanos andinos constan la Sentencia expedida el 27 de enero de 2007, proceso de incumplimiento 5-AI-2008; el Auto expedido el 23 de junio de 2010 en el proceso de incumplimiento 01-AI-2001, en el proceso electoral en Ecuador; el Caso seguridad social de los migrantes andinos, interpretación prejudicial, expedida el 8 de febrero de 2012 en el marco del proceso 100-IP-2011; el Caso consulta previa de los pueblos indígenas; y la Interpretación prejudicial expedida el 24 de octubre de 2012, en el marco del proceso 60-IP-2012.

Si bien el acervo jurisprudencial no es amplio, existen evidencias de que el Tribunal Andino, al igual que su homólogo europeo, podría generar acciones funda-

mentales para la protección de derechos de los ciudadanos andinos, así como en la creación de precedentes que guíen el accionar en la materia de los Estados miembros.

LAS BUENAS INTENCIONES DE LA CAN Y EL REFUGIO

La situación narrada en la sección anterior da cuenta de que la CAN, a pesar de tener el camino expedito para la protección de los derechos inherentes a las personas, ha delegado este rol al derecho interno y al derecho internacional público. En este contexto surge la duda ¿por qué el sistema de integración andino, que ha postergado la protección de los derechos humanos, debe asumir el cuidado de las personas refugiadas²¹ en la región?

Frente a esta pregunta es fundamental contextualizar que la región es la zona de América con uno de los mayores porcentajes de personas con necesidad de protección internacional. Así, según ACNUR, en el 2011, 446.443 ciudadanos andinos han salido de sus países en busca de protección internacional (Benavides y Chávez 2014, 85). De este alto número, el 98,23% corresponde a personas colombianas que requieren protección internacional, las mismas que son recibidas en el seno de la CAN, principalmente en Ecuador, donde hasta el año 2013 vivían 54.865 personas reconocidas como refugiadas y 170.965, que habían presentado su solicitud, sin obtener una respuesta (ACNUR, 2016).

De otra parte, Benavides y Chávez (2014) dan cuenta de que el Instituto Nacional de Estadísticas e Informática de Perú reporta que para el año 2010, 4.776 personas habían solicitado refugio y 5.834 habían sido reconocidas como tales. Para la OIM, 5.156 personas peruanas han solicitado refugio en Ecuador y apenas 999 han sido reconocidas con tal estatus.

De otra parte, Perú contaba con 105 personas con estatus de refugiadas de origen colombiano. Mientras tanto, el Estado boliviano poseía 674 personas refugiadas, de las cuales 54% provienen de Perú y 19 % de Colombia, lo que evidencia que el 63 % de población en situación de refugio en Bolivia proviene de la Comunidad Andina (Benavides y Chávez 2014, 86).

Los datos evidencian que en la región hay un problema de desarraigo de ciudadanos andinos los cuales, en un alto porcentaje, encuentran una respuesta favorable por parte de los Estados que actúan de manera independiente. A pesar de estos elementos, la Comunidad Andina no ha respondido de manera concertada, institucional y unificada ante esta problemática.

CATÁLOGO DE DERECHOS DE LAS PERSONAS REFUGIADAS Y SOLICITANTES DE REFUGIO EN EL SENO DE LA CAN

En primer, lugar es fundamental señalar que la Carta Andina de Promoción y Protección de Derechos Humanos menciona específicamente los derechos de las personas refugiadas y apátridas. El contenido de estas normas se centra en reiterar el compromiso de

los Estados de cumplir con las obligaciones que hayan adquirido en esta materia, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos (artículo 58). Esto evidencia la falta de decisión de los Estados de complementar la definición de refugiado, atendiendo

21 Para efecto de este ensayo se entiende por refugiada a la persona que cumpla con los parámetros establecidos en el artículo 1 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. Y se refiere a “[...] personas que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él” (Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, 1951, Art. 1). Esta definición se ve complementada para la región latinoamericana y andina a partir de la Declaración de Cartagena sobre refugiados, de 1984, la misma que en su tercera conclusión señala que: “... la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considera también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazados por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”. (El resaltado es de la autora).

a las características propias de la región. Ni siquiera se fortalece la Declaración de Cartagena de 1984.²²

Por otra parte, el artículo 59 señala que los Estados partes prestarán atención a tres temas relevantes con el fin de mejorar la promoción y protección de derechos humanos de las personas refugiadas. En primer lugar, establece la protección de las personas refugiadas y apátridas en contra de toda forma de discriminación y violencia en razón de las cláusulas sospechosas. En segundo lugar, exhorta a la protección de derechos económicos, sociales y culturales como la educación, la salud, la vivienda y la dotación de documentación. Y finalmente, la salvaguardia de los derechos de libertad, como la vida, la seguridad, la propiedad y la protección judicial.

Esta disposición incurre en la misma debilidad mencionada en el acápite anterior, en tanto carece de obligaciones concretas que les sean exigibles a los Estados. Se limita a ser una declaración de buenas intenciones, ya que en materia de establecimiento de deberes concretos continúa remitiéndose al marco internacional.

A pesar de la limitación que evidencia la Carta Andina, existe una fortaleza, y es que todos los Estados miembros han ratificado la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de Refugiado y el Protocolo Adicional de 1967. Sin embargo, este instrumento carece de un mecanismo judicial o cuasi judicial que haga exigibles sus derechos y obligaciones. Se constituye en un conjunto de estándares cuya aplicación depende de la voluntad y activismo de los órganos judiciales y administrativos de cada Estado (Benavides y Chávez 2014).

La CAN, en su calidad de organismo de integración que busca atender de manera unánime la problemática del refugio, debería establecer un sistema integrado de respuesta de los Estados, señalando mecanismos para que de los cuatro Estados miembros sólo uno asuma

el conocimiento, resolución del caso y la protección internacional.

El segundo elemento que se debería abordar desde la normativa andina, es la concepción uniforme del estatuto de refugiado. La Declaración de Cartagena dio un paso importante al establecer la “definición ampliada de refugiado” (Cançado 2011) e incorporar como causales del desarraigo obligado la violencia generalizada, la agresión extranjera, la violación masiva de derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado el orden público. Sin embargo, esta no incorpora problemáticas propias de la región andina, relacionadas por ejemplo con la violación de derechos económicos, sociales y culturales. Una vez establecido el estatuto uniforme, se debería establecer el procedimiento común para conceder, negar o retirarlo. Asumiendo una política integral justificada y no únicamente de cada Estado. Si bien esta es una regulación de carácter normativo, la Carta Andina de Derechos Humanos podría derivar esta labor a uno de los órganos institucionales de la CAN o incluso crear un órgano específico para asumir el tema de refugio.²³

Finalmente, correspondería el establecimiento de un sistema común de protección de personas refugiadas enfocado en varios elementos. El primero, sería el establecimiento de mecanismos que garanticen el derecho a la integración local,²⁴ el mismo que necesariamente debe ir de la mano de políticas encaminadas a combatir la discriminación estatal y social.²⁵ Otro elemento que la protección de las personas refugiadas debe contemplar, y que es necesaria en la región para actuar en comunidad, es la creación de programas de reasentamiento en un tercer país comunitario o no.²⁶ No se debe olvidar la protección integral, esto es, el reconocer que la situación de amenaza a la vida, a la integridad y en sí a los derechos humanos, va acompañada de amenazas a delitos que se cometen en contextos de movilidad como la trata y el tráfico de personas.

22 El *corpus iuris* del Derecho Internacional de las personas refugiadas incorpora: la Convención de Ginebra de 1951, el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967 y la Declaración de Cartagena sobre el derecho de los refugiados de 1984. Cabe mencionar que la Convención Americana de Derechos Humanos constituye a nivel regional un instrumento fundamental para la protección de los derechos de las personas refugiadas.

23 La creación de órganos asesores en materias específicas en la CAN no sería algo nuevo, pues actualmente la CAN cuenta con el Consejo Laboral Andino, el Consejo Consultivo Empresarial Andino, Mesa Andina de Trabajo sobre la promoción y protección de los Derechos del Consumidor; Consejo Consultivo de Autoridades Municipales, entre otros.

24 Uno de los principales problemas que abordan las personas refugiadas de origen colombiano en Ecuador, es la vulnerabilidad de su estatus legal. Estudios realizados en este país afirman que alcanzar el reconocimiento formal no es fácil debido a que los órganos institucionales no reconocen ni asumen los elementos esenciales del refugio (Schussler 2009, 48).

25 Estudios realizados sobre la situación de las personas refugiadas en Ecuador dan cuenta de que uno de los grandes problemas a los que se enfrentan es la discriminación que no pasa solo por las personas sino por las instancias estatales. Así mismo, estas investigaciones académicas dan cuenta de muestras de solidaridad y acogida por parte de otros espacios sociales (Schussler 2009; Ortega y Ospina 2012)

26 Datos de ACNUR dan cuenta de que 13.000 personas refugiadas colombianas fueron reasentadas en terceros países (ACNUR 2016).

Estos problemas tienen tintes transnacionales, por lo que deberían ser abordados por todos los países y con acciones que afronten todas las aristas que presenta el conflicto.

Ninguna de estas problemáticas ha sido asumida por la CAN. Hay que destacar que la institucionalidad andina ha desarrollado normativa en materia migratoria, sin embargo esta se centra en tres aspectos: a) circulación y control migratorio en la región;²⁷ b) promoción de la migración laboral en el espacio intracomunitario;²⁸ y c) protección y asistencia consular a los ciudadanos andinos en el espacio extracomunitario.²⁹

En el marco normativo la Comunidad Andina debería establecer mecanismos de promoción y de protección de los derechos de las personas refugiadas que traspasan las fronteras de la región. Se deberían contar con obligaciones concretas que demanden de los Estados el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía para la materialización y ejercicio de estos derechos.

Los procedimientos y organismos establecidos para la protección de los derechos de las personas refugiadas, son igualmente débiles. Ni los órganos ejecutivos, ni judiciales, ni políticos han asumido el tratamiento de los derechos de las personas con necesidad de protección internacional. No se han otorgado competencias

específicas en la materia a los organismos de la CAN, y mucho menos se han establecido procesos de promoción y protección, que amparen el ejercicio de estos derechos. En este sentido el Tribunal Andino de Justicia no tiene jurisprudencia sobre la materia. Esta situación priva a las personas refugiadas de un espacio cercano que pueda garantizar su dignidad, ofreciéndoles exclusivamente una instancia de protección que es el Sistema Interamericano.³⁰

Este sistema ha jugado un rol importante a pesar de no contar con un instrumento internacional regional que establezca normas y principios en la materia de refugio. El rol de la Comisión Interamericana ha sido trascendental en cuanto ha generado estándares de protección muy importantes en esta materia. En tanto, la Corte Interamericana ha abordado un caso contencioso emblemático: Caso Familia Pacheco Tineo vs Estado Plurinacional de Bolivia. Este caso vincula a dos países andinos: Perú, en donde se da el desarraigo de las víctimas y Bolivia, que rechaza la solicitud de refugio, violentando las normas del debido proceso y expulsando ilegalmente a las víctimas.

Si bien un caso no evidencia un universo, este hecho abona a la necesidad de debatir en el seno de la Comunidad Andina la necesidad de mirar al refugio con lentes regionales y no solo locales.

CONCLUSIONES

La Comunidad Andina es uno de los mecanismos de integración regional más antiguos del mundo; sin embargo, su desarrollo ha sido errático, pasando por momentos de crisis y de apogeo. Desde su creación a mediados del siglo XX hasta hoy, se ha transformado de un proceso centrado en la integración económica y comercial, en uno que tiene como eje el bienestar de las personas.

Este nuevo objetivo del proceso de integración andino lo coloca en un nivel supranacional, caracterizado por una cesión de soberanía estatal hacia la consolidación de una institucionalidad que cobra autonomía para la

materialización de los objetivos integracionistas. Esto va acompañado de una institucionalidad fuerte y de un derecho comunitario reforzado, que se caracteriza por la supremacía, el efecto directo y la aplicación directa. Estos elementos lo ponen en un nivel superior al Derecho Internacional común y por tanto, lo convierten en un mecanismo más potente para la materialización de los fines de la integración, principalmente, en cuanto a la protección de las personas.

La nueva perspectiva de la integración andina le invita y obliga a asumir la promoción y protección de los derechos humanos. Si bien la CAN ha dado pasos

27 Decisiones 397; 527; 501; 502; 503; 526.

28 Decisiones 545, 583 y 584.

29 Decisiones 504 y 548.

30 Básicamente se refiere al rol de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos.

hacia la materialización de este objetivo, como la expedición de la Carta Andina de Derechos Humanos, su propuesta ha sido muy tímida. No ha aprovechado su institucionalidad ni su capacidad jurídica, sino que más bien continúa delegando esta labor a los Estados y al derecho internacional de los derechos humanos. Esto significa la limitación de un espacio fundamental para que los ciudadanos andinos hagan efectivos sus derechos a partir de mecanismos más próximos a su realidad.

En materia de protección de personas refugiadas, la CAN evidencia una problemática constante, pues enfrenta la expulsión y acogida constante de personas desde hace más de una década. Sin embargo, el problema pasa desapercibido, invisibilizado y por tanto, desatendido.

A pesar de la magnitud del fenómeno, la CAN no ha generado acciones propias para ofrecer protección internacional. La excusa de los Estados para no implementar sistemas de protección de derechos es su voluntad de no duplicar esfuerzos. Pero en materia de protección de la humanidad jamás los esfuerzos están de más. Se deben generar mecanismos de cooperación y complementariedad, de cara a obtener un bien común.

La CAN sigue derivando la protección de las personas refugiadas al Sistema Interamericano, el cual posee grandes debilidades. No tiene normativa expresa en materia de refugio; posee un elevado nivel de causas pendientes de resolución, por lo que su respuesta no siempre es eficiente; y además enfrenta una grave crisis económica que pone en riesgo su supervivencia.

En virtud de todo lo analizado antes, puede afirmarse que la CAN es un espacio propicio para proteger a las personas refugiadas, en tanto persigue un interés común que es el bienestar de sus ciudadanos; tiene una institucionalidad sólida y su marco normativo conforma el derecho comunitario. Su actuación conjunta permitiría ofrecer garantías de protección a las personas que lo requieren en el ámbito internacional, y promover la respuesta efectiva no solo de un Estado, sino de todos.

En cuanto a los mecanismos idóneos para la protección de las personas refugiadas, sería fundamental la construcción de un catálogo de derechos obligatorio, es decir, que se enmarque en el derecho comunitario, que provengan de una decisión. Así mismo, la disposición debería enunciar derechos, obligaciones, definiciones concretas y la consolidación de un sistema que procure la atención integral a las personas refugiadas; así como los organismos e instituciones que asumirían esta temática. La CAN debería proponerse un plan de acción con objetivos y metas concretas y tiempos de ejecución.

Finalmente, la protección de las personas refugiadas no pasa sólo por la acción estatal, sino también por el empoderamiento de los ciudadanos y ciudadanas. Es decir, sobre la base del principio de efecto directo del derecho comunitario, los residentes de los Estados miembros están facultados para hacer exigibles sus derechos.

Se requiere de un activismo institucional y de un activismo personal que conlleve a la materialización de los derechos.

BIBLIOGRAFÍA

- ACNUR. 2016. *ACNUR en Ecuador*. Disponible en http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/RefugiadosAmericas/Ecuador/2016/ACNUR_Ecuador_2016_General_ES_Abril. Consultado el 20-5-2016.
- Aparicio, Marco y Pisarello Gerardo. 2008. *Los derechos humanos y sus garantías: nociones básicas*. En Jordi Bonet i Pérez, Víctor M. Sánchez (Coord.), *Los Derechos Humanos en el Siglo XXI continuidad y cambio*: 140-161.
- Benavides Llerena, G. y Gardenia Chávez Núñez. 2014. Migraciones y Derechos Humanos. El caso de la Comunidad Andina. *Revista José María Córdova*, 12 (4): 75-93.
- Canaçdo Trindade, Antonio Augusto. 2011. Aproximaciones y convergencias revisitadas: diez años de interacción entre el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los refugiados, y el derecho internacional humanitario (De Cartagena/1984 a San José/1994 y México/2004). En *La Protección Internacional de los refugiados en las Américas*. ACNUR-Ecuador: 229-310.
- Casal, Jesús. 2006. *Desafíos de los procesos de integración en materia de derechos humanos*. Lima: Consejo Consultivo Laboral Andino.
- Granillo, Ocampo Raúl. 2007. *Derecho público de la integración*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Desalma.
- Gómez, Ángela. 2010. Institucionalidad y problemáticas de la Comunidad Andina de Naciones. *Revista Poliantea*, 6 (10): 31-50.
- Hummer, Waldemar y Markus Frischhut. 2004. *Derechos Humanos e integración. Protección de los derechos humanos en la Comunidad Andina y en la Unión Europea*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar/Corporación Editora Nacional.
- Malamud, Andrés. 2011. Conceptos, teorías y debates sobre integración regional. *Revista NORTEAMÉRICA*, 6 (2): 219-249.
- Melish, Tara. 2003. Estableciendo la responsabilidad del Estado: el deber de respetar, garantizar y principio de progresividad. En *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Quito: CEDES, Sergrafic.
- Montaño, César. 2013. *Problemas Constitucionales de la Integración*. México: Editorial Porrúa.
- Montaño, César. 2003. Comentarios y reflexiones sobre el derecho comunitario. *Foro, Revista de Derecho*, 1: 203-238.
- Ortega, Carlos y Oscar Ospina (coords). 2012. "No se puede ser refugiado toda la vida..." *Refugiados urbanos: el caso de la población colombiana en Quito y Guayaquil*. Quito: FLACSO-Ecuador.
- Rincón Eizaga, Lorena. 2013. Derechos Humanos e Integración en América Latina: El Caso de la Comunidad Andina. *Revista Fónesis*, 20 (3): 411-433.
- Shcussler, Stuart. 2009. *Entre la sospecha y la ciudadanía: refugiados colombianos en Quito*. Quito: Ediciones Abya-Yala; FLACSO, Sede Ecuador.
- Vargas Mendoza, Marcelo. 2014. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y la Defensa de los Derechos Humanos. *Revista Tinta Jurídica*. Universidad SEK Ecuador: 19-50.
- Zorrilla Suniaga, Dionellys. 2004. *La Carta Andina de Derechos Humanos. ¿Un paso hacia la concepción comunitaria de los derechos humanos en la Comunidad Andina?* Tesis para la obtención del título de Magistra en Derecho con mención en Derecho Constitucional. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Disponible en <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2876/1/T1027-MDE-Zorrilla%2c%20La%20Carta.pdf>. Consultada el 13-05-2016.

Legislación y otros instrumentos consultados

Acuerdo de Cartagena, 1969.

Carta Social Andina. Comunidad Andina. 1999.

Carta Social Andina, 1994.

Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.

Declaración de Tarija, 1997. Disponible en http://www.comunidadandina.org/-documentos/actas/Declaracion_Tarija.pdf.

Declaración de Cartagena sobre Refugiados, 1984.

Protocolo de Trujillo. Comunidad Andina. 1967.

Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena “Compromiso de la Comunidad Andina por la Democracia”. Comunidad Andina, Octubre de 1998.

Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. 1966

Tratado Constitutivo del Parlamento Andino. 1979.

Tribunal Andino de Justicia. 2002. *Sentencia 34-AI-2001, de 21 de agosto de 2002, publicada en la G.O.A.C. N° 839, de 25 de septiembre de 2002.*

Tribunal Andino de Justicia. 2014. *Proceso No. 85-IP-2014. Interpretación Prejudicial.*

EL JUEGO DE LA MIGRA ¿UN JUEGO DE WAMBRAS NO MÁS?

THE MIGRATIO GAME. JUST A WAMBRA'S PASSTIME?

O JOGO DA MIGRA ¿UM JOGO DE WAMBRAS NO MÁS?

*Carlos Leonardo Minchala**

Fundación La Salle de Ciencias Naturales – Venezuela

Recibido: 03/04/2016

Aceptado: 12/06/2016

Resumen:

Al sur del Ecuador, en un barrio de la Provincia de Cañar, se ha oficializado entre los niños y niñas el *juego de la migra*. Entre ellos/as ya es muy común que al terminar el día se reúnan de forma espontánea en la cancha del barrio Jerez Calchur, lugar en el que se realizó la investigación, para realizar dicho juego. La particularidad de este artículo es que son niños/as quienes recrean lúdicamente las prácticas migratorias que han vivenciado sus familiares o vecinos, las cuales han tenido como destino predominante a Estados Unidos. Es así como se busca analizar el modo en que se manifiesta por medio del *juego de la migra* la construcción del *habitus*, y, a la vez, cómo se representan los imaginarios sociales sobre la migración irregular, fenómeno que ha atravesado las subjetividades de gran parte de la población de la Provincia de Cañar.

Palabras clave: Migración; Infancia; Imaginarios sociales; Subjetividades; Juego; Habitus.

Summary:

The “migration game” has become popular among children of Jerez Calchur, a neighborhood located in Cañar, a province in the south of Ecuador. At the end of the day they get together spontaneously in a playground to play this game. This article will proceed to analyze the way in which children amuse themselves by playing this game and how this is a portrayal of the migratory traditions that their relatives or neighbors have experienced, mainly those related to reaching the United States as a country of destination.

Thus, through the analysis of the “migration game” it will be possible to demonstrate the construction of habitus and at the same time how the social imaginaries are represented in regards to irregular migration, due to the fact that it is the way in which the children of the community have chosen to react to the migration phenomenon which has affected most of the subjectivities of the province of Cañar.

Key words: Migration; Childhood; Social imaginary facts; Subjectivities; Game; Habitus.

Resumo:

Ao Sul do Equador, num bairro do Estado de Cañar, se oficializou entre os meninos e meninas um jogo, o *jogo da migra*. Entre eles (as) já é muito comum que ao terminar o dia se reunam de forma espontânea na quadra do bairro Jerez Calchur para realizar este jogo, lugar onde se realizou a pesquisa. A particularidade deste artigo é que são meninos/as quem recriam por meio do jogo as práticas migratórias que vivenciaram seus familiares ou vizinhos, as mesmas que tiveram como destino predominante Estados Unidos. É assim como se busca analisar como se manifesta por meio do *jogo da migra* a construção do *habitus*, e também como se representam os imaginários sociais sobre a imigração irregular, fenômeno que tem atravessado as subjetividades de grande parte da população do Estado de Cañar.

Palavras chaves: Imigração; Infância; Imaginários sociais; Subjetividades; Jogo; Habitus.

* Coordinador Nacional de Servicio Comunitario en Fundación La Salle de Ciencias Naturales (Venezuela). Obtuvo la licenciatura en Ciencias de la Educación en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, realizó estudios sobre Curriculum en FLACSO-Argentina. Entre sus líneas de investigación están los temas relacionados con migración, juventudes y educación. E-mail: clminchala@gmail.com

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es un análisis de las vivencias subjetivas infantiles en contextos marcados profundamente por prácticas migratorias.¹ En este artículo se entiende por vivencias subjetivas infantiles a las prácticas cotidianas realizadas por niños/as. En este caso se trata de un juego al cual los sujetos que lo practican le han denominado *el juego de la migra*, en el cual un grupo de niños/as representan las experiencias de los sujetos que son sometidos a un proceso de migración forzada e irregular. Dicho juego es practicado de forma cotidiana por los niños/as del Barrio Jerez Calchur ubicado en la Parroquia Biblián de la Provincia de Cañar. El fenómeno migratorio ha marcado a esta población a tal punto que los sujetos desde su infancia juegan con ser migrantes.

Este análisis sobre *el juego de la migra* se realiza desde la mirada de “los que se quedan”, es decir; se trata sobre los sujetos que permanecen en el lugar de origen y que tienen familiares que han migrado de forma predominante hacia Estados Unidos. Planteando el análisis desde la mirada de los que se quedan, se considera pertinente abordar las siguientes interrogantes: ¿qué sucede con los sujetos que se quedan en su lugar de origen mientras sus familiares o vecinos migran?; ¿los que se quedan también son parte del proyecto migratorio?; ¿cómo se transforman las subjetividades al verse atravesados por el fenómeno migratorio?

Al tratarse de un “juego de niños” nos encontramos ante dos categorías: juego e infancia, que socialmente han sido subordinadas y poco tomadas en cuenta dentro de la dinámica social. En ese sentido este trabajo es una oportunidad para hacer un giro en la compren-

sión de las dos categorías. Es así que se busca superar la idea de juego como sinónimo de diversión, para comprenderlo como una representación social y cultural. Para esto nos remitimos a la teorización sobre el juego que hace Johan Huizinga en *Homo Ludens*. Otro giro que se busca hacer es el de la comprensión de los niños como sujetos pasivos, en estado de protección, para entenderlos como sujetos activos dentro de la dinámica social.

Siguiendo con la idea anterior, *el juego de la migra* es entendido por las personas adultas como “un juego de wambras no más”,² expresión que, al menos, evidencia dos cosas: la escasa relevancia que se da a esta práctica por el hecho de tratarse de un juego, y, aún, la menor importancia que cobra debido a que quienes lo practican son niños/as. Es por eso que este ensayo cobra importancia, justamente porque revertimos esa subordinación y asumimos a los niños como sujetos activos dentro de la dinámica social y al juego como una forma de representación social y cultural de un determinado conglomerado social.

El concepto de *habitus* de Bourdieu nos permitirá comprender que los *wambras* son sujetos que están atravesados por las estructuras sociales de un contexto de migración. En este sentido, quienes practican *el juego de la migra* exteriorizan lo que han interiorizado de la estructura social migratoria siendo esta una forma de recrear la realidad. Es así como en este artículo sobre migración se considera *el juego de la migra* como base para analizar los imaginarios sociales y las formas de recrear los procesos migratorios irregulares que se realizan hacia Estados Unidos.

JEREZ CALCHUR: UN BARRIO MARCADO POR LA MIGRACIÓN

Jerez Calchur es un barrio ubicado a tres kilómetros de la Parroquia Biblián en la Provincia de Cañar, en Ecuador. Es un barrio, al igual que muchos otros

de esta provincia, que está marcado fuertemente por el fenómeno migratorio hacia Estados Unidos como lugar predominante.³ La mayoría de los habitantes han

1 Este artículo nace a partir de la experiencia de vivenciar *El juego de la migra* en enero del 2015 en un barrio de la Parroquia Biblián. A partir de dicha experiencia se registraron los datos y la información de lo que se observaba en el juego. Para profundizar aquello se procedió a realizar entrevistas semiestructuradas. La inserción en aquel barrio no fue con fines investigativos sino de apoyo en el área de educación. Sin embargo, hoy se remonta dicha información para elaborar el presente artículo.

2 Palabra kichwa que en español significa: joven, adolescente, muchacho (Goldáraz 2011).

3 “En la actualidad, Cañar es el segundo cantón con mayor incidencia migratoria del Ecuador y una de las zonas del país con más población indígena. Según el último Censo realizado en Ecuador (INEC 2010), en Cañar el 39% de la población se reconoce indígena, y el 48% de los hogares indígenas declaran tener algún miembro de la familia viviendo fuera del país” (Vásquez 2014, 3).

realizado el proceso migratorio de forma *irregular*, es decir; mediados por un coyotero o como la gente del barrio lo indica: “se han ido por el camino”, lo cual implica viajar vía área o marítima hasta algún país de Centroamérica y desde ahí caminar y cruzar la frontera México-Estados Unidos de forma ilegal. Se han ido de su lugar de origen con la ilusión de hacer realidad la promesa del sueño americano (Lantzy 2012).

Analizando el proceso migratorio desde la perspectiva de los que se quedan se pretende develar las transformaciones subjetivas que se han generado en los sujetos (niños/as) del Barrio Jerez Calchur. De esta forma se rompe con la lógica de que el sujeto del proceso migratorio es únicamente el que realiza el viaje y nos permite entender que tanto los que se van como los que se quedan son parte del proyecto migratorio. Sin embargo muchos de los estudios sobre emigraciones han centrado sus análisis en los sujetos que ejecutan el viaje como tal.

Para una mayor comprensión del proceso migratorio en esta localidad, es pertinente hacer una lectura de la historia migratoria de los sujetos de la Provincia del Cañar. Hay autores que dividen en dos épocas el proceso migratorio de la población de la Provincia de Cañar hacia los Estados Unidos: la primera época corresponde a la década de los sesenta y la segunda corresponde los noventa. La primera está relacionada con el declive del mercado de *Panamá Hat*, un sombrero producido

particularmente en la región sur del Ecuador, y la segunda época de fuerte oleaje migratorio se atribuye a la crisis económica que sufrió el país en 1998 (Herrera, Carrillo y Torres 2005, 33-41).

Las provincias de Cañar y Azuay son sitios de flujos migratorios a Estados Unidos en gran escala, especialmente al área metropolitana de Nueva York:

La emigración desde esta región empezó gota a gota a finales de los años sesenta, pero despegó tan rápidamente en los ochenta, que los ecuatorianos pasaron del anonimato, a convertirse en una de las comunidades inmigrantes más numerosas en el área metropolitana de Nueva York en una sola generación [...] la mayoría de los migrantes de esta región ha utilizado a redes de coyoteros para llegar a Estados Unidos. (Herrera, Carrillo y Torres 2005, 57)

En ese contexto, los sujetos en quienes se centra este estudio son niños/as que han sido testigos del proceso migratorio de varios de sus familiares, amigos o vecinos. Tan fuerte es el impacto del fenómeno migratorio en este barrio, que a partir de dichas experiencias crean *el juego de la migra*, el cual practican únicamente en espacios propios del barrio (cancha barrial, sembríos) más no en otros espacios de socialización que no sea parte de su localidad.

EL JUEGO COMO REPRESENTACIÓN SOCIAL Y CULTURAL

En este ensayo, para aproximarnos conceptualmente a la categoría *juego*, tomamos como base la obra de Johan Huizinga, titulada *Homo Ludens*, en donde se problematiza el juego con la cultura superando enfoques biologicistas y psicologías que lo reducen a algo meramente fisiológico o como una reacción psíquica.

La psicología y la fisiología se esfuerzan por observar, describir y explicar el juego de los animales, de los niños y de los adultos. [...] Los numerosos intentos por determinar esta función biológica del juego son muy divergentes. Se ha creído poder definir el origen y la base del juego como la

descarga de un exceso de energía vital. Según otros, el ser vivo obedece, cuando juega, a un impulso congénito de imitación o satisface una necesidad de relajamiento. (Huizinga 2007, 12)

Es así como se considera que el juego responde a una necesidad psicobiológica del ser humano, y tiene una intencionalidad definida: descargar el exceso de energía, obedecer a un impulso congénito de imitación, satisfacer una necesidad de relajamiento, ejercicio para adquirir dominio de sí mismo, satisfacción de deseos que no se pueden satisfacer en la vida real, es decir; el juego tiene una clara finalidad psicobiológica (Huizinga 2007,12-13).

Como se evidencia, estas utilidades que se atribuyen al juego son explicaciones únicamente parciales sobre el mismo. En este sentido, Huizinga profundiza en su reflexión afirmando que: “ningún análisis biológico explica la intensidad del juego y, precisamente, en esa intensidad, en esa capacidad suya de hacer perder la cabeza, radica su esencia, lo primordial” (2007, 13).

Huizinga problematiza el juego con la cultura para superar la visión psicobiológica. Es así como se plantea al juego como un medio por el cual se manifiesta “el carácter lúdico de la vida cultural” (Huizinga 2007, 13), por lo tanto no podemos entender el juego fuera de la cultura.

En este ensayo se entiende al juego “como una forma de actividad, como una forma llena de sentido y como función social. No busca los impulsos naturales que condicionarían [...] el jugar, sino que considera el juego, como una estructura social” (Huizinga 2007, 15). En ese sentido *el juego de la migra* responde no solo a un deseo de diversión, o de liberar energía, sino es una forma de manifestar la vida cultural de la gente que está marcada por el fenómeno migratorio.

Desde la perspectiva de este autor se pueden destacar algunas características del juego:

- Todo juego es, antes que nada, una actividad libre. El juego por mandato no es juego, se juega porque se encuentra gusto en aquello.

- Cualquier juego puede absorber por completo, en cualquier momento, al jugador, es ahí cuando se rompe la dicotomía broma-serio. “El valor inferior del juego encuentra su límite en el valor superior de lo serio. El juego se cambia en cosa seria y lo serio en juego” (Huizinga 2007, 21).
- Cuando el juego termina este cobra estructura de forma cultural, ya que una vez que se ha jugado permanece en el recuerdo como creación, es transmitido y puede ser repetido en cualquier momento.
- Cada juego tiene sus reglas propias, determina lo que es válido dentro del mundo provisional que se ha creado. Frente a las reglas del juego no cabe ningún escepticismo, en cuanto se traspasan las reglas se deshace el mundo del juego.

El juego entendido como el carácter lúdico de la vida cultural y como estructura social, expresa la lucha por algo o la representación de algo. “La representación puede consistir tan solo en presentar a espectadores algo naturalmente dado” (Huizinga 2007, 28), o si se adjunta una variante a lo que se considera “naturalmente dado” esta cobra relevancia por ser una presentación que se escapa de la realidad habitual. En el caso del *juego de la migra* se representa el proceso migratorio que han realizado los familiares, amigos o vecinos de las persona que practican dicho juego, como veremos a continuación.

EL JUEGO DE LA MIGRA: TIEMPOS, ESPACIOS, REGLAS Y ROLES

Este juego ha llegado a formar parte de las prácticas sociales cotidianas de los niños/as del barrio Jerez Calchur. La intencionalidad explícita es reunirse con los amigos/as del barrio para divertirse como si lo hicieran con cualquier otro juego, y lo hacen al terminar el día en la cancha del barrio, en un ambiente comunitario e incluso de familiaridad. Hay algo que les cohesionan entre ellos: todos tienen a alguien que ha migrado, ya sea un familiar, amigo o vecino.

Para algunas personas, sobre todo adultas, *el juego de la migra* es “un juego de wambas no más”, es decir; no tiene importancia por tratarse justamente de un juego y menos aún por el hecho de que quienes lo practican son niños. El hecho de no darle importancia a esta

práctica evidencia el poco interés que se tiene sobre los efectos que causa la migración en ellos. Incluso, existe el riesgo de naturalizar la migración en esta zona obviando los procesos sociohistóricos y las causas que han generado fuertes oleadas migratorias.

En este trabajo evidenciamos que no es “un juego de wambas no más”, sino que es un medio por el cual se manifiestan los imaginarios sociales que los niños/as han construido sobre la migración.

Es un juego que muestra cómo los niños/as mitifican a Estados Unidos como el lugar de las oportunidades, el lugar en donde se pueden hacer realidad los sueños. En última instancia, evidencia cómo el proyecto de la

Modernidad disfrazado de sueño americano seduce con su idea de desarrollo y progreso, se muestra como

un proyecto emancipador de la pobreza que ha sido generada por el mismo sistema.

¿CUÁNDO Y HASTA QUÉ HORA SE JUEGA?

No todo el tiempo se puede jugar a la *migra*. De preferencia tiene que ser en la tarde-noche, y en tiempo de chacra, es decir; cuando los cultivos de maíz están altos. Esto facilita esconderse de mejor forma, y no ser descubiertos con facilidad por parte de la policía migratoria. Cronológicamente no existe un tiempo de-

finido estático hasta qué hora jugar. Juegan “*hasta que dure la alegría*” o “*hasta que se cansen*”. Sin embargo, como mínimo de tiempo puede durar aproximadamente 30 minutos y alargarse hasta que el grupo decida o se sienta cansado, no existe un límite de tiempo establecido de duración del juego.

LOS ESPACIOS EN EL JUEGO DE LA MIGRA

El espacio en el que se realiza el juego siempre es el barrio, ya que tienen sentido de pertenencia hacia el mismo. En este sentido, los actores de este juego dicen que no juegan en otro espacio, como por ejemplo la escuela, porque: “*ahí no éramos los mismos, y no sabían* (los compañeros de la escuela) cómo jugar. *Solo jugamos en el barrio con los primos, la familia* (entre gente de confianza)” (Minchala 2015, Entrevista a un grupo de adolescentes en el barrio Jerez Calchur).

En la lógica del *juego de la migra* es necesario definir de forma explícita tres espacios: la frontera, Estados Unidos y la cárcel. Cada uno de estos espacios tienen sus características particulares, por lo tanto, no son es-

pacios seleccionados arbitrariamente. Al describir estos espacios las personas que participan de este juego dicen que:

La **frontera** son montañas desoladas, debe haber escondites con montes o alguna cosa. **Estados Unidos** es la cancha porque ahí ya hay casas, está la luz de las lámparas. También hay **la cárcel** para cuando les atrapa la policía, la cárcel es en la casa comunal, ahí se les encierra. (Minchala 2015, Entrevista a un grupo de adolescentes en el barrio Jerez Calchur)

LAS REGLAS DEL JUEGO

Las reglas son muy importantes dentro del juego, ya que ayudan a cumplir el objeto de cruzar la frontera que divide México con Estados Unidos; son relativas al rol que cada integrante asume y al lugar en el que se encuentren dentro del proceso migratorio. A continuación detallamos algunas.

Previo al viaje hay que conseguir dinero. Los niños/as que practican este juego tienen claridad que para realizar el viaje es necesario contar con una cantidad de dinero, en el juego, ficticio. Considerando que *el juego de la migra* se practica en un contexto campesino, el dinero es representado con hojas de árboles.

Todos los niños/as que en el juego asumirán el rol de migrantes, previo al viaje hacen un recorrido por los

sembríos de maíz y árboles recolectando la mayor cantidad de hojas que de forma simbólica representan el dinero. Cuando ya se tiene el dinero suficiente –esto implica para pagar al coyotero y provisiones para el camino– se emprende el viaje hacia Estados Unidos.

El valor que se paga al coyotero es de diez mil dólares, y las provisiones para el camino pueden llegar hasta tres mil dólares. Estos valores son aproximaciones que se hacen dentro del juego. Los niños/as tienen noción de los valores económicos tanto para pagar al coyotero como para pagar una fianza en el camino en el caso de ser detenido por la policía. En una mesa de diálogo ellos manifiestan que conocen estos valores ya que han sido testigos de cómo sus familiares se han endeudado para poder migrar hacia Estados Unidos.

También es importante mencionar las reglas para el momento en el que se cruza la frontera. Los niños/as en el juego tienen claro que si alguno de los que asumen el rol de migrantes es atrapado por la policía, este no debe reírse, no debe moverse, ni siquiera se debe respirar fuerte, tampoco se puede mirar al policía, si esto sucede los migrantes son detenidos y llevados a un espacio que representa la cárcel. Si es que esto llegara a suceder, el proceso de liberación puede ser negociado con la policía, es ahí cuando se hace uso de las hojas de los árboles que representan el dinero. Estas sirven para pagar una fianza de próximamente mil dólares, o por el contrario pueden ser deportados a su lugar de origen, lo cual dentro del juego implica quedar fuera del mismo.

Otro aspecto importante como regla dentro del juego es que si el coyotero anuncia la presencia de la policía, los migrantes deben esconderse. Para los niños/as que practican *el juego de la migra* este es el momento más

“emocionante”. El hecho de correr, esconderse, el no dejarse descubrir para ellos significa luchar por terminar como ganador dentro del juego, lo cual significa luchar por hacer realidad el sueño americano.

El juego termina cuando todos, o al menos la mayoría, hayan cruzado la frontera. Esto implica haber salido del lugar de la clandestinidad que en el juego está representado por los sembríos de maíz sin iluminación (el juego se realiza en la noche), y llegar a la cancha del barrio que tiene iluminación, que es un lugar amplio en donde se pueden desplazar sin mayor complicación ni temor. Al representar a Estados Unidos con la cancha iluminada y amplia, los niños/as evidencian el imaginario social que han construido sobre dicho lugar: para ellos Estados Unidos es el lugar de “las luces”, es donde se puede vivir sin mayor complicación, en donde se puede hacer realidad el sueño de vivir mejor, y ayudar a vivir mejor a quienes se quedan en su lugar de origen.

LOS ROLES EN EL JUEGO DE LA MIGRA

Los roles que se asumen en el *juego de la migra* básicamente representan a los actores sociales del proceso migratorio irregular: coyotero, migración (policías) y migrantes, los que pueden ser asumidos voluntariamente o asignados por la persona que dirige el juego, quien, por lo general, es el/la mayor en edad dentro del grupo y posee actitudes de liderazgo. En primera instancia se asumen los roles de forma espontánea y libre, si no se llega a completar los roles necesarios para jugar se asigna a alguien el rol que hace falta.

El coyote es la persona que media en el proceso migratorio. Según los relatos de los niños y niñas que practican este juego: “el coyote es quien les lleva a los migrantes a Estados Unidos, es la persona quien les hace pasar la frontera”. En la descripción que hacen los niños/as sobre el rol del coyote, se da a conocer el imaginario social que tienen ellos sobre esta figura, para ellos él “es quien conoce el camino para llegar a Estados Unidos”.

Como los niños/as indican: “la principal función que tiene el coyote es hacer cruzar la frontera”. Este es el objetivo principal del juego, pasar de la clandestinidad al lugar en donde se puedan desarrollar sin ma-

yor complicación; al menos ese es el imaginario que se manifiesta dentro del juego. En este proceso de cruzar la frontera, el coyote es una persona clave, ya que es él quien conoce el camino, anuncia la presencia de la policía migratoria en la frontera, alerta a los migrantes si es que la policía migratoria les persigue. Todo esto se representa en el desarrollo del *juego de la migra*.

En el caso de que algún migrante sea atrapado por la policía, el coyote deberá “poner la cara” frente a migración y pagar una fianza para la liberación de quien haya sido atrapado. Por esa razón quienes asumen el rol de migrantes depositan toda su confianza y esperanza en él.

Otro rol que se asume en el juego es el de *migración*, así se llama a la policía migratoria. Por lo general se requiere de cuatro personas que asuman este rol. Su función es vigilar la frontera, y “atrapar migrantes ilegales”. En el imaginario de las personas que juegan existen policías buenos y policías malos; los buenos a veces les dejan libres, y los malos son los que les llevan presos o les regresan a su lugar de origen, es decir, les deportan. Dentro del juego, el encuentro entre policías y migrantes es un verdadero enfrentamiento entre dos bandos, los unos son quienes vigilan, persiguen, atra-

pan migrantes, y los otros buscan un lugar para esconderse, buscan no ser descubiertos. Si algún migrante es atrapado por la policía, este es el encargado de llevarles hasta la cárcel y cobrar una fianza para su liberación.

El rol que más prefieren en el juego es el de *ser migrante*. En el juego, los migrantes conforman el grupo

predominante de aproximadamente 10 personas. Los migrantes son los principales actores del juego, son los que más se divierten. Las personas que participan del juego indican que: “*ser migrante es más emocionante porque a la hora de correr se siente más la adrenalina*” (Minchala 2015, Entrevista a un grupo de adolescentes en el barrio Jerez Calchur).

LA CONSTRUCCIÓN DEL HABITUS EN EL JUEGO DE LA MIGRA

Como se había indicado ya, este trabajo pretende hacer un giro sobre la comprensión del juego. En ese sentido se entiende al juego como la forma de manifestar el carácter lúdico de la vida cultural (Huizinga 2007), y a la vez como un medio por el cual se representan los imaginarios sobre un hecho social, de esta forma, se supera la visión biologicistas y psicologistas con la cual muchas veces se entiende. Además, consideramos pertinente utilizar dos conceptos que nos sirvan como referentes teórico para analizar el juego de la migra. Nos referimos al *habitus* tal como lo formula Bourdieu, y a la construcción de los *imaginarios sociales* sobre la migración.

Otro aspecto a considerar es que este estudio sobre migraciones es visto “desde los que se quedan”, es un análisis del *habitus* y los *imaginarios sociales* construidos por los sujetos que permanecen en el lugar de origen, o como se les denomina en los estudios sobre migración, es una análisis desde el enfoque de las “comunidades fijas” (Herrera, Carrillo y Torres 2005).

El concepto *habitus* emerge en el debate entre el estructuralismo y el subjetivismo. El primero sostiene la idea de la estructura social sin sujeto, y la segunda sostiene la idea de un sujeto sin estructura. En este sentido Bourdieu plantea la noción del sujeto estructurado y estructurante, es decir un sujeto que es atravesado por las estructuras socioculturales en las que se desarrolla y a la vez reproduce o recrea esas estructuras sociales generando nuevas estructuras.

Es así como se entiende al sujeto como una estructura estructurante, porque organiza las prácticas y la percepción de las prácticas, y a la vez es también estructura estructurada, ya que incorpora dicha prácticas sociales. Esto es lo mismo que decir que inevitablemente se encuentra inscrita en las disposiciones del *habitus* toda la estructura del sistema de condiciones

tal como se realiza en la experiencia de una condición que ocupa una posición determinada en esta estructura: las más fundamentales oposiciones de la estructura de las condiciones (alto/bajo, rico/pobre, etc.) tienden a imponerse como los principios fundamentales de estructuración de las prácticas y la percepción de las prácticas (Bourdieu 2002, 170-1).

Es ese sentido se entiende al *habitus* no como un sistema de formas y categorías universales, sino como “un sistema de *esquemas incorporados* que, constituidos en el curso de la historia colectiva, son adquiridos en el curso de la historia individual, y funcionan *en la práctica y para la práctica*” (Guerra 2010, 391).

Dentro del *juego de la migra* las personas que asumen los diferentes roles (coyote, policía, migrantes) son sujetos que están atravesados por una estructura social migratoria, y a la vez son sujetos que con prácticas sociales como el juego, no solo reproducen sino que recrean las estructuras sociales.

Desde el concepto del *habitus*, es esta estructura social migratoria la que se ha inscrito en el cuerpo de los sujetos que asumen los diferentes roles en *el juego de la migra*. El *habitus* se configura por un proceso de internalización de la exterioridad (de la estructura), la misma que luego se manifiesta en las prácticas sociales cotidianas (Guerra 2010). La exteriorización es una forma no solo de reproducir sino de recrear las estructuras. En el caso del *juego de la migra* se recrean los procesos migratorios dados de forma irregular. Es así como los sujetos que participan del *juego de la migra* expresan las formas de pensar, los esquemas que han estructurado su subjetividad, las disposiciones de obrar, pensar y sentir sobre el proceso migratorio irregular, ya que han incorporado un orden social en sus cuerpos: son cuerpos-sujetos en los que se materializa la historia. De esta forma, los niños/as sueñan con ser

migrantes algún día, con esta afirmación no se pretende hacer una lectura determinista ni trágica de dicho juego, más bien se busca hacer una crítica a la trampa que subyace al proyecto de la Modernidad, que no plantea otra opción sino la de ser migrantes a quienes viven la desesperanza y la pobreza.

Se dice trampa del proyecto ya que muestra a Estados Unidos como el lugar de la esperanza y la superación de la pobreza, pero no resalta bajo qué condiciones – como la irregularidad y la falta de garantías de cumplimiento de los derechos humanos– se puede acceder al mismo.

LOS IMAGINARIOS SOCIALES EN EL JUEGO DE LA MIGRA

Entendemos por *imaginarios sociales* a las “construcciones mentales subjetivas de significación de la realidad, que se comparten socialmente” (Aliaga 2008, 3). En este sentido, en *el juego de la migra* los sujetos muestran cómo ellos se imaginan el proceso migratorio irregular. Estos imaginarios han sido construidos por la influencia de diferentes factores como los relatos de los familiares que han migrado o de las personas que se han quedado (abuelo/a), producciones culturales como los videomusicales que abordan el tema de la migración, entre otros.

En ese sentido, pensadores que reflexionan sobre la sociología de la vida cotidiana argumentan que “partiendo de un análisis de los micro escenarios, se pueden determinar las formas de reproducción particulares que posibilitan, a su vez, un análisis de la reproducción social reflejada en las macro escenas” (Herrera, Carrillo y Torres 2005, 376).

En *el juego de la migra* los imaginarios sociales están claramente definidos sobre tres aspectos: los roles, el espacio y el tiempo. En cuanto a **los roles**, los niños/as que practican *el juego de la migra* tienen la noción de que para que se dé el proceso migratorio irregular, o como dicen ellos “para irse por el camino”, debe existir un coyote, la policía migratoria y los migrantes, esta es una delimitación de actores que se hace dentro del juego.

La mayoría de niños/as que participan de este juego tiene preferencia por asumir el rol de *ser migrante*. El migrante es la persona que asume el reto de hacer realidad el sueño americano, representa al sujeto que, atravesado por la desesperanza y la pobreza, se deja seducir por la promesa de desarrollo y progreso que se ofrece al otro lado de la frontera. En este caso la frontera no es otra cosa que la división entre la concepción clásica de subdesarrollo y desarrollo.

Para cruzar la frontera es indispensable contar con la mediación de un coyote. En el juego se evidencia la importancia que tiene el rol del coyote. Él es quien conoce el camino y sabe cómo cruzar la frontera, los migrantes depositan en él toda su confianza. Es así como el coyote representa casi como a una especie de “superhéroe” que facilita el cumplimiento de hacer realidad el sueño americano.

Otro actor en *el juego de la migra* es la policía migratoria, quien no es alguien que los migrantes deseen que exista. En el imaginario social manifestado en el juego se evidencia que tienen claro que quienes migran se encontrarán de forma inevitable con la policía, el cual puede interrumpir el proyecto migratorio; es decir, conocen los riesgos de migrar de forma irregular. La policía migratoria representa al obstáculo que puede hacer que la realización del sueño americano se vea frustrado; es el mayor enemigo para los migrantes.

En cuanto a **los espacios**, en *el juego de la migra* está profundamente marcado el imaginario que tienen sobre la frontera y sobre Estados Unidos. La frontera es el lugar de la clandestinidad donde hay que esforzarse mucho para poder cruzar, es el lugar en donde la policía migratoria les puede atrapar. Mientras que el espacio que se delimita para representar a Estados Unidos en el juego es una cancha que tiene iluminación. Es así como a Estados Unidos se representa como el lugar iluminado donde se hace realidad el sueño de mejorar su calidad de vida y la de los que se quedan en el lugar de origen.

También vale hacer mención a la importancia y el significado que tiene **el tiempo** dentro del *juego de la migra*. Este se desarrolla en dos tiempos: el cronológico y el ecológico. El tiempo cronológico de duración es de un mínimo de treinta minutos aunque no se determina hasta cuánto se puede alargar. De esa misma for-

ma, fuera del juego, en el proceso migratorio el tiempo cronológico es incierto, no se sabe cuánto tiempo se va a demorar en el camino la persona que migra de forma irregular. Por otro lado, el juego está determinado por un tiempo ecológico. Pritchard (1977) entiende el tiempo ecológico como a las circunstancias de la naturaleza como la lluvia, la sequía, que determinan las actividades de los agricultores.

En este sentido, *el juego de la migra* se realiza al caer la tarde, cuando comienza a oscurecer, y en tiempo de chacra cuando las plantas de maíz están altas para poder esconderse. Las condiciones del tiempo ecológico representan que migrar de forma irregular implica viajar en la clandestinidad, en la oscuridad para no ser descubiertos por la policía migratoria, lo cual implica asumir muchos riesgos: la vida misma se pone en riesgo.

Es así como “el juego se cambia en cosa seria y lo serio en juego” (Huizinga 2007, 21). En este sentido *el juego de la migra*, a más de manifestar las representaciones de los imaginarios sociales construidos en torno a la migración, permite develar cómo el proyecto de la Modernidad, disfrazado del sueño americano, coloniza las formas de pensar, sentir y ser de los sujetos.

Para una persona de la provincia de Cañar que anhela hacer realidad el sueño americano, Estados Unidos es el lugar del desarrollo, del éxito, es el lugar en donde la persona se puede afirmar como sujeto, porque acá –en su lugar de origen– no es nada, de este lado de la frontera, en el sur, no hay garantías para vivir bien. Así de astuto es el proyecto de la Modernidad que genera el imaginario de que los que nacen en el Sur no tienen esperanza, y a la vez seduce con su idea de desarrollo y progreso.

CONCLUSIONES

El juego de la migra, considerado por algunos como “un juego de wambas no más”, permite evidenciar la construcción de los imaginarios sociales sobre la migración irregular. Los “wambas no más” son sujetos atravesados por las estructuras sociales migratorias que han configurado el contexto sociocultural en el que se desarrollan. Son sujetos en cuyos cuerpos se inscribe una historia, se materializan procesos, en este caso migratorios. Por lo tanto, es algo que representa un fenómeno social real como es la migración irregular y sus implicaciones, es un juego que representa la historia de quienes han sido exiliados por la pobreza y seducidos por el proyecto de la Modernidad disfrazado en el sueño americano.

La acción de cruzar la frontera tiene una fuerte representación simbólica dentro del juego. Cruzar la frontera significa pasar del lugar de la clandestinidad y la

desesperanza a la tierra en donde se hará realidad la promesa del sueño americano. En el imaginario de quienes practica *el juego de la migra* llegar a Estados Unidos significa una oportunidad para salir de la pobreza y vivir mejor.

Desde una lectura más crítica nos atrevemos a decir que el sueño americano es un disfraz del proyecto de la Modernidad, que con la idea de desarrollo muestra a Estados Unidos como el lugar de las oportunidades.

Así de astuto este proyecto que genera pobreza y desesperanza en los países del Sur para seducir con la idea de desarrollo y progreso mostrando al Norte como el lugar del progreso. Es así como cruzar la frontera significa pasar del subdesarrollo al lugar de las oportunidades en donde se hace realidad la promesa de desarrollo.

BIBLIOGRAFÍA

- Aliaga, Felipe. 2008. Algunos aspectos de los imaginarios sociales en torno al migrante. *Aposta. Revista de Ciencias Sociales*, 39: 1-40.
- Bourdieu, Pierre. 2002. *La distinción. Criterios y bases sociales del gusto*. México: Taurus.
- Goldázar, José. 2011. *Diccionario cultural de Napo. Kichwa-Español*. Quito: Fundación Aleando Labaka.
- Guerra, Enrique. 2010. Las teorías sociológicas de Pierre Bourdieu y Norbert Elias: los conceptos de campo social y habitus. *Estudios Sociológicos*, XXVIII: 383-409.
- Herrera, Carrillo y Torres. 2005. *La migración ecuatoriana. Transnacionalismo, redes e identidades*. Quito: FLACSO.
- Huizinga, Johan. 2007. *Homo Ludens*. Buenos Aires: Alianza Editorial.
- Lantzy, Leah. 2012. *La influencia del sueño americano en la inmigración latina*. Disponible en https://etd.ohiolink.edu/rws_etd/document/get/bgsu-1332186360/inline Consultado 29 de junio de 2016.
- Minchala, Carlos Leonardo. 2015. *Entrevista a un grupo de adolescentes en el barrio Jerez Calchur*.
- Pritchard, Edward. 1977. *Los Nuer*. Barcelona: Anagrama.
- Sánchez, Raúl. 2008. Habitus y clase social en Bourdieu: una aplicación empírica en el campo de los deportes de combate. *Papers*, 89: 103-125.
- Vásquez, Jorge Daniel. 2014. *Identidades en transformación. Juventud indígena, migración y experiencia transnacional en Cañar, Ecuador*. Quito: FLACSO-Ecuador.
- Zambrano, Guido. 1998. *El sueño americano. Los migrantes ecuatorianos en N.Y.* Quito: Corporación de Investigación, Liderazgo y Desarrollo Ecuatoriano.

EL PROCESO MIGRATORIO Y SUS ALTERNATIVAS DESDE LA ÓPTICA DE HARDT Y NEGRI

THE MIGRATION PROCESS AND ITS ALTERNATIVES FROM THE PERSPECTIVE OF HARDT AND NEGRI

O PROCESSO IMIGRATÓRIO E SUAS ALTERNATIVAS DESDE A ÓTICA DE HARDT Y NEGRI

*Paula Verdugo Ferretti**
Corte Nacional de Justicia

Recibido: 11/04/2016

Aceptado: 25/06/2016

Resumen:

Este trabajo analiza las alternativas frente a un sistema migratorio que no funciona. Para ello se realiza una lectura de los argumentos de Michael Hardt y Antonio Negri en su obra *Imperio*. Con esta base, se problematiza la relación entre el Estado-nación y la hegemonía del capital global, que evidencia no solo la pérdida del control de los flujos migratorios por parte de los Estados-nación, sino que en su intento por regularla, se instauran sistemas ineficientes y violatorios de los derechos humanos. Por tanto, un sistema migratorio justo y eficiente solo será posible basado en evidencias empíricas, en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, contando con estrategias y políticas estatales y globales afirmadas en la protección, participación y responsabilidad.

Palabras clave: Migración; Estado-nación; Poder del capital global; Derecho Internacional de los Derechos Humanos; Principio de igualdad y no discriminación.

Summary:

This paper analyzes the alternatives to an immigration system that currently does not work. The method chosen to prove this will be an examination of the arguments of Michael Hardt and Antonio Negri in their book *Empire*. On this basis, the relationship between the nation-state and the hegemony of global capital becomes complex, showing not only the loss of control of migration flows by nation-states, but how, in their attempt to regulate it, they have established inefficient

systems and violated human rights. Therefore, it will be held that a fair and efficient immigration system is only possible based on empirical data under International Human Rights Law, with global and state strategies and policies based on protection, participation and accountability.

Key words: Migration; Nation-state; Power of global capital; International Law of Human Rights; Principle of equality and non-discrimination.

Resumo:

Este trabalho analisa as alternativas frente a um sistema imigratório que não funciona. Para tal fim, se realiza uma leitura dos argumentos de Michael Hardt y Antonio Negri na sua obra *Império*. Com esta base, se estabelece a problemática relação entre o Estado-nação e a hegemonia do capital global, que evidencia não só a perda do controle de fluxos imigratórios por parte dos Estados-nação, senão que a tentativa de regulá-la, se instauram sistemas ineficientes que violam direitos humanos. Por tanto, um sistema imigratório justo e eficiente só será possível se baseia em evidências empíricas, no marco do Direito Internacional dos Direitos Humanos, contando com estratégias políticas estatais e globais que afirmem a proteção, participação e responsabilidade.

Palavras chaves: Imigração; Estado-nação; Poder do capital global; Direito Internacional dos Direitos Humanos; Princípio de igualdade e não discriminação.

* Doctora en Jurisprudencia y Abogada de los Tribunales de Justicia de la República por la Universidad del Azuay. Especialista Superior en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar. Coordinadora jurídica de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia. Líneas de investigación: Derechos humanos e interculturalidad y Control de constitucionalidad

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se centra en el análisis de las alternativas existentes frente a un sistema migratorio que ha fracasado. Si bien en la lógica del Estado-nación cada Estado en base a su soberanía fija las políticas de admisión, la naturaleza del fenómeno de la migración está fuera de su control. Los países de destino han multiplicado y tecnificado los mecanismos de control migratorios, pero son incapaces de parar la migración, causando ineficiencia económica, crueldad institucional y violación de los derechos humanos. Respuestas políticas basadas en el poder de los Estados-nación que cada vez más, cede en favor de un poder de mercado y capital sin fronteras, dejando sin resolver los problemas que aquejan a todos los involucrados: países de origen, tránsito y destino; pero sobre todo a las personas migrantes.

Ello plantea un problema central: ¿cuáles son las alternativas a un sistema migratorio que no funciona, en el contexto de un mundo globalizado, regulado por flujos masivos de capital, mercancías y personas, frente a la declinación del poder de los Estados-nación?

Iniciamos este trabajo describiendo brevemente la situación de la migración en el marco del poder del capital global. Para ello, se toma la tesis de Michael Hardt y Antonio Negri, sostenida en su libro *Imperio*, acerca de la conformación de un nuevo paradigma de poder supranacional, a escala global, en el que hoy en día se desarrollan las migraciones. Luego analizamos los prejuicios y verdades de la migración, confrontadas con investigaciones y datos estadísticos, base para la formulación de políticas migratorias eficientes. Finalmente, desarrollamos el tema de la migración con enfoque en los derechos humanos reconocidos a nivel internacional, y las alternativas a un sistema migratorio que no funciona.

Sobre este tema, el 20 de Noviembre de 2014, el Presidente de los Estados Unidos, Barak Obama, dio su

discurso sobre migración, reconociendo los beneficios de la misma como ventaja neta para la economía y sociedad estadounidense; destacando a su país como una nación de inmigrantes, que por más de 200 años ha permitido la inmigración de todas partes del mundo. Pese a ello, reconoció que su sistema inmigratorio está roto, aun cuando hoy en día tienen más agentes y tecnología desplegada para asegurar la frontera sur que en cualquier otro momento de su historia; y si bien mencionó las preocupaciones que tienen los estadounidenses sobre la inmigración en temas de identidad como nación o pérdida de empleos, consideró que: “Lo que nos hace estadounidenses es nuestro compromiso frente a un ideal compartido, que todos nosotros hemos sido creados iguales, y todos nosotros tenemos la oportunidad de hacer de nuestras vidas lo que queremos” (The White House 2014).

Este discurso se dio a propósito de ciertas medidas migratorias adoptadas, frente al bloqueo del Partido Republicano que impidió que se debatiera en la Cámara de Representantes una propuesta de reforma migratoria, sin tomar en consideración que en ese mismo año, más de 171 000 niños y niñas de El Salvador, Guatemala y Honduras viajaron solos sin sus padres o representantes legales desde Centroamérica buscando entrar a los Estados Unidos, lo que puso en jaque a su sistema migratorio. Esta crisis está extendida a nivel mundial, por ello la búsqueda de alternativas es imperativa.

Según lo planteado, la hipótesis de este trabajo sugiere que el sistema migratorio será justo y eficiente cuando, basado en evidencias empíricas, aplique los principios de solidaridad e igualdad y no discriminación, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, implementando mecanismos de exigibilidad y políticas estatales y globales, y teniendo como ejes la protección, la participación y la responsabilidad.

LA MIGRACIÓN EN EL CONTEXTO DEL PODER DEL CAPITAL GLOBAL

Michael Hardt y Antonio Negri, en *Imperio*, sostienen que la globalización consolidada en la segunda mitad del siglo XX dio paso a la conformación de un nuevo paradigma de poder global capitalista: “Impe-

rio”, que representa el poder del capital colectivo. Contrario al Imperialismo, no establece un centro territorial de poder, tampoco cuenta con fronteras fijas, sino que abarca la totalidad espacial y gobierna sobre todo

el mundo, manejando identidades híbridas y jerarquías flexibles (Hardt y Negri 2000, 5-6).

La soberanía imperial, distinta a la soberanía moderna del Estado-nación, se afianza en el Imperio, a través de un conjunto de organismos y dispositivos supranacionales, cuyo control es piramidal: EEUU y otras potencias (hegemonía del uso de la fuerza); organismos financieros internacionales (con control de instrumentos monetarios globales primarios y de los intercambios internacionales), asociaciones que despliegan poder cultural y biopolítico a escala mundial; redes de flujo de capital, tecnológicos y poblacionales de las corporaciones capitalistas transnacionales en el mercado mundial; la industria de la comunicación; los Estados-nación; las organizaciones de la ONU y las ONGs, que ejercen doble función de legitimación y representación (Hardt y Negri 2000, 267).

El capital siempre se ha organizado en función de la totalidad de la esfera global, y las corporaciones transnacionales estructuran biopolíticamente territorios globales, moviendo flujos de mercancías, dinero, información, tecnología; pero también poblaciones, convirtiendo a los Estados-nación en simples instrumentos, al poseer cada vez menos poder para regular estos flujos e imponer su autoridad sobre la economía. Las corporaciones distribuyen directamente la fuerza de trabajo sobre los mercados, colocan recursos funcionalmente y organizan jerárquicamente los diversos sectores de la producción mundial. Además de producir mercancías, también producen subjetividades, y necesidades (Hardt y Negri 2000, 30-1). La migración regular e irregular recorre el mundo. Aun cuando los poderes 'del viejo mundo' se han aliado en su contra, las fronteras de la soberanía nacional son permeables, fracasando cualquier intento de regulación completa. Los movimientos migratorios son ocasionados por la:

[...] deserción de las miserables condiciones materiales y culturales de la reproducción imperial; pero, positivamente, es la riqueza del deseo y la acumulación de capacidades expresivas y productivas que

han determinado los procesos de globalización en las conciencias de cada individuo y grupo social, y por ello, una cierta esperanza. (Hardt y Negri 2000, 178)

Las interacciones del mercado mundial han provocado la desarticulación generalizada de todas las economías, de ahí que frente al mercado mundial, un Estado no pueda aislarse de las redes globales de poder. De hacerlo, se sometería a una forma de dominación más brutal por el sistema global, una reducción a la pobreza y la debilidad, esto incluye a los países dominantes también dependientes del sistema global (Hardt y Negri 2000, 248).

Es de anotar que el libro *Imperio* ha sido objeto de varias críticas, centrándonos en dos que tienen relación directa con nuestro trabajo: 1) se argumenta que el Imperialismo no ha desaparecido, tampoco la hegemonía de las superpotencias, ni las relaciones asimétricas de poder entre los Estados promovidas por la globalización; y 2) las corporaciones transnacionales son propiedad de capitales pero al interior de los países hegemónicos. Frente a la primera, hay que señalar que Hardt y Negri no niegan la existencia del Imperialismo, pero en su teoría no le confieren un rol protagónico, que sí lo tiene el Imperio como nuevo paradigma de poder supranacional. Este incorpora a todas las relaciones de poder dentro de su orden mundial, reproductor del orden capitalista global más allá de las fronteras, incluyendo las de los países hegemónicos que dependen también del sistema global, y por tanto, afectados (agrego en menor medida), por las inequidades de este nuevo orden. No puede negarse la pérdida de poder de los Estados-nación, y de su figura como entidad decisoria última, evidenciándose un sistema a nivel mundial donde a más de los Estados-nación (que no desaparecen), hay otros actores como las corporaciones y organismos internacionales, que crean complejas redes en el flujo de relaciones a nivel global, ejerciendo influencias transnacionales en las decisiones gubernamentales de todos los Estados, lo que conlleva la pérdida progresiva de su autonomía.¹

1 Robert Reich, al respecto menciona que a medida que el capital global se vuelve más poderoso, las grandes corporaciones extorsionan a los gobiernos y a los ciudadanos para pedir "rescate", obteniendo subsidios y exenciones tributarias de los Estados a quienes les dicen que necesitan hacerlo a fin de mantenerlos competitivos, mientras colocan sus ganancias en jurisdicciones que cuentan con bajos impuestos, sin que Estados Unidos quede fuera, al sostener el autor que Google, Amazon, Starbucks, y cada gran banco de Wall Street, mantienen esa política respecto a Washington. Advierte que el único objetivo de las corporaciones globales es hacer tanto dinero como sea posible y enfrentar a un país contra otro para lograr su fin. Frente a esto, en vez de unirse los Estados para tener poder de negociación contra el capital global, la xenofobia les golpea con fuerza, lo que fortalece al capital global y debilita el poder de los Estados (Reich 2013).

Sobre la segunda crítica, las corporaciones multinacionales tienen redes de poder a nivel global que no pueden ser limitadas por economías nacionales, o por decisiones de gobiernos; y si bien sus matrices están localizadas dentro de un Estado, gracias a la tecnología dividen el proceso de producción en distintas partes del mundo, así como la venta de sus productos, sin que dependan de las condiciones internas de los países: su mercado es el mundo entero.² Para concluir, se hace necesario tomar en cuenta el contexto global que ana-

lizan Hardt y Negri y la creciente movilidad de *grandes masas del proletariado global*, como otra consecuencia directa de la unificación tendencial del mercado mundial. Ello tiene incidencia en las redes globales de circulación, y tiende a deconstruir los límites del Estado-nación, lo que intensifica el complejo fenómeno de la migración internacional y exige que no deba ser tratada a la luz de la soberanía estatal, sino en una dimensión global, que requiere de concertación a nivel internacional.

PREJUICIOS Y VERDADES SOBRE LA MIGRACIÓN

Los Estados, dentro de sus territorios, fijan políticas inmigratorias con un enfoque de seguridad nacional, que encubren mitos acerca de la migración,³ y que han justificado una serie de medidas que menoscaban los derechos humanos de los inmigrantes, además de ser ineficaces.

En ese sentido, se cree que la causa de la migración es únicamente económica, cuando existen múltiples factores que la propician, como la búsqueda de nuevas oportunidades y proyectos de vida, derivado del derecho a la autodeterminación, o como lo llaman Hardt y Negri, *el deseo irreprimible de libre movimiento* en un mundo global. De otro lado, la desigualdad de ingreso en países de origen, desastres naturales,⁴ causas de refugio o conflictos político-militares, violaciones sistemáticas de los derechos humanos, rivalidades étnicas y xenofobia, la trata de personas o la violencia en sus distintas formas.

Según la Organización Internacional de las Migraciones (OIM), hay doscientos catorce millones de migrantes internacionales a nivel mundial, es decir, el 3.1% de la población mundial; y 15.4 millones de refugiados en el mundo (OIM 2014), destacando que,

de conformidad con las fuentes de la encuesta Gallup, sólo el 40% de los migrantes se trasladan de Sur (países de ingresos bajos) a Norte (países de ingresos altos). Una tercera parte de los migrantes lo hace de Sur a Sur (aclaran que la cifra podría ser superior si se dispusiera de datos más precisos); más de una quinta parte de los migrantes (22%) emigra de Norte a Norte; y un 5% de migrantes se traslada de Norte a Sur, cifra que señala va en aumento (OIM 2013), lo que desmonta el mito de que la migración únicamente ocurre entre países de ingresos bajos hacia los que tienen ingresos altos.

De otro lado, según afirma la Comisión Económica Para América Latina (CEPAL), a más de las situaciones de vulnerabilidad y desprotección que conlleva la migración, se percibe en los países de destino un *sentimiento anti-inmigrante*: los migrantes enfrentan una serie de dificultades derivadas de racismo y xenofobia, expresadas en diversas formas de discriminación, así como en abusos, violencia y engaños en el caso de la trata de personas. “Estos hechos se combinan y entrecruzan según el origen étnico, la nacionalidad, el sexo y la edad, la inserción laboral, los medios empleados para migrar o la situación jurídica de los migrantes” (CEPAL 2006, 43).

2 Existen 82.000 Empresas Transnacionales (ETN) en todo el mundo, con 810.000 filiales extranjeras. Las exportaciones de las filiales extranjeras de las ETN representan la tercera parte de todas las exportaciones mundiales de bienes y servicios, y el número de personas empleadas por ellas en todo el mundo era de 77 millones en 2008. Entre 2006 y 2008, el valor añadido combinado de las 100 principales ETN de todo el mundo fue aproximadamente el 4% del PIB mundial. Las actividades agrícolas por contrato de las ETN abarcan casi todo el mundo, al llevarse a cabo en 110 países de África, Asia y América Latina (UNCTAD 2009, 11, 13, 32).

3 Uno de los efectos negativos que se le atribuyen a la migración es que erosiona una serie de valores asociados con el Estado-nación, sin tomar en cuenta que de un lado, dentro de un mismo Estado coexisten culturas diversas, y que históricamente el Estado-nación ha pretendido desconocer; y de otro, la construcción de la identidad cultural o su mantenimiento no puede estar al margen del respeto a los derechos humanos.

4 Según el Centro de Monitoreo de Desplazamiento Interno del Consejo Noruego de Refugiados, en el 2014 existieron 19.3 millones de desplazados por desastres naturales. El informe enfatiza en las causas atribuidas al ser humano que aceleran el desplazamiento por desastres, como el rápido desarrollo económico, la urbanización, y el crecimiento de la población en las zonas propensas a las amenazas; así como el cambio climático, que provocará que los desastres naturales sean más frecuentes e intensos (Norwegian Refugee Council 2015).

En un estudio, los economistas Michael A. Clemens, Claudio Montenegro y Lant Pritchett se preguntan si los salarios están determinados por lo que sabe la persona o por el lugar donde vive.

Esta investigación compara los salarios de los trabajadores de Estados Unidos con los de otros países, sosteniendo que una persona, con la misma educación y las mismas habilidades, que realiza el mismo trabajo, puede ganar trabajando en los Estados Unidos 7 veces más que en Haití, 5.6 más que en Ecuador, 3.5 más que en Filipinas, y 2.6 más que en Perú. Con ello demuestran las distorsiones de precios en el mercado global, la inequidad y las brechas salariales causadas por las barreras a la circulación, y la discriminación salarial basada en el espacio geográfico; pero también señalan a la migración regular o irregular como oportunidad real de bienestar y desarrollo, concluyendo que permitir la movilidad laboral es una de las mejores estrategias para combatir la pobreza global y la inequidad (Clemens, Montenegro y Pritchett 2008).

Por su parte, otra investigación de Michael A. Clemens, centrada en la persona y su desarrollo y no en el de los Estados, demuestra el poder económico de la apertura de las fronteras a la migración, y la coloca como posibilidad de bienestar potencial. El estudio sugiere que los beneficios de la reducción de las restricciones de emigración son de decenas de trillones de dólares, si se maximizara el potencial humano en movilidad. Indica que la ganancia estimada al permitir la libre circulación de todas las personas a través de las fronteras internacionales estaría en el rango del 50 al

150 por ciento del PIB mundial, e incluso solo eliminando parcialmente las barreras, para lograr movilidad laboral, traería enormes ganancias, sosteniendo que la migración de menos del 5 por ciento de la población de las regiones pobres, acarrearía ganancias globales que excederían a las que provienen de la eliminación total de todas las barreras al comercio de mercancías y a los flujos de capital, de ahí que la migración brinde la posibilidad de que quienes se encuentran en extrema pobreza puedan tener una relativa estabilidad financiera, gracias a su movilidad a través de las fronteras (Clemens 2011).

Frente a la creencia de que si las naciones ricas abren sus fronteras los trabajadores de esos Estados perderán sus trabajos o se disminuirá su salario, Clemens afirma que no es verdad. La prueba: los Estados Unidos, país de millones de inmigrantes en donde solo se han reducido los salarios del trabajador estadounidense en pequeñas fracciones de porcentaje. Mientras tanto, los inmigrantes a los EEUU de países en desarrollo, pueden aumentar sus ingresos en un ciento por ciento, o más (Clemens 2011).

Consiguientemente, las respuestas a la migración, al ser un fenómeno complejo, con múltiples aristas y causas, deben respaldarse en evidencias empíricas y no en riesgos electorales ni prejuicios, que enmascaran discriminación racial y xenofobia. Se requieren nuevas políticas migratorias que reflejen las dinámicas sociales distintas y complejas en un mundo de economía global, siempre con enfoque de derechos humanos como parámetros éticos universales.

LA MIGRACIÓN EN EL MARCO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos corresponden a todas las personas, por el hecho de serlo. Estos derechos deben tutelarse y garantizarse en cualquier Estado y en todo su territorio, siendo esta una obligación estatal adquirida en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, que permite identificar a los titu-

lares de derechos, y sus contrapartes: los obligados a efectivizarlos.

En ese marco, el principio de igualdad y no discriminación tiene una importancia trascendental,⁵ pues su violación conlleva la violación sistemática de otros de-

⁵ La CIDH, en la Opinión Consultiva 18, sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, párrafos 100 y 101, afirmó que este principio es imperativo del derecho internacional, aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros. Señala que este principio pertenece al *jus cogens*, y que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2003).

rechos. Sobre la noción de igualdad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, ha dicho que:

[...] se desprende directamente de la unidad de la naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación, que por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. (CIDH 2003, 58)

Dignidad humana, fundamentada en la igualdad y la libertad, tal como lo establece el Artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, en relación con el Artículo 13.1 y 13.2 que determina que toda persona tiene derecho a circular libremente, elegir su residencia en el territorio de un Estado, salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país, en el marco del Preámbulo “[...] la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana” (ONU 1948).

En esa misma línea, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) del propio año, establecen que los Estados partes se comprometen a respetar y garantizar a todas las personas que se encuentran en su territorio, los derechos reconocidos en esos Pactos, sin discriminación por razones de raza, color, idioma, origen nacional, o nacimiento (Artículo 2 de ambos Pactos), reforzado con el Artículo 26 del PIDCP, y con la obligación de los Estados de prohibir por ley toda discriminación (de hecho o de derecho y en cualquier esfera) y la garantía de igual y efectiva protección contra ella.

Si bien el artículo 12 del PIDCP establece el derecho de toda persona que se *halle legalmente* en el territorio de un Estado a circular libremente por él y escoger su residencia, derecho que no podrá ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen “(...)previstas en

la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto” (ONU 1966a), este artículo no puede ser interpretado en forma aislada, sino en armonía con el artículo 1 y el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y todo el marco axiológico previsto en el Derecho Internacional de Derechos Humanos; pero además a la luz de la Observación General No. 15, *La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*, del Comité de Derechos Humanos, que en el párrafo 5, establece:

En determinadas circunstancias un extranjero puede acogerse a la protección del Pacto incluso respecto de cuestiones de ingreso o residencia, por ejemplo, cuando se plantean consideraciones de no discriminación, de prohibición de trato inhumano y de respeto de la vida de la familia.” (OHCHR 1986)

Asimismo en la Observación General No. 20, *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales incluyó dentro de “otra condición” en la no discriminación (artículo 2.1 del PIDESC), lo relativo a la nacionalidad:

Los derechos reconocidos en el Pacto son aplicables a todos, incluidos los no nacionales, como los refugiados, los solicitantes de asilo, los apátridas, los trabajadores migratorios y las víctimas de la trata internacional, independientemente de su condición jurídica y de la documentación que posean. (CESCR 2009, párr. 30)

Estas normativas deben tener como criterios hermenéuticos los principios de igualdad y no discriminación, y pro ser-humano (este último exige que los instrumentos internacionales de derechos humanos deben ser interpretados de la manera que más favorezca al ser humano), teniendo presente que si un Estado hace alguna diferencia de trato basada en la ciudadanía o en la condición de inmigrante, esa distinción constituye discriminación, si los criterios para establecerla no cumplen un objetivo legítimo, y no son proporcionales al logro de ese objetivo (CERD 2004).

En esa línea, la CIDH, ha dicho que el Estado puede otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre que sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos, pudiendo establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio, con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana. Establece también que los derechos laborales surgen de la condición de trabajador, independientemente de cualquier otra consideración de carácter económico o social. Por tanto si los migrantes indocumentados son contratados para trabajar, inmediatamente se convierten en titulares de los derechos laborales que corresponden a los trabajadores, sin que exista posibilidad de discriminación por su situación irregular, obliga-

ción de respeto del Estado, extendida a los particulares (CIDH 2003).

En ese marco internacional de derechos humanos, los Estados tienen la obligación de respetar, proteger y hacer cumplir los derechos humanos de todas las personas incluyendo los migrantes, sin discriminación alguna, no solo en la esfera civil y política, sino también en el ámbito de lo económico, social y cultural. De ahí que, al formular políticas migratorias, no puedan perder de vista que los migrantes no son el objeto de esas políticas, sino sujetos de derechos, y como tales, se les debe garantizar el igual goce y ejercicio de los derechos humanos, entre estos el de poder construir su proyecto de vida en el lugar donde estén, sin discriminación por razones de nacionalidad, status migratorio, origen étnico, nacional u otra índole.

INTENTOS FRAGMENTADOS Y ALTERNATIVAS FRENTE A LOS DESAFÍOS DE LA MIGRACIÓN

El proceso de Rabat

Una de las estrategias que debería profundizarse y ampliarse como forma de establecer acuerdos entre países de origen, tránsito y destino, es el *Proceso de Rabat*, espacio de diálogo y consulta que abarca el corredor migratorio de África Occidental hasta Europa, con la finalidad de responder a los desafíos de la migración, sobre la base de derechos y obligaciones compartidas, y una visión común, basados en el firme convencimiento de que una migración bien manejada representa una oportunidad para las personas y Estados en África y en Europa, una forma de combatir la pobreza, promover el desarrollo sostenido y el code-sarrollo, y el respeto de los derechos y dignidad de los migrantes y refugiados. Si bien es un proyecto intergubernamental, está abierto a organizaciones de la sociedad civil, asociaciones de migrantes, sector privado y autoridades locales y regionales.

Este proyecto destaca que la Unión Europea ha pedido a su contraparte africana implementar políticas que busquen prevenir y reducir la migración irregular, sin embargo, para que la política migratoria sea consistente, se debe mejorar la organización de la migración regular y promover la conexión entre migración y desarrollo. El 27 de noviembre de 2014, en la cuarta Conferencia, se adoptó la Declaración de Roma y su

Programa dentro de un marco estratégico a desarrollar durante los tres siguientes años (2014–2017), con prioridad en dos áreas: 1) Fortalecimiento de los estrechos vínculos entre migración y desarrollo y 2) Prevención y lucha contra la migración irregular y crímenes relacionados, con especial atención en el manejo de fronteras y políticas de retorno, incluyendo el retorno voluntario y la readmisión, contando con financiamiento de la Comisión Europea (CIMPD 2016).

El proceso de Khartoum

Con vigencia desde el 8 de noviembre de 2014, tiene como objetivo hacer frente a la trata y el tráfico ilícito de migrantes entre el Cuerno de África y Europa. Los gobiernos se comprometieron a asistir a los países en el establecimiento y manejo de los centros de recepción, cooperar en la identificación y judicialización de las redes criminales, apoyar a las víctimas de la trata, tutelar los derechos humanos de los migrantes que son objeto de tráfico, y promover el desarrollo sostenible en los países de origen y tránsito con el fin de abordar las causas principales de la migración irregular (OIM, s. f.).

Si bien estos dos procesos constituyen alternativas frente a un sistema migratorio que no funciona, y que bien podría tomar en cuenta los Estados Unidos, no

están insertos en una estrategia global, lo que provoca metas y resultados sin claridad e ineficaces, contando además con apoyos financieros, comparativamente hablando, inferiores al de los compromisos multilaterales de la Unión Europea, aun cuando se haya creado un fondo fiduciario de emergencia, de 1.8 billones de euros para África, y el acuerdo financiero con Turquía en favor de los refugiados sirios en ese país.

Por otro lado, es cuestionable la supuesta solidaridad internacional cuando en septiembre de 2015 Europa, con el fin de aliviar la crisis de los refugiados, decidió repartirse en el plazo de dos años a 160.000 refugiados de los 1.000.000 que estaban en Grecia e Italia, y sin embargo para abril de 2016 apenas se había reubicado a 1.145 personas. Cupos ínfimos sumamente cuestionables, al igual que el nuevo acuerdo de expulsión de refugiados y migrantes entre la Unión Europea y Turquía. Con este acuerdo, esperan sellar la ruta migratoria del mar Egeo, y “mostrar que el viaje legal y seguro hacia Europa es más eficaz para los demandantes de asilo que arriesgar su vida en el mar” (Pérez 2016).

Como se ha visto, existen una serie de tratados e instrumentos internacionales garantistas de los derechos de las personas migrantes, que contienen obligaciones jurídicas concretas para los Estados (respetar, proteger, y hacer cumplir los derechos), pero son insuficientes, al mantenerse la situación de vulnerabilidad de la mayoría de migrantes.

En ese sentido, los derechos de las personas migrantes, reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos, son exigibles judicialmente, pues su incumplimiento genera la responsabilidad internacional del Estado. Para ello primero se requiere que sean conocidos por sus titulares, es decir el empoderamiento de las personas migrantes es clave en este proceso, pues no hay que olvidar que a lo largo del tiempo, las luchas sociales de los grupos históricamente discriminados (trabajadores, mujeres, niños, niñas y adolescentes, etc.), son las que han originado no solo la inclusión progresiva de los derechos en los ordenamientos jurí-

dicos de los Estados, sino también su materialización. Esto requiere de procesos de capacitación para los migrantes en derechos y exigibilidad, unidos a campañas educativas y de sensibilización sobre derechos humanos de los migrantes, dirigidas a funcionarios públicos y población en general, involucrando a los medios de comunicación, para que activen la movilización social. Todo ello en el marco de la obligación estatal de protección y garantía de derechos.

Por otro lado, es necesario elaborar políticas públicas que protejan y promuevan plenamente los derechos humanos de las personas migrantes, contando con su participación; así como reformas legislativas que adecuen el ordenamiento jurídico interno a los tratados e instrumentos internacionales, acompañadas de una estructura o institucionalidad adecuada para su implementación. Como contrapartida, también es necesaria la existencia de recursos jurisdiccionales que permitan el acceso a la administración de justicia, recordando que una vez ratificado el tratado internacional de derechos humanos por el Estado y definida su jerarquía con la Constitución, los derechos consagrados en el tratado se hacen exigibles y aplicables por los jueces nacionales. Dichos recursos deben permitir la investigación de prácticas estatales, o particulares toleradas por el Estado, violatorias de los derechos de los migrantes, y su juzgamiento, el establecimiento de responsabilidades civiles o penales, la restitución del derecho conculcado, así como mecanismos efectivos de reparación integral a las víctimas. Amerita resaltarse el peso moral y social que tienen las sentencias judiciales aun cuando no puedan efectivizarse.

Por ello, lo que se necesitan son estrategias y políticas que aborden a la migración en forma integral, y contemplen no solo el suficiente financiamiento, sino un marco institucional sólido y amplio que ponga en marcha una política progresista de derechos humanos a nivel global, que repercuta en lo local, sobre la base de una ética mínima común de los derechos humanos, reconocidos a nivel internacional, teniendo como centro al ser humano.

CONCLUSIONES

La naturaleza del fenómeno de la migración está fuera del control del Estado-nación. De un lado, la unificación del mercado mundial incide en las redes

globales de circulación, y de otro, el poder de las corporaciones transnacionales y organismos internacionales tiende a deconstruir los límites del Estado-nación. Ello

exige que el fenómeno migratorio sea tratado no bajo el prisma de la soberanía estatal, sino en una dimensión global, que requiere de concertación a nivel internacional.

Las políticas migratorias desde la lógica del Estado-nación, centradas en la seguridad nacional e identidad compartida, no están basadas en evidencias empíricas sino en resultados electorales, y mitos sobre la migración, lo que las vuelve ineficientes y vulneradoras de los derechos humanos de las personas migrantes.

Los Estados, dentro de su territorio, tienen la obligación de respetar, proteger y hacer cumplir los derechos humanos de las personas migrantes, sin discriminación alguna, a través de la elaboración de políticas públicas, reformas legales y acciones jurisdiccionales; obligación adquirida en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, teniendo como eje transversal los principios de igualdad y no discriminación, solidaridad y pro persona.

Se hace necesario crear e implementar más procesos como las de Rabat y Khartoum, como alternativas a un sistema migratorio que no funciona, pues aun cuando

sus resultados no son claros, se destaca su conformación tripartita (países de origen, tránsito y destino), enfoque de derechos humanos y alcance. Dichos procesos deberán estar articulados con otros dentro de una gran agenda global internacional, donde también el financiamiento esté acorde con los objetivos a alcanzar, lo que solo será posible desde la exigencia de los derechos humanos.

Es indispensable contar con programas de capacitación y empoderamiento de derechos para las personas migrantes, y de programas de sensibilización sobre la migración y derechos humanos dirigidos a la sociedad civil, facilitados por la cooperación de Naciones Unidas, que tengan como objetivo la promoción y protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, y sean ejecutados por autoridades locales y gubernamentales, y organizaciones no gubernamentales. El objetivo: la activación de la movilización social para la promoción y protección de los derechos.

Si bien existe todo un marco internacional de protección de los derechos humanos, es preciso contar con mecanismos ágiles y eficientes de exigibilidad de derechos, y judicialización.

BIBLIOGRAFÍA

- CEPAL. 2006. *Migración internacional, derechos humanos y desarrollo en América Latina y el Caribe: Síntesis y conclusiones*. LC/G.2303 (SES.31/11). Montevideo: Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Disponible en <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/0/24020/DGE-2303%28SES.31-11%29-Migracion-Web.pdf>.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD). 2004. *Los derechos de los no ciudadanos*. Recomendación General 30. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.II) http://confdts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CERD/00_3_obs_grales_CERD.html#GEN30.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR). 2009. *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*. Observación General 20. ONU Doc. E/C.12/GC/20. http://confdts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechoshum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN20.
- CIDH. 2003. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva 18. OC-18/03. Costa Rica: CIDH. http://www.corteidh.or.cr/-docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf.
- CIDH. 2002. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva 17. OC-17/02. Costa Rica: CIDH. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf.
- Clemens, Michael A. 2011. Economics and Emigration: Trillion-Dollar Bills on the Sidewalk? *Journal of Economic Perspective*, 25 (3): 83-106. Disponible en <http://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/jep.25.3.83>.
- Clemens, Michael A., Claudio E. Montenegro y Lant Pritchett. 2008. *The Place Premium: Wage Differences for Identical Workers across the U.S. Border-Working Paper 148*. Center of Global Development. Disponible en http://www.cgdev.org/sites/default/files/16352_file_CMP_place_premium_148.pdf.
- Hardt, Michael, y Antonio Negri. 2000. *Imperio*. Traducido por Eduardo Sadier. Disponible en http://www.ddooss.org/articulos/textos/Imperio_Negri_Hardt.-pdf.
- ICMPD. 2016. *Rabat Process*. Disponible en <http://www.icmpd.org/our-work/migration-dialogues/rabat-process/>.
- Norwegian Refugee Council. 2015. 19.3 Million Displaced by Disasters But “mother Nature Not to Blame”. NRC (julio 20). Disponible en <https://www.nrc.no/news/2015/july/19.3-million-displaced-by-disasters-but-mother-nature-not-to-blame/>.
- OHCHR. 1986. *La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*. Observación General 15. ONU Doc. HRI/GEN/1/Rev.7. <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/-Documentos-/BDL/2001/1403.pdf?view=1>.
- Organización Internacional para las Migraciones (OIM). 2014. *Hechos y cifras (2014)*. OIM. Disponible en <http://oim.org.mx/hechos-y-cifras-2>.
- OIM. 2013. *Informe sobre las migraciones en el mundo 2013: El bienestar de los migrantes y el desarrollo*. Suiza: Organización Internacional para las Migraciones (OIM). Organización Internacional para las Migraciones http://publications.iom.int/-system/files/pdf/wmr2013_sp.pdf.
- OIM. s. f. *EU-Horn of Africa Migration Route Initiative (Khartoum Process)*. Disponible en <https://www.iom.int/eu-horn-africa-migration-route-initiative-khartoum-process>.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). 1966a. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. A.G. Res. 2200 A (XXI), ONU Doc. A/6316. <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest-/Pages/CCPR.aspx>.
- ONU. 1966b. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. A.G. Res. 2200 A (XXI), ONU Doc. A/6316. <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>.

- ONU. 1948. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. 1948. A.G. Res. 217 A (III), ONU Doc. A/810. <http://www.un.org/es-/documents/udhr/>.
- Pérez, Claudi. 2016. *Bruselas reprocha a España su falta de compromiso en la acogida de refugiados*. El País, abril 12, sec. Internacional. Disponible en http://internacional.elpais.com/internacional/2016/04/12/actualidad/1460447385_988511.html.
- Reich, Robert. 2013. *Global Capital and the Nation State*. *Robert Reich's Blog*, Mayo, 20. Disponible en <http://robertreich.org/post/50890974932>.
- The White House. 2014. *Remarks by the President in Address to the Nation on Immigration*. whitehouse.gov, noviembre 20. (Traducción propia) Disponible en <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2014/11/20/remarks-president-address-nation-immigration>.
- UNCTAD. 2009. *Informe sobre las inversiones en el mundo: Empresas transnacionales, producción agrícola y desarrollo*. Nueva York y Ginebra: Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y desarrollo. Disponible en http://unctad.org/es/Docs/wir2009overview_sp.pdf.

ENSAYOS

no/ta.

PLURALISMO INFORMATIVO: EL PUNTO DE EQUILIBRIO ENTRE LIBERTAD E IGUALDAD*

INFORMATIVE PLURALISM: THE EQUILIBRIUM BETWEEN LIBERTY AND EQUALITY

PLURALISMO DE INFORMAÇÃO: O PONTO DE EQUILÍBRIO ENTRE LIBERDADE E IGUALDADE

*Juan Pablo González Jansana***
Universidad Diego Portales

Enviado: 14/10/2015

Aceptado: 21/12/2015

Resumen:

El presente artículo tiene por finalidad exponer la necesidad de incluir el principio de igualdad y no discriminación a la hora de examinar la regulación de la libertad de expresión en materia de pluralismo informativo, especialmente en el contexto latinoamericano de concentración en la propiedad de los medios de comunicación. Para tal efecto se plantea que la concepción liberal clásica sobre libertad de expresión no es adecuada para resolver la tensión entre libertad e igualdad, siendo necesario integrar este último principio para analizar la legitimidad de una restricción a la libertad de expresión.

Palabras clave: Principio de igualdad y no discriminación; Libertad de expresión; Pluralismo Informativo.

Summary:

The purpose of the current paper is to expose the necessity to include the principle of equality and non-discrimination in the regulation of freedom of speech in the matter of pluralism, particularly in the Latin-American context in relation to the property concentration of media. Thus, the classic liberal conception of freedom of speech is not

adequate to resolve the tension between freedom and equality, being necessary to integrate this last principle to analyze the legitimacy of a restriction to freedom of speech.

Key words: Freedom of speech; Equality and non-discrimination; Pluralism.

Resumo:

O presente artigo tem por finalidade expor a necessidade de incluir o princípio de igualdade e não discriminação a hora de examinar a regulação da liberdade de expressão em matéria de pluralismo informativo, especialmente no contexto latino americano de concentração na apropriação dos meios de comunicação. Para tal efeito se plantea que a concepção liberal clássica sobre liberdade de expressão não é adequada para resolver a tensão entre liberdade e igualdade, sendo necessário integrar este último princípio para analisar a legitimidade de uma restrição à liberdade de expressão.

Palavras chaves: Liberdade de expressão; Princípio de igualdade e não discriminação; Pluralismo de informação.

* Agradezco a María Dolores Miño por la invitación a escribir y a Diana Maquilón por sus valiosos comentarios a este ensayo. Cabe aclarar que todo lo señalado en el texto es de mi sola responsabilidad.

** Ex pasante Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007), Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales (Chile, 2008) y Abogado (2009). Diplomado en Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y práctica, Universidad de Chile (2011), Becario Fulbright (2013) y LL.M. in International Legal Studies, American University Washington College of Law (2013-2014). Actualmente se desempeña en el Instituto Nacional de Derechos Humanos de Chile y es profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

INTRODUCCIÓN

La manera como hemos entendido la libertad de expresión históricamente ha tendido a ser puesta en duda, principalmente en el contexto latinoamericano. Hasta hace unos años el concepto liberal tradicional de libertad de expresión dominaba e inspiraba las principales regulaciones legales en gran parte de las democracias occidentales, lo que determinaba el rol del Estado como uno neutral, cuya regulación sobre este derecho era, *a priori*, una intervención ilegítima. Esta concepción encuentra un fuerte sustento en la primera enmienda de la Constitución de Estados Unidos (*Congress shall make no law*), que posteriormente inspiró diversas normativas occidentales sobre la materia. No obstante, tal concepción de la libertad de expresión olvida un elemento relevante: por más que el papel diga que una persona es libre de expresar cualquier idea u opinión, eso no implica que en la realidad toda persona pueda hacerlo. En otras palabras, el concepto liberal tradicional de libertad de expresión confía en que la igualdad formal (todos somos titulares del derecho a la libertad de expresión) es garantía suficiente para su ejercicio, olvidando que en muchos países, principalmente en Latinoamérica, la brecha entre la igualdad formal y sustancial en el ejercicio de los derechos impide en la práctica el verdadero ejercicio del derecho, en especial para grupos históricamente marginados del debate público.

Esta tensión entre libertad e igualdad se grafica fuertemente en la falta de pluralismo informativo en Latinoamérica y, asimismo, en cómo ha sido enfrenta-

do –desde Estados con diversas posturas políticas– el problema de la concentración en la propiedad de los medios de comunicación.¹ Los Estados han presentado posturas desde la no intervención, y dejar que el mercado decida la propiedad sobre los medios de comunicación (Chile, México), pasando por establecer regulaciones al mercado de medios para permitir un mayor número de voces (Argentina), hasta modelos con fuerte presencia estatal (Venezuela). Estos modelos muestran un período de “ensayo y error” en la búsqueda del mecanismo regulatorio adecuado para permitir un mayor pluralismo informativo.² Este ensayo y error está, finalmente, en buscar el punto de equilibrio entre libertad e igualdad, de manera tal que las restricciones que se establezcan sean legítimas y propias en un Estado de Derecho construido en el respeto y promoción de los derechos humanos. Así, las siguientes páginas buscan dar algunas luces sobre este debate y dónde puede estar ese tan buscado “punto de equilibrio”.

En este sentido, se realizan algunas aclaraciones conceptuales en materia de libertad de expresión que son relevantes para el análisis de fondo, para posteriormente desarrollar la idea de que en las democracias latinoamericanas se ha instalado la demanda por encontrar un punto de equilibrio entre libertad e igualdad en materia de libertad de expresión, principalmente en relación al pluralismo informativo, y cómo un Estado puede legítimamente garantizar este objetivo.³ Finalmente, se formulan algunas conclusiones.

CONCEPTOS PREVIOS

Es difícil pensar en un Estado de Derecho democrático que no tenga entre sus principios básicos el reconocimiento de la libertad de expresión. El ejercicio de este derecho implica, tal como lo estableciera la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte

IDH) hace ya 30 años en su Opinión Consultiva 5/85, un pilar fundamental de toda sociedad democrática, no solamente por su dimensión individual sino también por el derecho de la sociedad a conocer la opinión ajena. La libertad de expresión, en sus diversas mani-

-
- 1 En razón de la extensión del ensayo, este abarca de modo genérico el problema de la falta de pluralismo informativo en Latinoamérica. No obstante, un análisis más extenso y detallado debe distinguir entre los tipos de medios de comunicación (prensa escrita, radio, TV, digitales, entre otros), ya que cada uno presenta características diversas que ameritan un trato distinto entre sí.
 - 2 En Chile específicamente no ha habido ningún ensayo, sino que directamente el error ha sido dejar todo en manos del mercado, sin políticas públicas ni un marco regulatorio capaz de fomentar el pluralismo informativo. Ver, Instituto Nacional de Derechos Humanos, Informe Anual 2012, capítulo “Medios de Comunicación Social y derechos humanos”, p. 313 y siguientes.
 - 3 Este artículo no entra en detalle de cómo los Estados de la región han regulado esta materia, sino que más bien se concentra en una análisis teórico del marco conceptual que está presente detrás de tales intentos de regulación.

festaciones, ha implicado un mecanismo de exigibilidad de derechos, en especial para grupos vulnerados.⁴ En los años sesenta, en Estados Unidos, la libertad de expresión fue una herramienta fundamental para demandar el término a la violencia y la discriminación racial. La consagración del voto universal, por su parte, fue una lucha del movimiento feminista donde la libertad de expresión también jugó un rol trascendental. Así como en tantos otros casos, la libertad de expresión ha sido un mecanismo para demandar al Estado el ejercicio de derechos humanos sin discriminación de ningún tipo.

En este sentido, democracia y libertad de expresión han estado siempre íntimamente relacionadas. Por lo mismo, principalmente desde teorías clásicas liberales y, en especial desde la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Estados Unidos, se planteó que el debate democrático no es otra cosa que un “libre mercado de las ideas” (*free market of ideas*), del cual todas las personas deben participar y ser escuchadas. Entre las características de este mercado destaca que ninguna opinión debe ser silenciada, en el entendido de que, como señaló John Stuart Mill, silenciar una idea ajena implicaría aceptar que los seres humanos somos infalibles, cuestión que no es cierta. Al silenciar, agrega Mill, siempre está el riesgo de dejar fuera del mercado una idea que puede tener una porción de verdad (Mill 1981). En este sentido, para el liberalismo clásico la intervención del Estado en este mercado implicaría una afectación de la libertad de expresión, ya que constituiría una preferencia de una idea por sobre otra, lo que es una distinción basada en el contenido de la misma (*content-based*), lo cual no es permitido.⁵ El Estado debe ser neutro en el mercado de las ideas, sin tener alguna preferencia de una opinión por sobre otra.

Asimismo, históricamente se ha defendido la libertad de expresión como un derecho que permite la auto-realización de las personas. En este marco, la libertad de expresión permite a cada persona reunir la información necesaria y tomar la mejor decisión en su plan

de vida. Aquí también el Estado debe mantenerse al margen, ya que es cada persona y no este, quien está mejor posicionado para tomar tales decisiones. Así, la libertad de expresión fortalece la auto-determinación de la persona.

Ambas teorías han tenido su aplicación política o colectiva, esto es, la libertad de expresión en una democracia permite el auto gobierno, donde cada pueblo elige su destino debatiendo en el libre mercado de las ideas. En palabras de Meiklejohn,

[...] nosotros [el pueblo] escuchamos, no porque el resto quiera hablar, sino porque necesitamos escuchar. Si hay argumentos en contra de nuestra teoría de gobierno, de nuestras políticas de guerra o de paz, nosotros los ciudadanos, los gobernantes, debemos escuchar y considerar. Es el programa del autogobierno. (Meiklejohn 2004, 66)⁶

Esta idea incluso está presente en la base misma del Derecho Internacional de los Derechos Humanos cuando el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 1 parte estableciendo que “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”.

No obstante, todas las teorías mencionadas han sido construidas principalmente desde concepciones liberales puras y, por tanto, tropiezan en el mismo punto: asumen que todas las personas somos iguales para ejercer este derecho, pero no analizan que, en la práctica, no todas las personas tienen el mismo acceso a los espacios de expresión pública, ni todas las expresiones tienen el mismo poder expresivo en el mercado de las ideas. Aún cuando sectores del liberalismo clásico puedan reconocer este problema, tampoco ven la necesidad del Estado para intervenir, ya que este debe ser neutro en materia de libertad de expresión y no

4 Si bien la Opinión Consultiva de la Corte IDH ya ha cumplido 30 años, período en el cual dicho tribunal ha dictado diversas sentencias en materia de libertad de expresión, los contenidos de dicha opinión han sido la base jurídica para la resolución de esas sentencias. Esto porque en la 5/85 la Corte IDH aprovechó para realizar una interpretación principalmente de los 3 primeros párrafos del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y ese contenido y alcance ha sido fundamental para los casos contenciosos en la materia. Ver, por ejemplo, Corte IDH, *caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, 22 de junio de 2015, párr. 134 a 143.

5 De hecho, la Corte Suprema de Estados Unidos, en el caso *Ward* (1989), planteó que una intervención posible del Estado es aquella de “modo, tiempo y lugar” (*time, manner and place*), las que implican más bien una facultad de administración, que de contenido. Sobre esto Jeremy Waldron es especialmente crítico, al opinar que finalmente toda intervención del Estado es de contenido, por lo que el punto central es determinar cuáles son legítimas y cuáles no (Waldron 2012).

6 La traducción del inglés al español es del autor.

preferir las expresiones de unas ideas por sobre otras. En este sentido, ha sido a través de concepciones liberales igualitarias (Rawls, Fiss, MacKinnon) que se ha planteado que al momento en que los Estados regulan el ejercicio de la libertad de expresión, no pueden obviar elementos de igualdad en la fórmula regulatoria para permitir que todas las personas (esto es, sin

discriminación y en forma igualitaria) participen del libre debate de ideas y del ejercicio democrático del auto gobierno. Tal como señala Fiss, “el liberalismo de hoy abraza tanto el valor de la igualdad como el de la libertad. Aún más, el liberalismo contemporáneo reconoce el rol que el Estado puede jugar en asegurar la igualdad e incluso a veces la libertad” (Fiss 1996, 9).⁷

PLURALISMO INFORMATIVO (O EL PUNTO DE EQUILIBRIO ENTRE LIBERTAD E IGUALDAD)

Los medios de comunicación participan del libre debate de ideas y cumplen un rol trascendental en toda democracia ya que fiscalizan al Estado en su quehacer (*watchdog*) y transportan la información hacia la ciudadanía. Así, el triángulo “democracia/medios de comunicación/ciudadanía” es fundamental en un Estado de Derecho y sus elementos están íntimamente vinculados. La democracia está en deuda donde no existe pluralidad de medios que representen distintos puntos de vista de la sociedad y de los cuales la sociedad no pueda acceder a ellos.⁸ Tal como señaló la Corte IDH,

[...] son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, *inter alia*, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretende adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas. (Corte IDH 1985, párr. 34. Énfasis propio del texto original)

La falta de pluralismo informativo exige un rol activo del Estado. Sin embargo este rol es fácilmente tachable de intervención ilegítima en la libertad de expresión, por lo que es necesario construir un modelo regulatorio en materia de medios de comunicación que, junto con garantizar el ejercicio igualitario de este derecho, no implique una restricción ilegítima del mismo a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos, los que son vinculantes para los Estados. Esto implica primeramente dejar de lado la idea (o mito a estas alturas) de que toda intervención del Estado en materia de regulación de medios de comunicación es ilegítima.

Uno de los problemas es que el régimen de restricciones legítimas a la libertad de expresión ha sido construido sin considerar el principio de igualdad y no discriminación.⁹

Los modelos de restricción sitúan a la libertad en un podio superior, exigiendo que para limitar este derecho, el Estado debe fundamentar la medida restrictiva en alguna de las causales convencionales, tales como el respeto a los derechos o reputación de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden públi-

⁷ La traducción del inglés al español es del autor.

⁸ Los obstáculos en el acceso son diversos y no todos se presentan conjuntamente en toda la región. En general, los principales obstáculos son la falta de infraestructura tecnológica adecuada para transmitir, no contar con medios de impresión, la falta de políticas públicas que incentiven la creación de nuevos medios, la forma en que el Estado distribuye la publicidad oficial o la concentración del mercado de medios de comunicación en verdaderos conglomerados mediáticos que hegemonizan el discurso público.

⁹ Quizás las únicas excepciones convencionales a este respecto son el acceso a los espectáculos públicos por parte de menores de edad (artículo 13.4 de la CADH) y los discursos de odio (*hate speech*). Específicamente el artículo 13.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

La prohibición de estos discursos son, tal como afirma Waldron, producto de su contenido, ya que conllevan consecuencias que no son queridas por las sociedades democráticas. Esta fundamentación encuentra sustento, en parte, en el principio de igualdad y no discriminación, por lo que no es un tema totalmente nuevo en materia de libertad de expresión la aplicación de este.

co o la salud o moral pública.¹⁰ En esta fórmula no ha habido espacio para el principio de igualdad. Tal como señaló MacKinnon, “hasta este momento, la doctrina constitucional de libertad de expresión ha sido desarrollada sin tomar en cuenta seriamente la igualdad, ya sea el problema de la inequidad social o el mandato de igualdad sustancial” (Mackinnon 1993, 71). La incorporación de este principio no obedece a una mera aspiración política. Por el contrario, este principio ha sido establecido por la propia Corte IDH como norma imperativa (*Jus Cogens*) del Derecho Internacional, es decir, que no admite acuerdo en contrario (siendo nulo ese acuerdo) y que solo puede ser modificada por una norma general posterior de Derecho Internacional que tenga el mismo carácter.¹¹ Para la Corte IDH,

[...] el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo el ordenamiento jurídico. (Corte IDH 2003, párrafo 101)¹²

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que “la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos” (Comité de Derechos Humanos 1989, párr. 1). El Comité agrega que es obligación de los Estados

[...] adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto [PIDCP]. Por ejemplo, en un Estado en el que la si-

tuación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. (Comité de Derechos Humanos 1989, párr. 10)

Todo lo dicho sobre igualdad y no discriminación es plenamente aplicable a la falta de pluralismo informativo en los medios de comunicación en la región. La concentración en la propiedad de los medios de comunicación lo que logra, como resultado, es reunir en manos de unos pocos, la propiedad de la gran mayoría de los medios, creando un obstáculo para el acceso al “mercado de las ideas” y logra, en definitiva, que este mercado sea un reflejo parcial de las distintas visiones presentes en una democracia, disfrazando esa visión como si fuese una transversalmente compartida por la sociedad. En otras palabras, el mercado de las ideas solo refleja las visiones de aquellos que han tenido el poder de controlar dicho mercado y donde “las posiciones de poder de los poderosos les facilitan el acceso a los espacios que dictaminan los contenidos del ‘sentido común’ o, dicho en términos de Gramsci, a los espacios que crean hegemonía” (Muñoz 2013, 63). Así las cosas, el principio de igualdad y no discriminación juega un rol trascendental fundamentalmente en el acceso al mercado, de manera de participar de este, expresarse dentro del mismo, y contribuir a la creación de una concepción del sentido común público más diverso y representativo de la sociedad, logrando que esta acceda a distintos puntos de vista y ayudando a que se tomen decisiones públicas de manera informada, tal como exige una democracia representativa.¹³

Esto exige, por tanto, un rol activo de los Estados. Un Estado pasivo ante la concentración en la propiedad

10 Ver, en este sentido, el artículo 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 19.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En relación al Pacto y su sistema de restricciones a este derecho, ver Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 34. Libertad de opinión y libertad de expresión, 2011, párrafo 21 y siguientes. Solo a modo de ejemplo, en el párrafo 22 el Comité especifica que “en el párrafo 3 [del artículo 19 del Pacto] se enuncian condiciones expresas y solo con sujeción a esas condiciones pueden imponerse restricciones: las restricciones deben estar ‘fijadas por la ley’; solo pueden imponerse para uno de los propósitos indicados en los apartados a) y b) del párrafo 3 y deben cumplir pruebas estrictas de necesidad y proporcionalidad”.

11 Ver Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Art. 53.

12 Este razonamiento la Corte también lo ha ratificado en casos contenciosos. Al respecto, ver Corte IDH, caso Atala Riffo e hijas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 79.

13 La construcción de discursos hegemónicos por quienes concentran la propiedad de los medios termina afectando a grupos vulnerados que no tienen ni la capacidad económica para crear sus medios y presentar sus puntos de vista, ni el poder político o social para expresarse a través de otros mecanismos. Ejemplo de lo anterior es la situación del pueblo mapuche en Chile, donde los medios que controlan el mercado, a propósito de las demandas territoriales, políticas, sociales de estos pueblos, han definido esta situación como el “conflicto mapuche”, cuando desde una perspectiva de derechos humanos se está frente a un conflicto entre el pueblo mapuche y el Estado chileno. Así, en estos contextos, los medios tienen un gran poder para crear estereotipos sobre los grupos vulnerados.

en los medios de comunicación es cómplice, por omisión, de la violación de un aspecto fundamental en una democracia, como es el pluralismo informativo. En su reciente Observación General N°34, el Comité de Derechos Humanos fue claro en que

[...] el Estado no debe ejercer un control monopolístico sobre los medios de comunicación sino que ha de promover la pluralidad de estos. Por consiguiente, los Estados partes deberían adoptar medidas adecuadas, en forma compatible con el Pacto, para impedir un excesivo predominio o concentración de los medios de comunicación por grupos mediáticos bajo control privado, en situaciones monopolísticas que pueden menoscabar la diversidad de fuentes y opiniones. (Comité de Derechos Humanos 2011, párr. 40)

La pregunta entonces es cómo un Estado puede justificar medidas a favor del pluralismo informativo, con un fuerte énfasis en la igualdad y no discriminación, y que esto no signifique una afectación ilegítima a la libertad de expresión. La respuesta dada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha sido, sistemáticamente, que la medida que restrinja todo derecho será legítima, siempre y cuando respete el test de convencionalidad. Esto implica tres elementos fundamentales: (i) que la medida restrictiva esté establecida por una ley general anterior, (ii) que la restricción responda a un objetivo permitido por los tratados internacionales, y (iii) la restricción sea necesaria en una sociedad democrática, es decir, satisfacer un interés público imperativo. Explicando este último punto, la Corte IDH ha planteado que:

[...] entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquella que

restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho. (Corte IDH 2006, párr. 91)

Exigir un rol activo del Estado en pos de asegurar un mayor pluralismo en los medios de comunicación implica, necesariamente, romper con la concepción liberal clásica que ha dominado el debate en libertad de expresión, ya que lo que se le pide al Estado es, justamente, hacer lo que históricamente se ha mirado con recelo, es decir, que “dibuje la línea” en el mercado de las ideas para permitir el acceso de otras voces y terminar así con la discriminación en el acceso.¹⁴ No obstante, permitir que el Estado regule no implica que tenga un poder amplio, subjetivo y de total arbitrariedad para realizar esta tarea, lo que sin lugar a dudas daría lugar a escenarios de censura previa. El Estado tiene la carga probatoria ya que, en palabras del Comité de Derechos Humanos, “incumbe al Estado parte demostrar el fundamento en derecho de las restricciones impuestas a la libertad de expresión” (Comité de Derechos Humanos 2011, párr. 27). En este sentido, es el test de convencionalidad el que dota de legitimidad a la medida regulatoria que utilice el Estado para fomentar el pluralismo informativo. El test se convierte en un certificado de calidad, que garantiza que la medida regulatoria cumple con los requisitos convencionales y que, por tanto, es una restricción legítima a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.¹⁵

Ahora bien, que el test dote de legitimidad a la medida regulatoria, no implica necesariamente que sea idóneo para la búsqueda del “punto de equilibrio” entre libertad e igualdad en materia de pluralismo informativo. Quizás, siguiendo a MacKinnon, es necesario buscar

14 Esto no es otra cosa que el “Estado amigo” de la libertad de expresión al que hizo referencia Owen Fiss en su libro *La ironía de la libertad de expresión*. Fiss usa la analogía de un megáfono que el Estado debe usar para que las voces que no son escuchadas en el mercado de las ideas, lo sean (Fiss 1996).

15 Un caso relevante en esta materia es el de Argentina. El Estado publicó la Ley 26.522, la que tenía por objeto fomentar el pluralismo informativo y con tal fin, su artículo 45 permite limitar la cantidad de concesiones sobre frecuencias para medios de comunicación. El Clarín, uno de los medios más grandes en Argentina y con una alta presencia en prensa escrita, televisión abierta y televisión por cable, alegó ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación la inconstitucionalidad del artículo 45, la cual fue rechazada por la Corte. Para el Tribunal “no se requiere un mayor esfuerzo expositivo para concluir que **las medidas en cuestión resultan idóneas** para cumplir con los objetivos mencionados, en tanto las restricciones contenidas en el artículo 45 a la cantidad de licencias y registros aparecen como apropiadas o aptas para permitir la participación de un mayor número de voces, o al menos poseen entidad suficiente como para contribuir de algún modo a ese objetivo. Es evidente que a través de la limitación de la cantidad de licencias y registros a todos los operadores de medios de comunicación se podría evitar la concentración y ello permitiría una mayor participación y diversidad de opiniones” (considerando 43, énfasis del tribunal), agregando que “la ley, al limitar la cantidad de licencias y registros persigue el enriquecimiento del debate democrático y, en definitiva, el fortalecimiento de la libertad de expresión y del derecho a la información de todos los individuos” (considerando 44). La Corte concluye que “los requisitos de idoneidad y proporcionalidad a que se viene haciendo referencia se encuentran cumplidos en cada una de las limitaciones contenidas en el artículo 45” (considerando 46). Ver, Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina 2013.

“un nuevo modelo de libertad de expresión donde la posición de la libre expresión no implique reafirmar un dominio social, como lo es ahora” (Mackinnon 1993, 109).¹⁶ Bajo estos términos, en principio, el test de convencionalidad podría adecuarse para dar respuesta a esta tensión. Esto implica que el Estado debe argumentar fuertemente por qué una medida regulatoria en materia de concentración en la propiedad de los medios de comunicación es necesaria en una sociedad democrática (tercera parte del test de convencionalidad). En otras palabras, el Estado debe fundamentar cuál es el interés público imperativo en esta materia, el cual está dado, como se ha dicho, por la discriminación en el acceso al mercado de ideas, el derecho de la sociedad a acceder a diversos puntos de vista y fomentar el pluralismo informativo en una sociedad democrática.¹⁷ La fundamentación sobre esta materia es imprescindible para eliminar toda sospecha de intervención arbitraria o ilegítima del Estado en materia de libertad de expresión que constituya un acto de censura previa directa o indirecta sobre los medios de comunicación. Asimismo, es un reto

tanto para las instancias jurisdiccionales internas como internacionales, el adoptar en esta materia un acercamiento jurídico no solo desde la libertad, sino integrando el principio de igualdad y no discriminación, en el sentido de que una afectación de este último también podría implicar la violación del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De todos modos, quedan en el aire ciertas preguntas: ¿es lo suficientemente capaz el test de convencionalidad para permitir al Estado abandonar su rol neutral liberal puro en materia de libertad de expresión? ¿es capaz el test de tomar en cuenta las desigualdades existentes en las sociedades latinoamericanas a la hora de evaluar la discriminación en el acceso al “mercado de ideas”? Solo a través de las respuestas a estas preguntas que se vayan obteniendo con el tiempo, se podrá evaluar si es necesario pensar en un modelo de restricciones distinto, donde existan mayores posibilidades de encontrar la solución a la tensión final: el punto de equilibrio entre libertad e igualdad.

CONCLUSIÓN

La concepción liberal clásica acerca de la libertad de expresión no es capaz de responder por sí sola a la problemática de la falta de pluralismo informativo en los medios de comunicación. Esto, principalmente, porque bajo esta concepción el Estado debe ser neutral, ya que toda intervención puede ser vista como una preferencia de un contenido por sobre otro.

No obstante, la falta en el acceso al mercado de ideas requiere de un Estado que adopte medidas en pos de garantizar no solo el derecho a la libertad de expresión de los medios de comunicación excluidos del merca-

do, sino que permite además que la ciudadanía acceda a diversos puntos de vista. Aquí el principio de igualdad y no discriminación juega un rol central, ya que legitima un actuar del Estado que permita un ejercicio igualitario de la libertad de expresión. Con todo, este rol del Estado debe estar sujeto a límites y a mecanismos de control que impidan que en aras de la igualdad se establezcan restricciones ilegítimas a la libertad de expresión. En este contexto, mecanismos como el test de convencionalidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es una alternativa a considerar para dotar de legitimidad a dicha restricción.

¹⁶ La traducción del inglés al español es del autor.

¹⁷ Por otra parte, para el Estado implica fundamentar que la restricción es proporcional al interés que la justifica y es también conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo. Sin embargo, como el objetivo de este ensayo está concentrado en argumentar el principio de igualdad y no discriminación, no parece necesario detenerse en esta parte del test, lo cual no le resta importancia.

BIBLIOGRAFÍA

- Comité de Derechos Humanos. 1989. *Observación General N° 18. No discriminación.*
- Comité de Derechos Humanos. 2011. *Observación General N° 34. Libertad de opinión y libertad de expresión.*
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. 1985. *Opinión Consultiva 5/85 sobre colegiación obligatoria de periodistas.* 13 de noviembre de 1985.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2003. *Opinión Consultiva 18/03 sobre Condición jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados.* 17 de septiembre de 2003.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2006. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile,* 19 de septiembre de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2012. *Caso Atala Riffo e hijas vs. Chile,* 24 de febrero de 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2015. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela.* 22 de junio de 2015.
- Corte Suprema de la Justicia de la Nación de Argentina. 2013. *Grupo Clarín S.A. y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional,* 29 de octubre de 2013.
- Fiss, Owen. 1996. *The Irony of Freedom of Speech.* Cambridge: Harvard University Press.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos de Chile. 2012. *Informe Anual sobre la situación de los derechos humanos en Chile.*
- Mackinnon, Catharine. 1993. *Only Words.* Cambridge: Harvard University Press.
- Meiklejohn, Alexander. 2004. *Free Speech and its Relation to Self-Government.* Nueva York: Harpers Collins Publishers.
- Mill, Jhon Stuart. 1981. *On Liberty.* Indianapolis: Hackett publishing Company Inc.
- Muñoz, Fernando. 2013. Chile es una República Democrática: La Asamblea Constituyente como salida a la cuestión constitucional. *Anuario de Derecho Público UDP:* 60-96 .
- Waldron, Jeremy. 2012. *The Harm in Hate Speech.* Cambridge: Harvard University Press.

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. UNA MIRADA A PARTIR DE LOS ESTÁNDARES DE LA CORTE IDH Y SUS PROBLEMAS DE APLICACIÓN EN ECUADOR

CONVENTIONALITY CONTROL. AN ANALYSIS OF THE INTER-AMERICAN COURT STANDARDS AND ITS APPLICATION IN ECUADOR

O CONTROLE DE CONVENCIONALISMO. UN OLHAR DESDE OS ESTÁNDARES DA CORTE IDH E SEUS PROBLEMAS DE APLICAÇÃO NO EQUADOR

*Marcelo Alejandro Guerra Coronel**
Universidad Católica de Cuenca

Enviado: 12/08/2015
Aceptado: 27/01/2016

Resumen:

El control de convencionalidad se ha constituido en una de las instituciones más representativas dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Esta figura consiste en la obligación que se genera en toda autoridad pública, dentro de un Estado, de verificar que las normas de derecho interno estén en armonía con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos que pasan a constituirse en el parámetro de convencionalidad. El ensayo llega a la conclusión de que el mecanismo en Ecuador para la realización del control de convencionalidad es el control de constitucionalidad, razón por la cual se podría decir que convergen y actúan de manera simultánea. Sin embargo, se han generado varios problemas en su aplicación a partir de la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional ecuatoriana.

Palabras clave: Control de constitucionalidad; Control de convencionalidad; Control difuso; Control concentrado; Control concreto; Control abstracto.

Summary:

Conventionality control is one of the most representative institutions within the Inter-American System of Human Rights. It consists on the obligation that all public authorities, within a State, have of verifying that internal legislation is in harmony with the American Convention on Human Rights and other instruments that form part of the conventionality parameter. This essay concludes that the mechanism used in Ecuador for conventionality control is constitutional

control, reason why it can be stated that these converge and act simultaneously. Nevertheless, there have been various problems in application stemming from the jurisprudence of Ecuador's Constitutional Court.

Key words: Constitutionality control; Conventionality control; Concentrated control; Abstract control; Diffused control.

Resumo:

O controle de convencionalismo foi se constituindo como uma das instituições mais representativas dentro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Esta figura consiste em uma obrigação que se gera a toda autoridade pública, dentro de um Estado, ao verificar que as normas de direito interno estejam em harmonia com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e outros instrumentos que passam a se constituir no parâmetro de convencionalismo. O ensaio chega à conclusão de que o mecanismo no Equador para a realização do controle de convencionalismo é o controle de convencionalismo, razão por qual se poderia dizer que convergem e atuam de maneira simultânea. Sem embargo, se foi gerando vários problemas em sua aplicação a partir da jurisprudência emitida pela Corte Constitucional equatoriana.

Palavras chaves: Controle de constitucionalidade; Controle de convencionalismo; Controle difuso; Controle concentrado; Controle concreto; Controle abstrato.

* Abogado de los Tribunales de Justicia de la República y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Cuenca. Magister con Distinción en Investigación en Derecho con mención en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar. Cursa el Doctorado en Derecho en la Universidad Andina Simón Bolívar. Profesor titular de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Católica de Cuenca.

INTRODUCCIÓN

La configuración del control de convencionalidad sin duda ha sido de fundamental importancia en el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y, por ende, la construcción que de tal institución se ha hecho en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha constituido uno de los principales mecanismos para lograr conformidad entre el Derecho interno de todos los Estados con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados a nivel interamericano debidamente ratificados por ellos. Claro, dicho esto de manera muy general sin enfatizar en las particularidades que encierra dicha institución.

A partir del control de convencionalidad, hablando exclusivamente del Sistema Interamericano, es que las disposiciones de Derecho Internacional se vuelven un parámetro obligatorio para la aplicación del Derecho interno por parte de quienes ejercen autoridad; es decir, se convierte en una forma de ingreso del primero en el segundo, generando así una línea base en el mundo del Derecho de dichos Estados.

Ello quiere decir que las autoridades internas de un Estado están obligadas a aplicar el Derecho en conformidad y armonía con la normativa internacional en materia de derechos humanos, obligadas en función de sus ratificaciones.

Para afrontar el conocimiento respecto al control de convencionalidad, este trabajo se dividirá en dos par-

tes: en la primera se abordará todo lo pertinente a la construcción del control de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y en una segunda parte se observará la aplicación de dicha institución en el Ecuador.

Para asumir la primera parte se establecerá el marco normativo convencional que va a permitir la construcción por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹ de dicha institución jurídica. Inmediatamente se tratará de descifrar el origen del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte IDH; luego se abordarán las principales connotaciones que ha ido adquiriendo el control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte IDH; y finalmente se intentará responder a la interrogante ¿puede la Corte IDH ejercer un control de convencionalidad en abstracto?

En la segunda parte se intentará aterrizar lo establecido anteriormente al caso ecuatoriano. Para lograr aquello, en primer lugar será necesario establecer de manera general las diferencias entre control de constitucionalidad y control de convencionalidad y, a su vez, entre control difuso y concentrado y otras modalidades. Luego se verá cómo funciona en el Ecuador el control de convencionalidad a partir de un plano normativo. Finalmente se abordarán los problemas generados respecto de dicha institución, por la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana, tratando de observar la situación desde un plano más realista.

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha venido desarrollándose la figura del control de convencionalidad, sobre todo a partir de la jurisprudencia emitida por su órgano jurisdiccional: la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La construcción que dicho órgano ha venido haciendo se ha caracterizado por su progresividad, pues ha ido dando connotaciones de mayor trascendencia al

control de convencionalidad en función de la interpretación que realiza de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y también de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos no se hace referencia en parte alguna de su articulado al control de convencionalidad de manera expresa, razón por la que la Corte IDH, en función de su

¹ De aquí en adelante se hará referencia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos como Corte IDH, Corte, u órgano jurisdiccional.

facultad interpretativa de tal Convención, ha construido una argumentación sólida, y ha creado un estándar respecto al control de convencionalidad.

Dicho en otras palabras, la Corte IDH, en uso de sus facultades hermenéuticas en relación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha elaborado todo un andamiaje respecto al control de convencionalidad con base en un marco normativo que se desprende de dicha convención y de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, parámetro normativo que se analiza a continuación.

Marco normativo necesario en su construcción

La Corte IDH, en ejercicio de su función de máximo intérprete de la Convención Americana de Derechos Humanos, ha desarrollado la figura del *control de convencionalidad*, pues como ya se mencionó antes, la Convención Americana sobre Derechos Humanos no elabora estricta y expresamente dicha figura, pues tan sólo presenta cierta normativa que ha tenido que ser desarrollada por la Corte IDH mediante su jurisprudencia y opiniones consultivas.

En realidad el marco normativo utilizado por el órgano jurisdiccional no ha sido mayor. Ha utilizado tres disposiciones de la Convención sobre Derechos Humanos y dos más de la convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Estas disposiciones indicadas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, contienen importantes principios generales que han tenido que ser desarrolladas por la Corte IDH, y sin duda la figura del control de convencionalidad ha venido implícito en las mismas.

De igual forma, las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, más conocida como “el Tratado de los Tratados”, por la primaria regulación que hace del Derecho Internacional, contiene dos importantes principios que rigen de manera general para el Derecho Internacional y no tan sólo de los derechos humanos.

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Corte encontró el fundamento del control de convencionalidad en el artículo 1

numerales 1 y 2, artículo 2, y artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; además ha utilizado las disposiciones traídas en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2015, 4-5).

En el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos se establecen las obligaciones del Estado. Allí se hace referencia tanto a las obligaciones negativas (de no hacer, de respetar los derechos y libertades establecidos en dicho documento); como a las obligaciones positivas (de hacer, de garantizar el ejercicio de dichos derechos y libertades) (Organización de Estados Americanos 1969).

El artículo 29 del mismo cuerpo normativo hace referencia a las normas de interpretación y, en términos generales, expone que la interpretación de las normas que regulan los derechos y libertades en ningún momento estarán dirigidas a su supresión, su limitación o exclusión de otros derechos. Por lo tanto, la lectura del artículo 1 y del 29 debe ser conjunta, pues el Estado tiene el deber de respetar, de garantizar, y de interpretar la normativa respectiva de manera apegada a los derechos y libertades establecidas en la Convención.

Utiliza también como fundamento lo establecido en el artículo 2 de la Convención Americana, en donde se señala que los Estados parte están obligados a adoptar medidas legislativas o de otro carácter para el ejercicio de los derechos y libertades consagrados en la Convención. Es decir, que la obligación no deberá tan sólo ser en cuanto a leyes, sino cualquier otra medida necesaria, en donde creemos entrarían disposiciones de otros órganos con capacidad de crear actos normativos, políticas públicas, sentencias de los jueces. Eso lleva a pensar en que una de las figuras para adoptar medidas, es hacerlo ejerciendo un control de convencionalidad.

En cuanto a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la Corte IDH toma dos importantes principios generales que rigen en el Derecho Internacional y los trae a colación. El primero de ellos, establecido en el artículo 26 de la mentada convención, el *pacta sunt servanda*, por el que las obligaciones internacionales contraídas por los Estados en el marco de un Tratado deben cumplirse de buena fe; y el segundo ha sido plasmado en el artículo 27 del mismo texto

convencional, por el que no se pueden invocar disposiciones de derecho interno para incumplir obligaciones internacionales que se desprendan de los tratados. Una lectura conjunta reflejaría que las obligaciones internacionales contraídas por los Estados deberán cumplirse de buena fe, y no se podrán invocar normas domésticas para incumplirlas.

Una construcción con este marco normativo lo hace la Corte en el caso *Almonacid Arellano Vs Chile*. En efecto, en el párrafo 123 de la Sentencia, manifiesta que es obligación del Estado adoptar medidas legislativas acordes a la Convención Americana, tal como se desprende del artículo 2 de la Convención, para que así los jueces puedan aplicarlas sin problema alguno, pero en el caso de que el legislativo falle en su función de crear normativa o que esta no sea acorde a la Convención Americana, es deber de los jueces como parte del Estado, abstenerse de aplicar esas normas, en función del deber del Estado de respetar y garantizar los derechos como lo establece el artículo 1 de la Convención.

Además, en el párrafo 125 de la misma sentencia la Corte IDH afirma que las obligaciones generadas en función del Derecho Internacional deben cumplirse de buena fe, y que para su incumplimiento no se podrán invocar normas de derecho interno (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2006a), haciendo referencia entonces a lo que establecen los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, criterio que ya había mantenido en la Opinión Consultiva OC-14/94 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1994)

En conclusión, el fundamento normativo de la Corte IDH para edificar la institución del control de convencionalidad, es la obligación de los Estados parte de respetar y garantizar los derechos establecidos en la Convención Americana, de adoptar medidas para un adecuado ejercicio, y de su obligación de cumplir con los tratados de buena fe sin que se pueda alegar disposiciones de Derecho interno para no hacerlo.

Primeras huellas del control de convencionalidad

Ahora, es necesario encontrar el origen de esta figura en las decisiones de la Corte IDH, en su desempeño como órgano jurisdiccional creado en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es decir verificar en sus sentencias en qué momento efectivamente se habló por primera vez de un *control de convencionalidad*.

Si bien el control de convencionalidad en sentido estricto va a nacer en una de las sentencias de la Corte IDH, es necesario remitirnos a ciertos antecedentes que ya hacían mención a esta figura. Así pues, fue el voto concurrente del juez Sergio García dentro del caso *Myrna Mack Chang Vs Guatemala*,² en donde por primera vez se hizo alusión al control de convencionalidad. La preocupación del juez García estuvo ya latente respecto del control de convencionalidad que debía ejercer la Corte IDH sobre los actos de los Estados parte.

Un año después el juez García nuevamente hará referencia al control de convencionalidad en su voto concurrente razonado dentro del caso *Tibi Vs Ecuador*.³ Sobre ello dijo:

[...] La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos [...] (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2004b)

En este voto concurrente razonado Sergio García hizo una diferenciación entre lo que es control de constitu-

2 Los hechos radicarón en la ejecución extrajudicial de la antropóloga Myrna Mack Chang el día 11 de septiembre de 1990 bajo una operación militar inteligenciada previamente, por la que se la asesinó brutalmente y luego se encubrió a los autores y se entorpeció la investigación judicial, con el objetivo de dejar en la impunidad tal acto. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2003).

3 Los hechos de este caso giran en torno a la detención arbitraria sin orden judicial del ciudadano Daniel Tibi en Quito el 27 de noviembre de 1995 bajo acusaciones de participación en narcotráfico. Luego de su detención fue trasladado a Guayaquil en donde permaneció en la cárcel por dos años y cuatro meses. Frente a sus declaraciones de inocencia, fue torturado para que confesara su participación en dicho ilícito, y además fue despojado de sus bienes, mismos que al momento de su salida en 1998 no le fueron devueltos. La Comisión sostuvo que las circunstancias que rodearon la detención, en el marco de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, violaron algunas obligaciones que la Comisión imponía al Estado ecuatoriano.

cionalidad y control de convencionalidad, asemejándolos en cierto sentido pero diferenciándolos en cuanto al parámetro de control de los actos normativos, en el primer caso respecto de las constituciones estatales, y en el segundo los tratados internacionales de derechos humanos en donde radica la competencia de la Corte IDH.

Varios autores tienen claro que el origen del control de convencionalidad se encuentra en estos dos votos concurrentes razonados del juez Sergio García Ramírez, entre ellos el jurista mexicano Miguel Carbonell, quien lo reitera en su obra *Introducción general al control de convencionalidad* (Carbonell 2013).

Casi dos años después, la Corte IDH, en una de sus decisiones, establecerá –ya de manera expresa– el reconocimiento del control de convencionalidad como una facultad de la Corte IDH y como una obligación dirigida hacia los Estados, con el objeto de compatibilizar las normas del Derecho doméstico sobre todo con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que, como se verá más adelante, existen otros instrumentos que se constituyen como parámetros para un control de convencionalidad.

La sentencia en que hace referencia por primera vez la Corte IDH a esta figura jurídica es la dictada dentro del caso *Almonacid Arellano Vs Chile*.⁴ Dicha sentencia manifestó que: “...el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos...” (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2006a). En este mismo párrafo la Corte sostiene que si bien los jueces están obligados a aplicar las normas del ordenamiento jurídico doméstico, esto ya no es dogma cuando el Estado ha ratificado un tratado internacional que le genera obligaciones, por lo tanto, los jueces internos que forman parte del aparato del Estado están obligados a velar por el cumplimiento de las disposiciones de la Convención Americana y por ende a verificar que las disposiciones de Derecho interno no contravengan lo dispuesto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CIDH 2006a).

Entonces, como claramente se puede observar, fue en el año 2006 cuando la Corte inició una línea jurisprudencial respecto al control de convencionalidad al afirmar que los jueces internos de un Estado están obligados a verificar que la normativa interna sea compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A partir de esta sentencia la Corte IDH va a emprender un camino en la caracterización del control de convencionalidad, y le irá dando algunas connotaciones que inicialmente no las tenía y que se las va a observar a continuación.

Su desarrollo a partir de la jurisprudencia de la Corte IDH

Una vez que la Corte IDH ha marcado el punto de partida, empieza a construir una línea jurisprudencial en torno al control de convencionalidad, y, en efecto, va a ir desarrollando la configuración de dicha institución, hasta construirla de una manera algo más acabada en comparación con lo que afirmó en el caso *Almonacid Arellano Vs Chile*.

La Corte IDH va a dar así ciertas características al control de convencionalidad a partir de su jurisprudencia. Así tenemos que dicho control debe ser realizado *ex officio* por toda autoridad pública (esto haciendo referencia a las autoridades internas de un Estado); que debe realizarse teniendo como parámetro no sólo la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino también otros tratados de derechos humanos que obliguen a los Estados parte; que depende de los mecanismos que cada Estado adopte para ejercerlo, es decir que la Corte no impone un modelo de control; y, finalmente, se extiende también a las opiniones consultivas y jurisprudencia de la Corte IDH. Estos matices que el órgano jurisdiccional interamericano va dando a la institución en referencia, serán expuestos a continuación.

¿El control de convencionalidad debe realizarse de oficio?

La Corte IDH establece que el control de convencionalidad debe realizarse de oficio en algunas de sus

4 Los hechos de este caso tienen lugar en un momento de represión generalizada a las personas que el régimen militar que derrocó a Salvador Allende consideraba opositoras; en efecto Luis Alfredo Almonacid Arellano, un profesor de educación básica que militaba en el Partido Comunista, el 16 de septiembre de 1973 fue detenido, disparado fuera de su casa por carabineros y en presencia de su familia, Luis Almonacid falleció al día siguiente; a esto debe sumarse la inadecuada investigación y por lo tanto el no establecimiento de responsabilidades producto de un decreto en el que se concedió la amnistía a todos quienes cometieron infracciones entre 1973 y 1978.

sentencias posteriores al *caso Almonacid Arellano Vs. Chile*. Así, en la primera sentencia que se pronunció al respecto, dictada dentro del *caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*,⁵ la Corte dijo que los jueces de los Estados parte de la Convención Americana están obligados a verificar el efecto útil de tal tratado, es decir, comprobar que su aplicación sea efectiva y no se vea disminuida por leyes internas del Estado. Por esta razón, dichos jueces no tienen que realizar solamente un control de constitucionalidad, sino también deben ejercer un control de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas del Estado y las de la Convención Americana (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2006b).

En esta sentencia la Corte no sólo se refiere al control *ex officio*, sino también da otras pautas acerca de esta figura jurídica, pues señala que es obligación ya no exclusivamente un control de constitucionalidad, sino también uno de convencionalidad, y recalca el sentido del segundo y en qué consiste. Expresa que se refiere al control de las normas internas de un Estado que se hacen en función de la normas de la Convención Americana, lo que significa que al hacer control de convencionalidad lo que se hace es armonizar la normativa interna con la normativa internacional de la Convención.

Este criterio respecto a que el control de convencionalidad debe realizarse de oficio la Corte IDH lo va a repetir en varias de sus sentencias, así en el *caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*⁶ en el 2010 la Corte Interamericana dice lo siguiente:

[...] El Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco

de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2010b)

Este criterio la Corte lo ha venido manteniendo en varias de sus sentencias como la antes mencionada y otras posteriores, como, por ejemplo, en la dictada dentro del *caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam*,⁷ donde se pronunció en los siguientes términos “[...] reitera la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad”, entre la normativa interna y la Convención Americana [...]” (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2014a). Esto sólo por citar la más reciente.⁸

¿Quiénes están obligados a realizar el control de convencionalidad?

Ahora corresponde observar en qué sentido la jurisprudencia de la Corte IDH se ha pronunciado en cuanto a establecer quiénes, dentro del Estado parte, están obligados a realizar un control de convencionalidad.

Para tratar este punto es necesario anotar que en la jurisprudencia de la Corte IDH existen tres momentos diferentes en cuanto a la estandarización de esta cuestión; es decir, de las sentencias a citarse pueden deducirse tres criterios desarrollados de manera progresiva.

En un primer momento la Corte va a decir que está obligado sólo el poder judicial. En efecto, así lo refi-

5 Los hechos de este caso se dan en el año de 1992. El 31 de diciembre de ese año, mediante resoluciones del Congreso de Perú, 1117 trabajadores y servidores del Congreso fueron despedidos de sus trabajos, y entre ellos las 257 víctimas de este caso. Frente a este despido estas personas presentaron una serie de recurso administrativos que no tuvieron éxito alguno, además presentaron un recurso de amparo que fue desestimado.

6 Los hechos de este caso tienen que ver con la violación sexual y la tortura a la señora Rosendo Cantú ocurrida el 16 de febrero de 2002, frente a la cual no existió una investigación con la debida diligencia que llevara a establecer responsables, causando así también una vulneración a los derechos de su hija. Este caso también es paradigmático ya que aborda el problema respecto del acceso a la justicia y a la salud de las mujeres indígenas en México. De igual forma, en este caso también se aborda el tema de la utilización del fuero militar para las investigaciones y juzgamientos en casos relacionados a derechos humanos.

7 Este caso tiene que ver con la investigación y el proceso penal seguidos en contra del señor Liakat Ali Alibux, Ministro de Finanzas y Ministro de Recursos Naturales de Surinam, entre 1996 y 2000, quien fuera condenado en noviembre de 2003 por el delito de falsificación a un año de prisión y tres años de inhabilitación para ejercer el cargo público de Ministro sin derecho a apelar de tal decisión en función de lo establecido en una Ley sobre Acusación de Funcionarios Públicos.

8 Otras sentencias en las que la CIDH se ha pronunciado de la misma manera son: *caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá* (Sentencia de 12 de agosto de 2008); *caso Radilla Pacheco Vs. México* (Sentencia de 23 de Noviembre de 2009); *caso Fernández Ortega y otro Vs. México* (Sentencia de 30 de agosto de 2010); *caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México* (Sentencia de 26 de Noviembre de 2010); *caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala* (Sentencia de 20 de Noviembre de 2012); *caso Rochac Hernández y otro Vs. El Salvador* (Sentencia de 14 de octubre de 2014).

rió en el párrafo 128 de la sentencia dictada dentro del caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú* en 2006, y de igual manera este criterio fue reiterado en el párrafo 219 de la sentencia dictada en el caso *Rosendo Cantú y otra Vs. México* en 2010.

En un segundo momento la Corte va ampliar esta opinión, refiriendo que están obligados a realizar este control de convencionalidad los jueces y los órganos que se encuentran vinculados a la administración de justicia en sus distintos niveles. De tal manera se pronunció en la sentencia dictada dentro del caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*.⁹ Aquí la Corte dijo que:

[...] Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes [...] (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2010a).

Finalmente, en un tercer momento la Corte IDH va a señalar que quienes están obligados a ejercer un control de convencionalidad internamente en los Estados ya no serán únicamente los jueces y órganos vinculados al poder judicial, sino que esta obligación corresponde a todos los órganos del Estado, dentro de los cuales están incluidos aquellos que pertenecen al poder judicial. Esto la Corte lo afirma en la sentencia dictada dentro del caso *Gelman Vs. Uruguay*,¹⁰ en donde señaló que:

[...] la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la

regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” (*supra* párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial [...] (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2011a)

Es necesario hacer notar al lector que la Corte IDH en esta misma sentencia, y tal como se desprende de la cita anterior, nos remite al párrafo 193, y, en efecto, este párrafo habla sobre el control de convencionalidad, el que es, a su vez, citado de la sentencia del caso *Almonacid Arellano Vs. Chile*, donde deja por sentado que el control de convencionalidad debe ejercerse por los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia. Con ello vuelve al segundo momento al que se hizo referencia antes. Sin embargo, en el párrafo 239 la Corte aclara que corresponde a toda autoridad pública y ya no de forma exclusiva al poder judicial.

En el mismo sentido se ha pronunciado la sentencia dictada dentro del caso *Liakat Ali Alibux Vs. Surinam*. En ella se refiere que: “[...] Dicha obligación se encuentra a cargo de todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles [...]” (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2014a). De la misma forma en otras sentencias, la Corte IDH ha adoptado esa posición.¹¹

En conclusión queda claro que en cuanto a determinar quiénes tienen la obligación de hacer un control de convencionalidad dentro de los Estados, la Corte IDH se ha ido pronunciando progresivamente, pues en un primer momento ha dicho que el poder judicial está obligado a realizar un control de convencionalidad, en un segundo momento ha manifestado que el

9 Este caso gira en torno a la detención de los señores Teodoro Cabrera García y Rodrigo Montiel Flores en mayo de 1999 por miembros del ejército mexicano, bajo acusaciones de uso de armas de fuego de exclusivo uso del ejército, y por la siembra de marihuana y amapola. En su detención a manos del ejército fueron víctimas de tratos crueles, inhumanos y degradantes, hasta que en agosto de 2000 fueron condenados por un juez. Esta decisión fue apelada, y en 2001 fueron liberados para continuar cumpliendo la pena en su domicilio por condiciones de salud.

10 Este caso tiene lugar en el contexto de un golpe militar que inició en 1973 y se extendió hasta 1985. Durante ese período, en agosto de 1976, María Claudia García Iruretagoyena Casineli, embarazada, y su esposo Ariel Gelman Schubaroff fueron detenidos y llevados a un lugar clandestino. Ariel Gelman fue ejecutado y su esposa trasladada a Montevideo en donde dio a luz, y su paradero hasta ahora es desconocido. Su hija fue entregada a la familia de un policía; a sus 23 años tuvo contacto con su abuelo, y luego de realizarse una prueba de ADN que resultó positiva en cuanto al vínculo sanguíneo con su abuelo, estableció la demanda.

11 Entre estas sentencias la Corte IDH ha dicho que están en la obligación de ejercer un control de convencionalidad todos los órganos del Estado: *caso Guadiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala* (Sentencia de 20 de Noviembre de 2012); *caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia* (Sentencia de 30 de noviembre de 2012); *caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana* (Sentencia de 28 de agosto de 2014); *caso Rochac Hernández y otro Vs. El Salvador* (Sentencia de 14 de octubre de 2014).

poder judicial y todos los órganos vinculados a éste, y finalmente en un tercer momento de desarrollo jurisprudencial ha sostenido que el control de convencionalidad obliga no sólo a jueces y órganos del poder judicial, sino a todos los órganos del Estado.

¿Control de convencionalidad sólo respecto de la Convención Americana?

Es menester en este apartado responder a la interrogante planteada y observar si el único parámetro para el control de convencionalidad es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o si podría realizarse respecto de otros tratados, de los cuales un Estado sea parte, es decir que lo haya ratificado luego de un proceso de aprobación interna.

La Corte IDH ha sido muy clara al establecer que en los Estados que sean parte de ciertos tratados de derechos humanos y no únicamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, todos sus órganos, incluidos los que tienen que ver con administración de justicia, están obligados a velar porque sus disposiciones no se vean menoscabadas por disposiciones domésticas. En efecto, en su sentencia dictada dentro del caso *Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala*¹² ha manifestado lo siguiente:

[...] cuando un Estado es parte de tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Belém do Pará, dichos tratados obligan a todos sus órganos, incluido el poder judicial, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es parte el

Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes [...] (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2012b)

Con ello la Corte IDH deja bastante claro que el control de convencionalidad al que están obligadas las autoridades de un Estado, no debe tener como parámetro únicamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino también otros tratados en materia de derechos humanos que hayan sido ratificados por el Estado y por ende del cual sean parte.

¿Impone la Convención Americana un modelo de control de convencionalidad para los Estados?

En este apartado nos ocuparemos de abordar lo que la Corte IDH ha enunciado en cuanto al modelo de control de convencionalidad que debe ser llevado a cabo por los Estados; es decir, observar lo que ha dicho en cuanto a la manera, si se quiere los medios y los mecanismos, en que los órganos del Estado van a poder controlar que las disposiciones y normas domésticas armonicen con la Convención Americana u otros tratados de los que sea parte el Estado.

La Corte IDH dirá que, más allá de que un Estado tenga o no un órgano especializado en realizar un control de convencionalidad, como lo son las cortes constitucionales, lo importante es la obligación de los Estados de realizar dicho control de convencionalidad a través de sus órganos, incluido el judicial. Por tanto, la obligación de hacer un control de convencionalidad está desligada de la manera como lo hagan y si tiene o no un órgano especializado que se encargue de tal cometido. En efecto, en la sentencia dictada dentro del caso *Liakat Ali Alibux Vs. Surinam*, la Corte dijo lo siguiente:

[...] sobre la vulneración del derecho a la protección judicial con motivo de la ausencia de un Tribunal Constitucional, si bien la Corte reconoce la importancia de estos órganos como protectores de los mandatos constitucionales y los derechos

¹² Los hechos en este caso giran en torno a la desaparición forzada de 26 personas que aparecieron registradas en un documento militar en el que se encontraban sus registros. Estas desapariciones forzadas se dieron entre los años de 1983 y 1985 en el contexto de un conflicto interno en Guatemala.

fundamentales, la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad. En este sentido, la Corte recuerda que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana le compete a todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2014a)

Con ello, da a entender que depende ya de cada uno de los Estados la manera en que ejercen ese control de convencionalidad; que es potestad de los Estados el adoptar diferentes mecanismos que consideren adecuados para que dicho control se realice idóneamente; pero lo que sí no queda a discrecionalidad de los Estados es realizar o no dicho control. En otras palabras, el “cómo” queda a discrecionalidad de los Estados, pero el “qué” de ninguna manera, pues es obligación de los Estados, a través de sus órganos, practicar ese control de convencionalidad, ya que de no hacerlo, podría generarse responsabilidad internacional.

¿Es parámetro de convencionalidad la interpretación que sobre la Convención Americana realice la Corte IDH?

Ya se ha dejado claro que el parámetro para el control de convencionalidad al que están obligados los Estados es la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados en materia de derechos humanos que hayan sido ratificados por los Estados; sin embargo ahora cabe preguntarnos qué sucede con la jurisprudencia de la Corte IDH.

La Corte ya se ha pronunciado al respecto en varias ocasiones. Así, por ejemplo, en la sentencia dictada dentro del *caso Almonacid Arellano Vs. Chile* ha dicho que el poder judicial, al hacer control de convencionalidad, debe tener presente no solamente el tratado, sino también las interpretaciones que sobre el mismo ha hecho la Corte IDH en función de su facultad como intérprete último de la Convención Americana (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2006a, párr.

124); y este mismo criterio lo ha mantenido en otras sentencias.¹³

Eduardo Ferrer Mc-Gregor Poisot, en uno de sus votos razonados, ha explicado de mejor manera el control de convencionalidad en cuanto a observar también la jurisprudencia de la Corte IDH, pues ha dicho que:

[...] la jurisprudencia de la Corte IDH adquiere ‘eficacia directa’ en todos los Estados nacionales que han reconocido expresamente su jurisdicción, con independencia de que derive de un asunto donde no han participado formalmente como ‘parte material’. Lo anterior, debido a los efectos de la *norma convencional interpretada*, que produce ‘efectos expansivos’ de la jurisprudencia convencional y no sólo eficacia subjetiva para la tutela del derecho y libertad en un caso particular sometido a su competencia [...] (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2010c, párr. 79)

En conclusión, el parámetro de convencionalidad lo constituye el tratado y la interpretación que sobre el mismo ha realizado el órgano llamado a hacerlo, es decir, aquel que está autorizado para tal efecto.

¿Y qué sucede con las opiniones consultivas en cuanto al control de convencionalidad?

Es conocido que la naturaleza jurídica de la Corte IDH es jurisdiccional, pues es un órgano judicial en derechos humanos de origen convencional (Ramírez Mora 2013, 56), toda vez que fue creada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos con dos competencias específicas: la contenciosa, para la atención a casos; y la consultiva. Además, tiene la facultad de dictar medidas provisionales en casos de gravedad y urgencia extremas (Martín 2004, 210).

Las opiniones consultivas las pueden realizar los Estados miembros de la OEA y sus órganos. Estas opiniones consultivas, si bien no son iguales a una sentencia dictada dentro de un caso concreto, tienen efectos jurídicos. Además, pueden ser dirigidas a que la Corte IDH se pronuncie sobre la interpretación de las disposicio-

¹³ Se puede consultar también Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Rosendo Cantú y otra Vs. México* (Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 219).

nes de la Convención Americana u otros tratados de derechos humanos, o para que emita su opinión sobre la compatibilidad de leyes internas y los tratados de derechos humanos (Martín 2004, 266-7).

Una vez que, de manera muy breve, se ha hablado sobre la naturaleza jurídica de las opiniones consultivas de la Corte IDH, compete responder a la interrogante planteada, es decir, saber si las mentadas opiniones sirven también como parámetro para que los órganos de los Estados realicen un control de convencionalidad. En efecto, el órgano jurisdiccional en materia de derechos humanos ya se ha pronunciado al respecto, y en su opinión consultiva OC-21/14 sobre los derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración ha dicho lo siguiente:

[...] Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”. A su vez, a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos [...] cuentan con una fuente que [...] contribuye [...] a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2014b, párr. 31)

En conclusión, las opiniones consultivas pasan a formar parte del parámetro de control de convencionalidad conjuntamente con la Convención Americana y otros tratados de derechos humanos, y con la jurisprudencia de la Corte IDH. Además cabe mencionar que las opiniones consultivas, tal como se desprende de la cita, vinculan no sólo a los Estados que hayan ratifi-

cado la competencia contenciosa de la Corte IDH, ni sólo a los Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino a todos los Estados miembros de la OEA, dicha afirmación, sin embargo, aún es muy debatida y no puede ser abordada en este trabajo.

Otra característica del control de convencionalidad

En el artículo 2 de la Convención que se analiza, al tratar el marco normativo del control de convencionalidad, se establece la obligación de los Estados de adoptar medidas legislativas o de otro carácter que compatibilicen con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la vuelvan efectiva a nivel interno.

El control de convencionalidad, precisamente, sirve para lograr que las disposiciones domésticas de un Estado armonicen con la Convención Americana, con otros tratados de derechos humanos y con la jurisprudencia y opiniones consultivas de la Corte IDH. Este control ejerce las veces de un filtro para saber lo que pasa y lo que no, es decir, lo que resulta contrario a dichos instrumentos no tendría cabida en el ordenamiento jurídico y tendría que ser desechado o inaplicado, y lo que esté en armonía tendría completa validez, sobre todo a partir del ámbito material.

Entonces, cuando existen disposiciones internas que forman parte del ordenamiento jurídico de los Estados que están en total armonía con los instrumentos antes mentados, no existiría problema alguno. No obstante, cabe resaltar que se debe tener presente que de una disposición se pueden desprender varias normas según los criterios hermenéuticos que sobre ella empleen los intérpretes.¹⁴

A lo que se quiere llegar es a establecer que, tal vez, la disposición o medida legislativa de manera literal, a partir de una interpretación exegética, puede estar en completa armonía con la Convención Americana y demás instrumentos, sin embargo podrían existir problemas de compatibilidad entre las interpretaciones que de esa disposición hagan los jueces o las autoridades llamadas a hacerlo.

14 La diferencia entre una disposición y una norma la podemos consultar en *Apuntes de Teoría del Derecho* (Prieto 2005, 50-1). De igual manera la diferencia entre la disposición textual y la norma la podemos consultar en *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional* (Ezquiaga 1999, 22 y ss.)

Frente a esta situación la Corte IDH ya se ha pronunciado en sus sentencias, y así, por ejemplo, en la dictada dentro del *caso López Mendoza Vs. Venezuela* a dicho: “[...] con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen, adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso.” (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2011b, párr. 228). En el mismo sentido se ha pronunciado en la sentencia dictada dentro del *caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile* (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2012a, párr. 284).

Aunque en las sentencias anteriores la Corte IDH no ha sido tan clara en manifestar lo tratado, esto se ha visto solucionado en la decisión dictada dentro del *caso Radilla Pacheco Vs. México*:

[...] la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención [...] (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2009, párr. 338)

En conclusión, no basta con tener disposiciones acordes a la Convención Americana y los demás instrumentos; es necesario que la interpretación que sobre esas disposiciones se haga sean también acordes, por lo que el control de convencionalidad operaría también sobre dichas interpretaciones.

¿Puede la Corte IDH hacer control de convencionalidad en abstracto?

No está en discusión que la Corte IDH pueda hacer un control de convencionalidad en concreto, es decir, en función de los casos que atiende en ejercicio de su competencia contenciosa. La Corte hace pues un control concentrado de convencionalidad en concreto, por lo tanto, en el marco de los casos, analiza la compatibilidad de las disposiciones internas de los Estados parte que están en discusión dentro del contexto de un caso concreto.

Sin embargo cabe preguntarnos qué sucede cuando la Corte IDH, en conocimiento de un caso, detecta una disposición interna de un Estado que es contraria a la Convención Americana u otros tratados de derechos humanos, o a su jurisprudencia, o a sus opiniones consultivas, sin que dicha disposición haya generado un daño o lo esté haciendo dentro de dicho caso; ¿podría la Corte hacer un control de convencionalidad sobre esa disposición sin que haya generado un daño concreto en el marco del caso en conocimiento? Del análisis jurisprudencial realizado se ha podido notar que la Corte IDH al tratar este tema lo ha hecho en dos momentos, uno que se lo podría llamar negativo y otro positivo.

En cuando al momento negativo, la Corte IDH mantuvo el criterio de que no podía realizar un control de convencionalidad en abstracto; en su propia jurisprudencia consideraba esto inaceptable. Así, en la sentencia de Excepciones Preliminares dictada dentro del *caso Genie Lacayo Vs. Guatemala*, se pronunció de la siguiente manera:

La competencia contenciosa de la Corte no tiene por objeto la revisión de las legislaciones nacionales en abstracto, sino que es ejercida para resolver casos concretos en que se alegue que un acto del Estado, ejecutado contra personas determinadas, es contrario a la Convención [...] (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1995, párr. 50)

En la sentencia de fondo dictada dentro del mismo caso, mantuvo este criterio, pues al referir a dos decretos cuya aplicación, según la Corte, no violaban *per se* la Convención, dijo: “[...] la Corte no emite pronunciamiento sobre la compatibilidad de estos artículos con la Convención ya que proceder en otra forma constituiría un análisis en abstracto y fuera de las funciones de esta Corte.” (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1997a, párrafo 91). Es decir, consideraba que hacer un control abstracto de convencionalidad, esto es, verificar si determinadas disposiciones violaban *per se* la Convención y otros instrumentos, no formaba parte de sus atribuciones.

Cabe recalcar, sin embargo, que a pesar de este criterio, el juez Cañado Trindade, en uno de sus votos disi-

dentes pronunciados en el año 1996 dentro del caso *El Amparo Vs. Venezuela*, se había mostrado contrario a esta posición. Trindade manifestó que no era necesario esperar a que existiera un daño, ya material o moral, para que esa ley pudiera ser impugnada, ya que esperar a que la ley casara un daño efectivo sería ir en contra del deber de prevención (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1996, párr. 3).

En un segundo momento, al que llamamos positivo, la Corte dará un giro radical en su posición, pues pasará a decir que en el marco de un caso sí puede hacer un control en abstracto de una disposición, a pesar de

no haber generado un daño concreto a los sujetos implicados. Este criterio lo ha sostenido en su sentencia dictada en el caso *Suárez Rosero Vs. Ecuador* (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1997b, párr. 98); y de la misma forma se ha pronunciado en el caso *Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú* (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1999, párr. 205).

En conclusión, la Corte IDH en su jurisprudencia ha sostenido que sí puede realizar un control abstracto de convencionalidad a disposiciones que a pesar de que no hayan generado un daño concreto en el caso que conoce, *per se* violan la Convención Americana.

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EN EL ECUADOR

Una vez que se ha analizado a fondo la regulación que la Corte IDH, a través de su jurisprudencia, ha establecido respecto del control de convencionalidad, cabe analizar el caso de Ecuador. Para ello, en primer lugar se hará una diferenciación precisa de lo que debe entenderse por control de constitucionalidad y por control de convencionalidad, ya que en términos genéricos no significan lo mismo. En segundo lugar se analizará el mecanismo utilizado en Ecuador para el control de convencionalidad, que tiene mucho que ver con el control de constitucionalidad. Finalmente, se tratarán los problemas que pueden estar suscitándose en Ecuador respecto del control de convencionalidad.

Control de constitucionalidad y control de convencionalidad

Inicialmente, es necesario observar en qué consiste el control de convencionalidad y el de constitucionalidad, pues ambos son controles y persiguen el mismo fin. Su diferencia radica en el parámetro para ejercer cada uno de estos que, en términos genéricos, son bastante diferentes, pero que en función de los ordenamientos jurídicos internos y, sobre todo, de sus constituciones, podrían generar acercamientos muy claros entre estos dos modelos de control, tal como se apreciará sucede en el caso ecuatoriano.

Además se puede constatar que dentro de cada uno de estos controles existen a su vez modalidades para realizarlo, en las cuales se encuentran también semejanzas entre cada uno de ellos.

En primer lugar abordemos brevemente el control de constitucionalidad para, en función de este, desarrollar el de convencionalidad. Es pertinente entonces hablar de los antecedentes del control de constitucionalidad, para luego definirlo. El concepto de Constitución adquirió en Estados Unidos de Norteamérica una connotación particular, que buscó poner un freno al exceso del poder legislativo, y vio al poder judicial como la opción idónea para tal cometido. Así es como surgió el *judicial review* (Blanco Valdés 1996, 13-8), que va a ser justificado por el hecho de ser un poder descontaminado de las coyunturas políticas pese a su falta de legitimidad democrática, tal como lo afirmaba Hamilton en *El Federalista* (Hamilton 1987, 330-6).

Pero lo antes dicho va a ser solo afirmado en el célebre caso *Marbury Vs Madison*, en donde el juez Marshall va a concluir que ninguna ley podría estar por sobre la Constitución, generando así el origen más visible del control de constitucionalidad. Es claro, entonces, el origen del control de constitucionalidad desde su punto de vista genérico, es decir, como un mecanismo de resguardo de la supremacía de la Constitución. Sin embargo, no se analizan detalles respecto a su posible clasificación, ya que este podría identificarse más como un control difuso en función del órgano que lo realiza que como el control concentrado, implantado por Hans Kelsen en Austria en 1920.

Para efectos de entendimiento de tal figura en este trabajo, se ha seleccionado una definición clara y sencilla de Sergio García Ramírez. Él manifiesta que control

de constitucionalidad es aquel por el cual se analizan ciertos actos a la luz de los principios, valores y normas de las constituciones, para así dar conformidad a la actividad del poder público con el orden que trae el Estado de Derecho en una sociedad democrática (Corte Interamericana de derechos Humanos 2004b, párrafo 3). Dicho en otras palabras, es verificar que las disposiciones que integran el orden jurídico estén de conformidad con la Constitución; es generar armonía entre disposiciones *infra* constitucionales con la carta suprema.

Esta figura jurídica busca mantener el orden constitucional salvaguardando la Constitución, manteniendo el orden jurídico mediante la imposición de un freno al ejercicio arbitrario del poder (Silva Meza 2005, 1122). Entonces, en el control de constitucionalidad el parámetro de control precisamente es la Constitución, pues en función de esta se analizan las demás normas e incluso se depuran algunas por su carácter de inconstitucionales, otras se modulan para volverlas constitucionales y darles compatibilidad con la Constitución en función del principio de conservación del derecho (Soto Cordero 2012, 215) y de complementariedad con el legislativo (Escobar Gil 2007, 263) sobre todo.

Ahora cabe echar un vistazo de manera muy breve a los tipos de control de constitucionalidad que existen. En primer lugar hay que considerar los tipos de control constitucional que de manera general se pueden exponer. Así, Manuel Aragón plantea que el control se manifiesta fundamentalmente en tres planos, esto es un control social, un control político, y un control jurídico; el primero realizado por la sociedad, el segundo sobre todo por el parlamento, y el tercero por parte de los jueces (Aragón Reyes 1999, 15).

Varias clasificaciones se pueden establecer respecto del control de constitucionalidad, sin embargo tomaremos una didáctica, de fácil comprensión. Por el órgano que hace control de constitucionalidad podemos estar frente a control por órgano político cuando lo hace un órgano de esta naturaleza (p. ej. los parlamentos), y un control por órgano judicial, que a su vez puede ser difuso (cuando lo hace cualquier juez) o concentrado (cuando queda a cargo del Tribunal o Corte Constitucional) (Oyarte Martínez 1999, 83-4).

Yendo más al plano del control jurídico, podemos establecer las siguientes clasificaciones: 1) Por las cir-

cunstancia del caso puede ser control abstracto y control concreto. El primero se da vía acción cuando se ataca directamente la inconstitucionalidad de un precepto, mientras que el segundo opera vía de excepción, dentro de un caso concreto ya de conocimiento de un Tribunal, en donde el mismo, si la considera contraria a la Constitución, la inaplica (Oyarte Martínez 1999, 85); 2) Por la oportunidad en que se lleva a cabo este control puede ser *a priori* o *a posteriori*. El primero se realiza antes de que el acto normativo esté vigente y el segundo cuando el precepto ya tiene vigencia dentro del ordenamiento jurídico (Oyarte Martínez 1999, 86).

A partir de otra clasificación se podría decir que tres tipos de control de constitucionalidad se han configurado: en cuanto a quien realiza ese control, tenemos control concentrado y control difuso; en cuanto a la vigencia de la norma en control, tenemos control abstracto y control concreto; y finalmente, en referencia al momento en que se realiza ese control, están el control previo y el control posterior.

El *control concentrado* se caracteriza porque el órgano que se encarga de hacer control de constitucionalidad de manera exclusiva es uno sólo, de ahí su nombre, y por lo general son las cortes constitucionales de los Estados; el *control difuso* es aquel por el que todos los jueces o tribunales pueden declarar la inaplicabilidad de una disposición legal de menor jerarquía por ser contraria a la Constitución dentro del caso particular que están conociendo. *Control abstracto* es aquel en el que el órgano deroga, es decir deja sin vigencia, con efectos *erga omnes*, la norma contraria a la Constitución; el *control concreto* es aquel en que, en la sentencia, tan solo se deja sin aplicación el precepto en el caso concreto, con efectos *inter partes*, es decir el precepto no pierde vigencia. El *control previo* es aquel que se realiza antes de la vigencia del precepto, como por ejemplo antes de que se apruebe una ley, un Tratado, etc.; y el *control posterior* es el que se realiza después de que el precepto ya está en vigencia (Ríos 2002, 389-90). Una vez que está bastante claro el alcance del control de constitucionalidad, a continuación se trata brevemente el control de convencionalidad.

Ya bastante precisa debe ser la noción de lo que es el control de convencionalidad en función de todo el análisis antes realizado, sin embargo a manera de resumen se puede precisar que por este control se analizan los actos en relación a las normas, principios, va-

lores de los instrumentos internacionales en derechos humanos pertinentes; es decir que el parámetro de convencionalidad está compuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por otros tratados de derechos humanos en que los Estados sean parte, por la interpretación que sobre esos tratados realice la Corte IDH, y finalmente por las opiniones consultivas de la Corte IDH.

Dicho de otra forma, el control de convencionalidad consiste en verificar la conformidad de las disposiciones legales e infra legales que integran los ordenamientos jurídicos de los Estados con la Convención Americana, otros tratados, jurisprudencia y opiniones consultivas de la corte IDH.

El control de convencionalidad también tiene modalidades, las que fueron previamente tratadas al hablar del control de constitucionalidad.

En primer lugar se puede hablar de un control de convencionalidad ejercido por los jueces y tribunales nacionales (R. Brewer, Santofimio 2013, 47), así como por todos los órganos del Estado, al que se lo llama *difuso*; y control de convencionalidad ejercido exclusivamente por la Corte IDH (Bazán 2011, 42) denominado *concentrado*. En segundo lugar, podemos hablar de un control de convencionalidad en *concreto*, que no está en debate, cuando la Corte IDH verifica que una disposición ha generado un daño dentro de un caso concreto que está en su conocimiento; y un control de convencionalidad en *abstracto*, cuando la Corte IDH en el marco de un caso determina que una disposición que si bien en ese determinado caso no ha generado un daño, *per se* es violatoria al parámetro de convencionalidad, en su función de prevención, hace un control de convencionalidad sobre la misma como se dijo en páginas anteriores.

Finalmente, se puede también hablar de un *control previo* de convencionalidad cuando la Corte IDH actúa en ejercicio de su competencia consultiva en función de requerimientos por parte de los Estados, de verificar si determinadas leyes internas (antes de que generen daños), son o no compatibles con la Convención Americana y demás parámetros de convencionalidad; y se está frente a un *control de convencionalidad posterior* cuando ingresan casos a la Corte IDH por normas internas de los Estados que han generado daños en su vigencia.

Como se puede apreciar dichas figuras son bastante semejantes, pero a pesar de ello tienen diferencias que ya fueron abordadas; pero sin alegar que es un trabajo profundo parece ser suficiente para poner al lector en un contexto claro sobre las instituciones tratadas. Ahora se expondrá qué sucede con el control de constitucionalidad y con el control de convencionalidad en el Ecuador.

Constitucionalidad y convencionalidad de la mano en Ecuador

Una vez que tenemos claro sobre todo que el control de constitucionalidad es verificar la conformidad de las disposiciones *infra* constitucionales con la Constitución; y que el control de convencionalidad es verificar la conformidad de las disposiciones internas de un Estado con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás parámetro de convencionalidad; es necesario observar lo que sucede en Ecuador, en donde estos dos controles, a pesar de tener su propia naturaleza jurídica, se unen. De antemano se afirma que en Ecuador al momento de realizar un control de constitucionalidad, también se hace uno de convencionalidad, criterio que más adelante se lo demuestra.

En Ecuador es bastante clara la constitucionalización de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, lo cual se desprende de la lectura de sus artículos 11 numeral 3, 426, y 428.

En estos artículos se dispone la jerarquía de los instrumentos en materia de derechos humanos, y los demás derechos que se deducen de la dignidad humana, al mismo nivel de la Constitución, llegando incluso a prevalecer los tratados en materia de derechos humanos sobre la Constitución, cuando poseen derechos más favorables a los contenidos en ella (Asamblea Nacional Constituyente 2008, Art. 424). Se entiende entonces, que incluso cuando las disposiciones constitucionales sean contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por ejemplo, prevalecerán las de la Convención si posee derechos más favorables.

De la lectura de los mismos artículos se deduce también la existencia de un control difuso de constitucionalidad además del concentrado encargado a la Corte Constitucional. Por tanto, se puede decir que en Ecuador la Constitución debe entenderse desde una tridimensionalidad, ya que por un lado está formada por

la Constitución en sentido estricto que sería el texto como tal, por otro lado están los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos; y, finalmente, también son parte de la Constitución los demás derechos que se puedan desprender de la dignidad humana que no estén regulados aun. Hay que tener presente que la Constitución hace referencia no sólo a tratados sino a instrumentos, cuestión que se extiende a muchas otras aristas.

Lo que buscamos decir con esto es que en Ecuador, en función de lo antes mencionado, todo el parámetro de convencionalidad –en su parte material obviamente–, del que hemos venido hablando, esto es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, otros tratados en derechos humanos, la jurisprudencia y opiniones consultivas de la Corte IDH, forman parte de la Constitución ecuatoriana, son Constitución.

Como se dijo antes, a partir de la lectura del texto constitucional se determina claramente la existencia de un control difuso y un control concentrado de constitucionalidad; y si el parámetro para el control de convencionalidad es la Constitución, significa que todos los jueces y la Corte Constitucional al hacer un control de constitucionalidad, ya difuso o concentrado, automáticamente también están haciendo un control de convencionalidad, cumpliendo así con una de las obligaciones del Estado resultante de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte IDH, que es hacer un control de convencionalidad.

Es decir, que en función de lo anterior se podrían plantear demandas de inconstitucionalidad de ciertas disposiciones por ser contrarias a la Convención Americana, a otros tratados, a los estándares establecidos por la jurisprudencia de la Corte IDH, y a sus opiniones consultivas; y no solamente demandas de inconstitucionalidad, sino ejercer cualquier otra garantía jurisdiccional por contravenir cualquiera de estos instrumentos. Incluso en casos ordinarios operaría la inaplicación de disposiciones *infra* constitucionales que los contravengan, en ejercicio de un control difuso.

Es pertinente recordar que la Corte IDH no imponía a los Estados un mecanismo o un modelo para llevar a cabo el control de convencionalidad, sino que lo deja-

ba a su discrecionalidad. Pues, en Ecuador la manera en que debe realizarse este control de convencionalidad es precisamente a través del control de constitucionalidad, ya sea difuso por parte de todos los jueces y autoridades públicas y administrativas, o concentrado sólo por la Corte Constitucional.

Es decir, que a nivel interno se podía hablar de un control de convencionalidad difuso realizado por todos los jueces y autoridades públicas, y un control concentrado de convencionalidad que lo realizaba sólo la Corte Constitucional, en el primero inaplicando normas, en el segundo expulsándolas del ordenamiento jurídico o incluso modulándolas.

El que todos los órganos del Estado, incluidos jueces y autoridades públicas, puedan realizar un control de constitucionalidad sobre todo difuso, inaplicando normas contrarias a la Constitución, implica también inaplicar normas contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás instrumentos de los que ya se ha hablado. Con ello, la obligación internacional del Estado de ejercer un control de convencionalidad queda supuestamente cubierta; sin embargo, esta situación de aparente euforia constitucional vino a apagarse posteriormente por circunstancias que a continuación tratamos.

Problemas de aplicación en el Ecuador y consecuencias

Una vez que ha quedado claro que en Ecuador el control de convencionalidad se debería realizar a través del control de constitucionalidad; en otras palabras, que el control de constitucionalidad implica de por sí un control de convencionalidad, y que dicho control podía ser difuso –y por lo tanto ejercido por todos los jueces y autoridades públicas, inaplicando normas contrarias a la Constitución en su tridimensionalidad– o concentrado, podemos constatar que esta situación ha venido a desnaturalizarse en función de lo dicho en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En efecto, en la Sentencia N° 55-10-SEP-CC se ha dicho que en Ecuador existe sólo un control concentrado de constitucionalidad y no uno difuso (Corte Constitucional 2010). Este mismo criterio lo ha ratificado en la Sentencia N° 001-13-SCN-CC, en que se pronunció de la siguiente manera:

En el Ecuador existe únicamente el control concentrado de constitucionalidad, por lo que le corresponde solo a la Corte Constitucional la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma y su consecuente invalidez. De este modo, si bien las juezas y jueces tienen la obligación de advertir la existencia de disposiciones normativas contrarias a la Constitución, siempre deben consultar a la Corte Constitucional para que sea esta la que se pronuncie respecto a su constitucionalidad. Bajo ningún concepto, ante la certeza de inconstitucionalidad de una disposición normativa, un juez podría inaplicarla directamente dentro del caso concreto, pues siempre debe, necesariamente, elevar la consulta ante la Corte. (Corte Constitucional 2013)

Como se puede observar, en estas sentencias la Corte Constitucional es clara al establecer que en Ecuador existe únicamente control concentrado de constitucionalidad, y que a los jueces les está prohibido inaplicar disposiciones que consideren contrarias a la Constitución. El problema surge entonces por el hecho de que si los jueces no pueden inaplicar normas contrarias a la Constitución, no pueden hacer un control de constitucionalidad; y si no pueden hacer un control de constitucionalidad tampoco pueden hacer un control de convencionalidad.

De igual manera, si no pueden hacer un control de convencionalidad tampoco pueden inaplicar disposiciones que sean contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás instrumentos, lo cual implicaría que estarían incumpliendo con la obligación internacional de hacer un control de convencionalidad. Este incumplimiento generaría, a su vez, responsabilidad internacional del Estado que podría acarrear una condena internacionalmente, teniendo que reparar a las víctimas. En este caso, el Estado luego no podría repetir contra los supuestos responsables –los jueces que no inaplicaron dichas disposiciones– porque fue el mismo Estado quien les obligó a no hacerlo.

El único caso en que los jueces podrían inaplicar normas inconstitucionales y aplicar directamente la Convención Americana y demás parámetros de con-

vencionalidad, sería cuando, dentro de un caso, se realizara una consulta de constitucionalidad a la Corte Constitucional y esta no resolviera en el plazo de cuarenta y cinco días, tal como lo dispone el artículo 428 de la Constitución.

Esto que parece un trabalenguas es lo que ha generado la, a veces desacertada, jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana, pues como ya se dijo, en función de estas sentencias el Estado podría incurrir en responsabilidad objetiva y ser condenado internacionalmente.

Alguien dirá que esto no es tan cierto, puesto que existe la acción de inconstitucionalidad por la que, quien se sienta afectado, puede acudir directamente ante la Corte Constitucional e impugnar tal o cual disposición por ser contraria a la Convención Americana y demás parámetros de convencionalidad, situación que es completamente cierta: en efecto esto procede por lo explicado anteriormente.

Sin embargo esto debe ser tomado con pinzas, ya que si bien es necesario agotar los recursos internos para acudir al Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos, los recursos a agotarse deben ser los ordinarios, y la Corte IDH ha dicho que la acción de inconstitucionalidad no es un recurso ordinario sino extraordinario, que no es necesario que se agote para acudir al Sistema Interamericano (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2004a, párr. 85). Por lo tanto, se podría acudir al Sistema porque la violación al parámetro de convencionalidad se produjo en el momento que el juez no inaplicó la norma contraria.

Por ello se reitera que el único caso en que los jueces podrían no violar su obligación de hacer un control de convencionalidad, es esperar a que la Corte Constitucional, al realizarle una consulta de constitucionalidad, no resuelva en el plazo previsto en la Constitución.

De lo anterior entonces se desprende lo peligroso que es que la Corte Constitucional tome decisiones tan desacertadas en las cuales incluso muta a la Constitución, reformándola, si bien no de manera textual, sí normativa; mutación que como observamos tiene graves consecuencias en la violación de los derechos humanos e incluso acarrea responsabilidad internacional del Estado.

CONCLUSIONES

La Convención Americana sobre Derechos Humanos no regulaba de manera expresa un control de convencionalidad, por lo que dicha figura, que inicialmente nació en votos razonados, se desarrolló en la jurisprudencia de la Corte IDH.

A lo largo de la jurisprudencia dictada por la Corte IDH la figura del control de convencionalidad ha tenido un desarrollo de carácter progresivo, pues ha ido adquiriendo connotaciones cada vez más garantistas, si cabe la palabra. En efecto, se ha constituido en una obligación que debe ser llevada a cabo por los Estados parte de la Convención Americana, a través de todos sus órganos incluido el poder judicial, y debe ser realizada de oficio.

El parámetro de convencionalidad no sólo está constituido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino también por otros tratados de derechos humanos de los que el Estado sea parte; así mismo forma parte de este parámetro la interpretación que sobre la Convención y estos tratados realice la Corte IDH a través de su jurisprudencia, y finalmente también se ubican dentro de este parámetro las opiniones consultivas del mentado órgano jurisdiccional.

Queda claro también que la Corte IDH puede realizar no solamente un control concreto de convencionalidad sino también está en la obligación de realizar un control abstracto de convencionalidad en función de su deber de prevención, ya que es absurdo esperar a que se genere un daño, físico o moral, para actuar.

El control de convencionalidad, entonces, ha pasado a convertirse en una obligación internacional que los Estados deben cumplir; es decir, que efectivamente deben lograr a través de mecanismos internos compatibilizar sus normas con el parámetro de convencionalidad.

En Ecuador cuando hablamos de Constitución, no únicamente nos referimos a su texto, sino también a los instrumentos internacionales de derechos humanos. Por lo tanto, el parámetro de convencionalidad del que se viene hablando es la Constitución, eso sí, desde el punto de vista material.

Es por ello que cuando los jueces y demás autoridades públicas en ejercicio de sus funciones hacen un control difuso de constitucionalidad, al mismo tiempo hacen un control de convencionalidad, cumpliendo así con la obligación internacional de realizar dicho control.

La Corte Constitucional de Ecuador, sin embargo, en su jurisprudencia ha manifestado que en Ecuador existe sólo un control concentrado de constitucionalidad, y que a los jueces les está prohibido inaplicar normas que consideren contrarias a la Constitución; mutando así la Carta Suprema, ya que de la lectura de su texto se desprende todo lo contrario.

Si los jueces ya no pueden hacer un control difuso de constitucionalidad, tampoco pueden hacer un control de convencionalidad, y por lo tanto estarían incumpliendo con una obligación devenida de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por lo tanto, se generaría responsabilidad internacional del Estado, el cual no podría aplicar el derecho de repetición contra los funcionarios que no inaplicaron tales disposiciones puesto que el propio Estado, a través de la Corte Constitucional, les impuso no hacerlo.

Creemos que debe existir un poco más de *sindéresis* por parte de la Corte Constitucional, ya que es netamente una arbitrariedad que mediante dos sentencias –faltas de coherencia– se eche por tierra gran parte del modelo de Estado que se ha construido, y que con ello se burlen las aspiraciones del constituyente.

BIBLIOGRAFÍA

- Aragón Reyes, Manuel. 1999. *Constitución y control de poder: Introducción a una teoría constitucional del control*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Asamblea Nacional Constituyente. 2008. *Constitución de la República*, en Registro Oficial N° 449. Quito, 20 de octubre.
- Blanco Valdés, Roberto. 1996. La configuración del concepto de constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana. *Working Paper*, 117. Barcelona: Universidad Santiago de Compostela.
- Bazán, Víctor. 2011. En torno al control de convencionalidad. En Mauricio Maldonado (ed.), *RUPTURA*, 54. Quito: Cevallos Editora Jurídica.
- Brewer, Allan y Jaime Orlando Santofimio. 2013. *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Carbonell, Miguel. 2013. *Introducción general al control de convencionalidad*. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf>
- Cárdenas, Jaime. 2008. Acerca de la legitimidad democrática del juez constitucional. En Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldivar Lelo de Larrea (coord.), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, T. V. Juez y Sentencia Constitucional. México: Universidad Nacional Autónoma de México/ Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional Marcial Pons.
- CIDH. 2014b. *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de enero de 2014.
- CIDH. 2014c. *Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional, Opinión Consultiva Oc-21/14* solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, 19 de Agosto de 2014.
- CIDH. 2012a. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de febrero de 2012.
- CIDH. 2012b. *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de Noviembre de 2012.
- CIDH. 2011a. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011.
- CIDH. 2011b. *Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1ro de septiembre de 2011.
- CIDH. 2010a. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de Noviembre de 2010.
- CIDH. 2010b. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010.
- CIDH. 2010c. *Voto razonado del Juez Ad-Hoc Eduardo Ferrer Mc-Gregor Poisot*, en “Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.
- CIDH. 2009. *Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009.
- CIDH. 2006a. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.
- CIDH. 2006b. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006.
- CIDH. 2004a. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de julio de 2004.

- CIDH. 2004b. *Voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez*, en “Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia de 7 de noviembre de 2004.
- CIDH. 2003. *Voto concurrente razonado del Juez Sergio García*, en “Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia de 25 de noviembre de 2003.
- CIDH. 1999. *Caso Castillo Petruzzi Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de mayo de 1999.
- CIDH. 1997a. *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de enero de 1997.
- CIDH. 1997b. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997.
- CIDH. 1996. *Voto razonado del Juez Cancado Trindade*, en “Caso El Amparo Vs. Venezuela. Reparaciones y Costas”. Sentencia de 14 de septiembre de 1996.
- CIDH. 1995. *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 27 de enero de 1995.
- CIDH. 1994. *Opinión Consultiva OC-14/94, Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1 Y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, de 9 de diciembre de 1994.
- Corte Constitucional. 2013. *Sentencia N° 001-13-SCN-CC*. 06 de febrero de 2013.
- Corte Constitucional. 2010. *Sentencia N° 55-10-SEP-CC*. 18 de noviembre de 2010.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, suscrita en Viena el 23 de mayo de 1969.
- Escobar Gil, Rodrigo. 2007. *La Modulación de las Sentencias de Control Constitucional*. Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional. Quito: Tribunal Constitucional del Ecuador.
- Ezquiaga, Francisco Javier. 1999. *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Hamilton, Alexander. 1987. Paper LXXVIII. *El federalista*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Martín, Claudia. 2004. La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Funciones y Competencia. En Claudia Martín, Diego Rodríguez, José A. Guevara (comp.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. México: Universidad Iberoamericana.
- Organización de Estados Americanos. 1969. *Convención Americana de Derechos Humanos*, suscrita en San José de Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969.
- Oyarte Martínez, Rafael. 1999. *Derecho Constitucional, Para Fortalecer la Democracia Ecuatoriana*. Quito: Konrad Adenauer Stiftung.
- Prieto Sanchís, Luis. 2005. *Apuntes de Teoría del Derecho*. Madrid: Editorial Trotta S.A.
- Ramírez Mora, Grace. 2013. Fortalecimiento al Sistema Interamericano de Derechos Humanos-Reformas a la Comisión Interamericana: breves reflexiones. *Línea Sur*, mayo – agosto de 2013.
- Ríos, Lautaro. 2002. El control difuso de constitucionalidad de la ley en la República de Chile. *Ius Et Praxis*, 1. Talca: Universidad de Talca.
- Silva Meza, Juan. 2005. La interpretación constitucional en el marco de la justicia constitucional y la nueva relación entre poderes. En Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord), *Interpretación Constitucional*, T. II. México: Editorial Porrúa/UNAM.
- Soto Cordero, Fabián. 2012. Sentencias constitucionales: tipos y efectos. Juan Montaña Pinto (ed.) *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, T. 3. Quito: Corte Constitucional del Ecuador/Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.

ENMIENDAS CONSTITUCIONALES CON INCIDENCIA EN LOS GOBIERNOS AUTÓNOMOS DESCENTRALIZADOS DE ECUADOR

CONSTITUTIONAL AMENDMENTS WITH IMPACT ON THE ECUADOR AUTONOMOUS GOVERNMENTS

EMENDAS CONSTITUCIONAIS COM INCIDENCIA NOS GOVERNOS AUTÔNOMOS DESCENTRALIZADOS DO EQUADOR

*Ángel Torres Maldonado**
Universidad de las Américas

Recibido: 03/04/2015

Aceptado: 23/08/2015

Resumen:

El presente trabajo centra su análisis en las enmiendas constitucionales aplicables a los gobiernos autónomos descentralizados (GADs), aprobadas por la Asamblea Nacional del Ecuador en el año 2015, específicamente, en el estudio de las posibles consecuencias jurídicas y políticas que se derivan de las modificaciones constitucionales introducidas a su régimen. En este sentido, se sostendrán cuatro tesis fundamentales: (i) las enmiendas limitan la posibilidad de convocatoria a consulta popular a los ámbitos de competencia de cada nivel de gobierno, lo cual restringe el principio de democracia participativa; (ii) los efectos generados por la postulación indefinida al mismo cargo de elección popular, difieren en lo sustancial, entre el ejercicio de la presidencia de la República y las alcaldías o prefecturas provinciales; (iii) las enmiendas atribuyen la competencia para planificar, construir y mantener la infraestructura física y los equipamientos en materia de salud y educación, en forma integral, al gobierno central, lo que, si bien no afecta a los derechos de sus destinatarios, constituye un retroceso en el proceso descentralizador; (iv) las enmiendas eliminan el plazo para conformar los gobiernos regionales autónomos, dificultando la instrumentación de una división político-administrativa más efectiva para la descentralización y autonomía.

Palabras clave: Teoría de reforma constitucional; Consulta Popular; Competencia; Reelección; Regionalización.

Summary:

This paper focuses its analysis on the constitutional amendments applicable to decentralized autonomous

governments, approved by the National Assembly of Ecuador; particularly regarding to: (i) limits to the popular consultation in the areas of competence of each level of government, which restricts the principle of participatory democracy; (ii) the effects generated by the indefinite application of the same elected office which differ in substance between the exercise of the presidency of the republic and mayors or provincial prefectures; (iii) confers jurisdiction to plan, build and maintain the physical infrastructure and equipment in health and education, in an integral way the central government, which, while not affecting the rights of recipients, constitutes a setback in the decentralization process; (iv) eliminates the deadline for forming the autonomous regional governments, which hinders the implementation of a more effective decentralization and autonomy political-administrative division.

Key words: Theory of constitutional reform; Referendum; Competition; Reelection; Regionalization.

Resumo:

O presente trabalho centra sua análise nas emendas constitucionais aplicáveis aos governos descentralizados (GADs), aprovadas pela Assembléia Nacional do Equador no ano de 2015, especificamente, na análise das possíveis consequências jurídicas e políticas que se derivam das modificações constitucionais introduzidas ao seu regime. Neste sentido, se sustentará quatro teses fundamentais: (i) as emendas limitam a consulta popular aos âmbitos de competência de cada nível de governo, restringindo o princípio de demo-

* Abogado y Doctor en Jurisprudencia por la Universidad Nacional de Loja; Diploma Superior en Participación Política para la Gestión y el Desarrollo Local en el Ecuador, Universidad de Valencia-Universidad Politécnica Salesiana; Especialista Superior en Derecho Administrativo y Máster en Derecho Constitucional, ambos por la Universidad Andina Simón Bolívar; Magíster en Economía, mención en Descentralización y Desarrollo Local, Universidad de las Américas; y, doctorando en Derecho en la Universidad Externado de Colombia. Profesor del área de Derecho Constitucional en la Universidad de las Américas, Quito-Ecuador. Correo electrónico: angeltm63@hotmail.com.

cracia participativa; (ii) os efeitos gerados pela postulação indefinida ao mesmo cargo de eleição popular, diferem substancialmente entre o exercício da presidência da república e das prefeituras o governos, (iii) as emendas atribuem a competência para planificar, construir e manter a infraestrutura física e os equipamentos em matéria de saúde e educação de forma integral ao governo central, o que, se bem não afeta os direitos de seus destinatários, constitui

um retrocesso de processo descentralizador; (iv) as emendas eliminam o prazo para formar os governos regionais autônomos, dificultando a instrumentalização de uma divisão político administrativa mais efetiva para a descentralização e autonomia.

Palavras chaves: Teoria de reforma constitucional; Consulta Popular; Competência; Reeleição; Regionalização.

INTRODUCCIÓN

El presente ensayo contiene un análisis descriptivo de las enmiendas constitucionales que se encuentran publicadas en el primer suplemento del Registro Oficial No. 653 del 21 de diciembre del año 2015, en la parte relativa a los gobiernos autónomos descentralizados (GADs), sobre las cuales la Corte Constitucional del Ecuador emitió dictamen favorable al procedimiento de enmienda.

Además, ofrece un análisis teórico sobre sus posibles efectos jurídicos y políticos, sin pretender que sean los únicos. Se aclara, en este sentido, que el ensayo no tiene el propósito de analizar a profundidad la pertinencia o no del procedimiento para la plena validez formal de las enmiendas; sin embargo, para una mejor comprensión, es preciso revisar brevemente los antecedentes doctrinarios de la teoría de reforma constitucional.

La doctrina es coincidente en cuanto a la conveniencia de adecuar los contenidos constitucionales a las nuevas realidades sociales o institucionales de los países, pero advierte que el problema de sus continuas modificaciones impide el desarrollo de la dogmática constitucional, puesto que con frecuencia tiende a responder más a intereses políticos coyunturales, antes que a situaciones de cambios trascendentes demandados por la sociedad.

El análisis reflexivo permite evidenciar que la pretendida restricción de la consulta popular a las específicas competencias atribuidas a los GADs, constituye un límite al derecho ciudadano de consulta. Por su parte, el principio de igualdad sustancial justifica la posibilidad de reelección indefinida de autoridades locales, dado

que no genera riesgo de concentración del poder, cosa que sí ocurre en el ejercicio prolongado de la presidencia de la República. Mientras, la recentralización de la competencia para construir y equipar locales escolares y de salud en el gobierno central, es técnicamente apropiada, pero constituye un retroceso en el proceso de descentralización. Finalmente, se sostiene que eliminar el plazo de ocho años para concretar la organización de los gobiernos regionales, dificulta la definición del diseño institucional previsto por el constituyente de Montecristi.

El objetivo general de este ensayo es anunciar las posibles consecuencias jurídicas y políticas que se derivan de las modificaciones constitucionales introducidas al régimen de gobiernos autónomos descentralizados del Ecuador. Por tanto, el primer bloque describe las corrientes de pensamiento relativas a la teoría de reforma constitucional y discute los procedimientos previstos en la Constitución para asegurar la validez formal de su propia modificación, y el segundo bloque ofrece un análisis concreto de las enmiendas. Es preciso aclarar al lector que el análisis referente a la reelección de autoridades de los GADs, no puede eludir a la del Presidente de la República, por su relación y diferencias en cuanto a sus efectos políticos.

Por último, es ineludible advertir al lector que, si bien el presente estudio se inscribe en la Teoría del Derecho, por las características propias de la temática, no se abstrae por completo de la teoría política, en tanto las constituciones contienen principios, valores y reglas jurídicas en las que se reflejan, o deben reflejarse, los postulados, expectativas y acuerdos políticos fundamentales de la sociedad.

CONTEXTO

La Asamblea Constituyente, reunida en Riobamba el año 1830, aprobó la primera Constitución del Ecuador; norma fundante del ordenamiento jurídico. Desde su inicio, Ecuador se constituyó como República, con un sistema de gobierno presidencial y la forma de Estado unitario. Desde entonces, la expedición de nuevos textos constitucionales ha sido frecuente; así, por ejemplo, en 1835, la Constitución de Ambato limitó las facultades presidenciales; la Constitución floreaña de 1843 las amplió en forma excesiva y prolongó el período presidencial a ocho años.

En 1845, se expidió una nueva Constitución con un carácter liberal, que instituyó el *hábeas corpus* y la independencia de la Corte Suprema de Justicia (Larrea 2007), por sólo mencionar las primeras cartas magnas del período republicano.¹

La excesiva dinámica constitucional ecuatoriana, atribuible a la inestabilidad política y democrática, es contradictoria con el ideal de constituciones estables. Además, conlleva a limitar la implementación de los enunciados normativos de jerarquía superior, tanto en el desarrollo de la legislación secundaria, cuanto en el doctrinario y jurisprudencial. Zovatto y Orozco, en sus estudios sobre la reforma política y electoral en América Latina, citando a Nohlen sostienen que:

[...] en América Latina es frecuente el reflejo condicionado de responder a una crisis con una nueva reforma o una nueva Constitución. Debe realizarse una evaluación apropiada de las verdaderas causas que desataron la crisis, pues es difícil que

esta se pueda resolver únicamente con manipulaciones institucionales. (Nohlen, 2006 en Zovatto y Orozco 2008, 14)

El texto de la vigente Constitución de la República del Ecuador² fue redactado por la Asamblea Nacional Constituyente, reunida en la ciudad de Montecristi, provincia de Manabí, y aprobado en referéndum realizado el 28 de septiembre de 2008, con el voto favorable del 63.93% de los votantes.

La amplia discusión, que incluyó la participación de actores sociales en la construcción del texto constitucional de 2008, ahora parece que fue insuficiente. Una vez más el Ecuador debatió nuevas propuestas de modificación constitucional, que abarcan diecisiete cambios solicitados a la Presidenta de la Asamblea Nacional por parte de los asambleístas adherentes al bloque legislativo del movimiento político Alianza País. Un proyecto normativo contentivo de modificaciones a la Constitución de la República del Ecuador, en virtud del cual la referida representante, mediante escrito del 26 de junio de 2014, solicitó a la Corte Constitucional el dictamen sobre el procedimiento de enmienda.

La petición parlamentaria fue atendida por la Corte Constitucional mediante dictamen de procedencia del trámite por enmienda constitucional, conforme al numeral 2 del artículo 441 de la Constitución, ya que a su juicio “no alteran la estructura fundamental o el carácter y elementos constitutivos del Estado, no establecen restricciones a los derechos y garantías, ni modifican el procedimiento de reforma constitucional” (Corte Constitucional del Ecuador 2014).

MODIFICACIÓN CONSTITUCIONAL

Tanto el poder constituyente originario como el derivado, tienen entre sus límites y vínculos el deber de establecer en el texto constitucional emanado de un proceso pluralista y democrático, la garantía de los derechos y la separación de las funciones del Estado, según reza el artículo 16 de la Declaración de los De-

rechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Las constituciones modernas incorporan, además, el principio de supremacía sobre el ordenamiento infra-constitucional, el control de constitucionalidad y los mecanismos para su modificación. Esto desvanece el principio de soberanía en el sentido clásico dado que en el cons-

1 Además de lo referido, Larrea describe la Carta de 1861, la Constitución garciana de 1869, la novena Constitución de 1878, la décima Carta de 1883, la Constitución de 1896, la Constitución liberal de 1906, la Constitución de inspiración social de 1929, la décima cuarta Constitución de 1945, la denominada Carta de la estabilidad de 1946, la Constitución de 1967, la de 1978 y de 1998. A la que debemos agregar la actual, de 2008.

2 La Constitución se encuentra publicada en el Registro Oficial Nro. 449 del 20 de octubre de 2008.

titucionalismo no existen sujetos soberanos ni poderes absolutos (Ferrajoli 2010, 29).

Parafraseando a De Cabo, el profesor Ramírez sostiene que:

[...] el derecho no es ajeno al tiempo, no es inmutable y debe ser acorde a las realidades y a las necesidades de la sociedad a que va dirigida, es decir que debe ser eficaz, tener un cumplimiento práctico y solucionar los conflictos de organización política y jurídica del Estado que regula. (Ramírez 2009, 286)

La Constitución debe ser adecuada a los cambios que operan en la sociedad, sin incurrir, a su vez, en una fragilidad extrema, tal como sostiene Loewenstein:

Cada Constitución es un organismo vivo, siempre en movimiento como la vida misma, y está sometido a la dinámica de la realidad que jamás puede ser capturada a través de fórmulas fijas. Una Constitución no es jamás idéntica consigo misma. (Loewenstein 1976, 164)

La rigidez y la movilidad son necesarias para que la Constitución cumpla su objetivo. La rigidez no puede ser un obstáculo cuando se impone el progreso social; en tanto la movilidad no debe eliminar la virtud estabilizadora de los enunciados normativos vinculantes (Hesse 2011, 50). Empero, la modificación constante impide la estabilidad del sistema político, como ocurre con la realidad constitucional ecuatoriana desde su constitución como Estado independiente.

La teoría de la reforma constitucional nace de la necesidad de procurar la mayor permanencia de sus contenidos normativos, a fin de asegurar su rigidez frente a cambios inesperados, circunstanciales o acomodaticios a los intereses políticos coyunturales que pongan en riesgo las decisiones fundamentales del poder cons-

tituyente, radicado en el pueblo soberano. La Constitución, en consecuencia, no debe ser modificada como una ley más, por lo que ella misma prevé procedimientos formales rigurosos para su transformación. A esto se denomina paralelismo de las formas. “Las normas solo pueden ser modificadas de la misma forma en que han sido producidas. Sin él no hay derecho posible” (Pérez Royo 2014, 124).

La tesis del paralelismo tiende a confundir al poder constituyente originario con el constituido, cuando el parlamento ejerce la facultad de modificación constitucional, dado que el poder constituyente se extingue cuando expide la Constitución, pero se proyecta al prever la o las formas posibles de modificar su voluntad por medio del poder constituido, con o sin ratificación popular.

Además de la posibilidad de reformar la Constitución de manera formal, existen otras modalidades por vía de la interpretación o mutación constitucional que no afectan al texto como tal, sino a la concreción del contenido de las normas a las circunstancias de la realidad cambiante o, como simples excesos del intérprete. Sin embargo, el proceso de modificación constitucional ha sido utilizado por varios presidentes a fin de prolongar su permanencia en el poder, crear dificultades para su desvinculación y para subordinar a los órganos encargados del control. Para ello acuden al “uso de mecanismos de cambio constitucional en aras de hacer a un Estado significativamente menos democrático de lo que era con anterioridad”: en esto se resume la teoría del constitucionalismo abusivo (Landau 2015, 26).

En el caso particular del Ecuador, la Constitución prevé tres casos posibles de modificación de su texto: (i) el artículo 441 define a la enmienda como un procedimiento según el cual no es posible alterar la estructura fundamental de la Constitución, restringir los derechos y garantías, ni modificar el procedimiento de reforma constitucional; y se aplica para corregir errores o defectos.³ (ii) El artículo 442, por su parte, incorpora la reforma parcial, que tiende a facilitar la

³ El texto completo es el siguiente: “La enmienda de uno o varios artículos de la Constitución que no altere su estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado que no establezca restricciones a los derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución, se realizará:

- a) Mediante referéndum solicitado por la Presidenta o Presidente de la República, o por la ciudadanía con el respaldo de al menos el ocho por ciento de las personas inscritas en el registro electoral.
- b) Por iniciativa de un número no inferior a la tercera parte de los miembros de la Asamblea Nacional. El proyecto se tramitará en dos debates; el segundo debate se realizará de modo impostergable en los treinta días siguientes al año de realizado el primero. La reforma sólo se aprobará si obtiene el respaldo de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional”.

operatividad de las disposiciones normativas sin alterar su esencia, su contenido;⁴ (iii) mientras el artículo 444 instituye a la Asamblea Constituyente como órgano facultado para implementar la reforma total, que implica modificaciones sustanciales a la estructura del Estado.⁵

Los distintos grados de rigidez del procedimiento reformador del texto constitucional responden al objetivo que se persiga. Así, cuando se trata de incorporar modificaciones relevantes, pero no sustanciales, manteniendo el texto constitucional, procede la enmienda; pero cuando la modificación es sustancial, compleja, que altere el sentido del texto normativo de la Constitución, la última decisión y voluntad suprema

le corresponde al pueblo, depositario de la soberanía popular. Es discutible, en este último caso, la posibilidad de restricción de los derechos y garantías, cuya posibilidad estaría vetada por voluntad del constituyente originario.

La enmienda no requiere pronunciamiento popular cuando la iniciativa nace de la Asamblea Nacional, pero si la iniciativa nace del Ejecutivo, sí; mientras, la reforma parcial requiere de decisión soberana y la reforma total sólo es formalmente procedente mediante Asamblea Constituyente. La Corte Constitucional es el órgano atribuido para calificar el procedimiento a seguir para modificar la Constitución, bajo el entendido que es el órgano guardián de la constitucionalidad.

ENMIENDAS CONSTITUCIONALES A LOS GOBIERNOS AUTÓNOMOS DESCENTRALIZADOS

Sin pretender determinar que se trate de consecuencias ciertas y definitivas, en este apartado se anticipan probables incidencias de las enmiendas constitucionales, a partir de una interpretación teleológica o finalista, cuya verificación material sólo será posible con el transcurso de los hechos.

Enmienda al artículo 104

La enmienda incorporada al artículo 104 de la Constitución limita a los gobiernos autónomos descentralizados en su facultad de convocar a consulta popular, por propia iniciativa o por solicitud de la ciudadanía, exclusivamente sobre temas de interés de su jurisdicción que sean de su competencia, mas no sobre cualquier ámbito de interés local.

Los proponentes argumentaron que la referencia a temas de interés de su jurisdicción se relaciona a las com-

petencias atribuidas en la Constitución y la ley, lo cual tiene el propósito de fortalecer el ejercicio del derecho de participación en el ámbito de las competencias de los gobiernos autónomos descentralizados y mejorar la calidad de la inversión y agendas de desarrollo.

La Corte Constitucional consideró que las convocatorias a consulta popular en sus respectivas jurisdicciones se encuentran condicionadas al límite razonable, única y exclusivamente relacionados con las competencias de cada nivel de gobierno, lo que guardaría relación con la eficiencia administrativa como principio rector de la administración pública. Este criterio, de una parte, podría desconocer que el derecho a ser consultados corresponde a los ciudadanos; y de otra, restringiría a los dignatarios a preocuparse sólo de los problemas locales relacionados con sus competencias, sin tomar en cuenta las aspiraciones y expectativas ciudadanas en ámbitos diferentes.

4 Prevé que: “La reforma parcial que no suponga una restricción en los derechos y garantías constitucionales, ni modifique el procedimiento de reforma de la Constitución tendrá lugar por iniciativa de la Presidenta o Presidente de la República, o a solicitud de la ciudadanía con el respaldo de al menos el uno por ciento de ciudadanas y ciudadanos inscritos en el registro electoral, o mediante resolución aprobada por la mayoría de los integrantes de la Asamblea Nacional.

La iniciativa de reforma constitucional será tramitada por la Asamblea Nacional en al menos dos debates. El segundo debate se realizará al menos noventa días después del primero. El proyecto de reforma se aprobará por la Asamblea Nacional. Una vez aprobado el proyecto de reforma constitucional se convocará a referéndum dentro de los cuarenta y cinco días siguientes.

Para la aprobación en referéndum se requerirá al menos la mitad más uno de los votos válidos emitidos. Una vez aprobada la reforma en referéndum, y dentro de los siete días siguientes, el Consejo Nacional Electoral dispondrá su publicación.”

5 Prescribe: “La asamblea constituyente sólo podrá ser convocada a través de consulta popular. Esta consulta podrá ser solicitada por la Presidenta o Presidente de la República, por las dos terceras partes de la Asamblea Nacional, o por el doce por ciento de las personas inscritas en el registro electoral. La consulta deberá incluir la forma de elección de las representantes y los representantes y las reglas del proceso electoral. La nueva Constitución, para su entrada en vigencia, requerirá ser aprobada mediante referéndum con la mitad más uno de los votos válidos.”

En la concepción de la Corte, los gobiernos autónomos descentralizados no tendrían participación en ámbitos de educación, salud, alimentación, erradicación de la pobreza, garantía de una cultura de paz, vida en democracia, entre otros deberes primordiales del Estado, previstos en el artículo 3 de la Constitución, por el hecho de que no harían parte de sus competencias.

La enmienda impide que los gobiernos autónomos descentralizados soliciten la convocatoria a consulta popular sobre temas que, dada su trascendencia o complejidad, consideren necesario la legitimación o limitación de la actuación de los órganos del poder público, a través de una decisión de la mayoría de sus habitantes en ejercicio de la democracia directa. Los textos constitucionales anteriores dejaban abierta la opción de consultar más allá de los ámbitos competenciales atribuidos al nivel de gobierno convocante. Así, por ejemplo, hasta el año 2000, las provincias del Guayas, Manabí, El Oro, Los Ríos y Sucumbíos se pronunciaron a favor de constituir sistemas autonómicos, cuya capacidad de decisión no estaba atribuida a los consejos provinciales. Esos pronunciamientos incidieron en la definición de la nueva institucionalidad: los gobiernos regionales.

Una interpretación restrictiva del texto constitucional anterior a la enmienda, bien pudo llevar a concluir que los gobiernos autónomos están limitados a ejercer únicamente las competencias y funciones previamente atribuidas; por tanto, la convocatoria a consulta popular debía centrarse en esos ámbitos para que sus resultados sean vinculantes. En consecuencia, un llamado a pronunciamiento popular sobre temas diferentes, carecería de eficacia jurídica, tanto más si se trata de aspectos que conciernen al interés nacional. Además, la consulta sobre tributos y la organización político-administrativa ya está impedida, al tratarse de iniciativas privativas del Presidente de la República y de la máxima autoridad administrativa del gobierno autónomo descentralizado, en el caso de tributos locales. Una interpretación amplia podría concluir en un resultado opuesto.

Así, los defensores de la teoría formalista, del imperio de la ley, basada en la interpretación silogística de re-

glas que buscan la certeza del Derecho como su objetivo fundamental, podrían asumir que, si un gobierno autónomo descentralizado convoca a consulta popular en su localidad sobre asuntos que no sean de su competencia, sería vinculante para la entidad consultante, pero no para otras cuya sede administrativa se encuentre fuera de su territorio y ámbito competencial y en consecuencia los resultados de la consulta tendrían el riesgo inminente de ser ineficaces.⁶

De otra parte, los partidarios de la teoría sustantiva – que busca el imperio de la justicia – mantienen la opción argumentativa sustentada en el derecho de participación ciudadana en todos los asuntos de interés público, previsto en el artículo 95 de la Constitución. Se entiende que ese derecho no tiene límites competenciales, tanto más, que la voluntad del pueblo, al ser soberana, es vinculante para todos los órganos constituidos. En ese caso, si el legislador ordinario estableciera límites, serían contrarios a la Constitución.

Cualquiera que sea el resultado interpretativo de la norma constitucional, la modificación afectará el derecho ciudadano a ser consultado y a participar en la toma de decisiones trascendentes para sí y los demás miembros de la comunidad, a través de consulta popular; derecho que se vería restringido formal y materialmente.

Enmienda al artículo 114

La enmienda a los artículos 114 y 144 de la Constitución permite que todas las autoridades de elección popular: Presidente y Vicepresidente de la República, asambleístas, prefectos y viceprefectos, alcaldes, concejales y miembros de juntas parroquiales rurales, queden habilitadas para postularse para la reelección una vez, siempre que cuenten con el respaldo popular. En consecuencia, elimina la restricción a permanecer en el mismo cargo por dos períodos, consecutivos o no.

La incorporación de la segunda disposición transitoria en el sentido de que el derecho de participación política en forma indefinida sea aplicable a partir del 24 de mayo de 2017, deja fuera de la posibilidad de

⁶ Si el Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Zamora Chinchipe consultare a sus habitantes sobre si está o no de acuerdo que los yacimientos auríferos ubicados en la Cordillera del Cóndor sean explotados y, sus ciudadanos se pronuncian en contra de la explotación, pero, la competencia en materia de minería metálica está atribuida al Gobierno Central; entonces surge el problema jurídico relativo a la aplicación de los resultados del pronunciamiento popular, frente al interés o necesidad material de ejecutar proyectos mineros.

postulación inmediata al Presidente y asambleístas en funciones, que permanecen en esos cargos durante dos períodos consecutivos y, deja abierta la opción de postularse después de un período.

A decir de los legisladores que apoyaron la modificación constitucional, la sola inscripción de la candidatura no asegura la reelección para un cargo de elección popular. Afirman que se debe garantizar el ejercicio democrático, libre y voluntario del derecho al voto, sin discriminar a quienes se encuentran en el ejercicio del poder político, así entonces, quedaría en la voluntad de las y los electores la decisión de ratificar o no la confianza para permanecer en el ejercicio del poder político tantos períodos cuanto apoyo popular conserve un dignatario.

La Corte Constitucional fundamentó su decisión de apoyo a la modificación en el concepto de democracia procedimental de Bobbio, entendida como: "...conjunto de reglas de procedimiento para la formación de decisiones colectivas, en el que es prevista y facilitada la más amplia participación posible de los interesados" (Bobbio 1986, 15). Con ello, acude al espíritu del constituyente de Montecristi sobre los mecanismos de participación ciudadana como elemento sustancial de la democracia y a la eliminación del principio de alternancia que contempló la Constitución Política de la República de 1998 (Corte Constitucional del Ecuador 2014).

El concepto de democracia esbozado por Bobbio se refiere a las reglas de procedimiento puramente formal para la toma de decisiones, pero nada dice sobre lo sustancial, su contenido o el resultado de las decisiones. La Corte Constitucional aplica la estrategia de las omisiones selectivas al fundamentar su argumentación en el debate de las y los constituyentes de Montecristi sobre el derecho a la participación ciudadana directa en la toma de decisiones trascendentes, complemento de la democracia representativa, como la iniciativa legislativa, definición de políticas públicas, formulación de la planificación, presupuestos o el control social, pero no desarrolla ninguna argumentación de los constituyentes sobre la limitación de la permanencia en el mismo cargo de elección popular, únicamente por dos períodos, consecutivos o no.

Si bien el principio de alternancia o alternabilidad no se encuentra incorporado explícitamente en el texto

constitucional, está implícito en el principio democrático expresado en el artículo 1 de la Constitución, y, por tanto, no parece apropiado soslayarlo. El principio democrático abarca dos grandes postulados: la democracia representativa bajo la forma de elecciones periódicas, separación de poderes, pluralismo político; y la democracia participativa, que comprende la estructuración de procesos para facilitar la participación activa de las y los ciudadanos en las decisiones, fiscalización y control ciudadano, en un Estado democrático.

En este breve estudio se trata de analizar la modificación constitucional en el Ecuador, que incidirá exclusivamente en los gobiernos autónomos descentralizados, si bien afecta a todos los cargos de elección popular; sin embargo, los efectos políticos de la segunda, tercera o cuarta reelección de quien ejerza la Presidencia de la República, no son, ni pueden ser, similares a los casos de prefecturas provinciales, alcaldías o presidencias de juntas parroquiales rurales.

Ninguna autoridad provincial, cantonal o parroquial alcanza tal poder político que le permita incidir de manera decisiva en el conjunto de las funciones del Estado como para anular su necesario equilibrio, subordinar a los órganos de control administrativo y judicial o para imponer una tendencia ideológica en toda la República. En otras palabras, es improbable que un líder o lideresa local anule el equilibrio del poder político o elimine el pluralismo ideológico.

Este argumento, que guarda coherencia con el principio de igualdad sustantiva "tratar de manera diferente a las personas que están en situaciones diferentes para tener en cuenta la desigualdad de sus situaciones" (Tamanaha 2011, 144), se opone al argumento de los defensores de la tesis de la reelección indefinida, basada en el principio de igualdad formal –tratar igual a todos, sin adaptarse a las diversas circunstancias–, que sirve de fundamento para plantear un tratamiento desigual a la reelección presidencial, con respecto de otras dignidades de elección popular.

Sobre el tema, la Corte Constitucional de Colombia, señaló:

De tornarse efectiva la segunda reelección del Presidente de la República, desconocería la regla de alternancia en el ejercicio del poder político, preservaría por un lap-

so prolongado las tendencias ideológicas propugnadas por el gobierno, así como los equipos encargados de desarrollar las políticas y propiciaría la continuidad de la mayoría dominante, con notable retraso de la renovación, fuera de lo cual la posibilidad de designar, postular e influir en la composición de los órganos públicos destruiría la coordinación constitucional de los distintos períodos y tendría por resultado el acrecentamiento del poder presidencial y la pérdida de eficacia de los controles sobre la actuación del Presidente. (Corte Constitucional de Colombia 2010)

Esto justifica los sistemas electorales que permiten la reelección ilimitada de parlamentarios y autoridades locales y que; sin embargo, restringen la reelección de quien ejerza la presidencia de la República. Así, a partir de la enmienda XII de la Constitución estadounidense de 1951, la reelección presidencial está permitida por una sola vez (antes era indefinida). Alemania, Argentina, Brasil, determinan una sola reelección inmediata; Chile, Costa Rica, El Salvador, Panamá, Perú, República Dominicana, Uruguay la prevén después de un período; México, Honduras, Guatemala y Paraguay no permiten la reelección presidencial; Venezuela y Nicaragua permiten la reelección indefinida (Serrafero 2011). Colombia, por su parte, tramitó una modificación constitucional para evitar la reelección presidencial.

Como consecuencia del presente análisis, puede entenderse que la reelección ilimitada de quien ejerza la presidencia de la República es contraria al principio democrático por el riesgo inminente de la concentración del poder, lo que no ocurre con las demás dignidades de elección popular. En tal virtud, en aplicación del principio de igualdad sustancial, la Constitución bien puede diferenciar la pretensión de reelección indefinida.

Enmiendas a los artículos 261.6 y 264.7

La modificación de los artículos 261.6 y 264.7 de la Constitución, consiste en trasladar la competencia exclusiva de los gobiernos municipales y metropolitanos para planificar, construir y mantener la infraestructura física y los equipamientos en materia de salud y educación, al gobierno central. Las entidades locales podrán

hacerlo, siempre que cuenten con la autorización del ente rector de la política pública en esas áreas.

El análisis a la invocada enmienda, se realizan desde dos perspectivas: a) la aplicación –poco visible en el Ecuador– del principio de competencia; y b) el mandato constitucional de gobierno descentralizado.

Uno de los objetivos ineludibles del Derecho es el control y limitación al poder. Para obrar, la autoridad pública debe estar facultada por una norma de competencia. No son normas de conducta, sino enunciados constitutivos de potestad para actuar. Así entonces, una norma de competencia anterior es la que determina quién es titular de una competencia y de qué manera se accede a ella. Se trata de “determinar por adelantado los rasgos y caracteres que va a tener quien ejerza una competencia, por injustos y parciales que pudieran ser esos rasgos” (Laporta 2007, 98). Es un límite formal que exige una razonable precisión para saber si la actuación administrativa o la norma expedida, encuadran en los límites definidos o se ha extralimitado al invadir materias extrañas a la competencia atribuida.

Se puede definir a la competencia, en tanto norma que regula la acción de la autoridad pública, como el derecho que tienen las autoridades para conocer, procesar y resolver los asuntos que les han sido atribuidos constitucional y legalmente, en razón de la materia, territorio u otro aspecto de especial interés público previsto en la Constitución y la ley; o, como el mecanismo por medio del cual se distingue e individualiza a cada autoridad pública, ya que a cada órgano se le distribuyen funciones específicas. La competencia nace de la Constitución o la Ley y es de orden imperativo, no es discrecional cumplirla o no (Secaira 2004, 129).

La potestad consiste en la facultad de querer y de hacer, otorgada por el ordenamiento jurídico a una autoridad, ejercida por sujetos en forma individual o colectiva. Es siempre una derivación de la Constitución y la ley, por lo cual es ineludible la existencia de disposiciones jurídicas previas que, además de configurar, atribuyan una potestad, en concreto (García de Enterría 2005, 449). Esta concepción conduce al principio de legalidad, según el cual la administración actúa sólo en el ejercicio de las competencias y facultades que le han sido otorgadas en forma previa. En consecuencia, los actos administrativos y normativos expedidos sin

competencia, adolecen de nulidad absoluta, carecen de valor jurídico.

El Ecuador es un Estado unitario, cuenta entre otros con un órgano ejecutivo, uno legislativo y uno judicial con capacidades para incidir en toda la nación ecuatoriana. La administración es descentralizada a través de los gobiernos autónomos descentralizados que gozan del privilegio de la autonomía política, administrativa y financiera (CPRE, artículo 238)⁷ uno de cuyos efectos el ejercicio de la facultad legislativa en el ámbito de sus competencias y jurisdicción (CPRE, artículo 240)⁸, a través de ordenanzas que forman parte del orden jerárquico definido por el constituyente,⁹ las que tienen prevalencia conforme al principio de competencia (CPRE, artículo 425).

Es importante destacar la intención del constituyente de Montecristi de reforzar la capacidad de obrar de los gobiernos autónomos descentralizados. Si se tiene en cuenta el artículo 226¹⁰ de la Constitución (CPRE, artículo 226), más el catálogo de competencias exclusivas definidas en el título V de la misma Constitución, el reconocimiento de la autonomía política, la facultad legislativa y la prevalencia normativa por efectos del principio de competencia, bien podríamos concluir que, si en efecto no cumple las condiciones de un gobierno federal, sí supera los tradicionales principios del Estado unitario.

El Estado moderno se sustenta en el principio de unidad orgánica, considerado como un conjunto coherente, estrechamente vinculado, solidario e interdependiente, dentro del cual la atribución a los gobiernos locales de una plena y autónoma capacidad de gestión y la división de las competencias, tiene el propósito de garantizar la forma de Estado unitario, territorializado y segmentado pero articulado (Chevallier 2011, 145).

El artículo 1 de la Constitución ecuatoriana prescribe que "...se gobierna de manera descentralizada". En concordancia, el artículo 105 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización define a la descentralización como la "transferencia obligatoria, progresiva y definitiva de competencias" (COOTAD, artículo 105)¹¹ en cuyo propósito está creado el Consejo Nacional de Competencias como órgano público encargado de implementar el ejercicio de las competencias constitucional y legalmente atribuidas a los GADs, bajo la consideración de que el gobierno local conoce mejor sus problemas y soluciones.

Al definir catálogos de competencias descentralizadas, consideradas exclusivas para cada nivel de gobierno, el constituyente originario pretende, de una parte, que cada órgano o autoridad asuma la responsabilidad política y las consecuencias jurídicas de sus acciones u omisiones; y de otra parte, que los ciudadanos distinguan las instituciones encargadas de atender sus necesidades o expectativas según sus competencias y, por tanto, a quien corresponde exigir cuentas. La articulación necesaria entre los gobiernos descentralizados y el central, opera por virtud de la definición de políticas públicas generales, orientadoras, pero no determinantes de la gestión local, dado que la autonomía política les permite adecuar la política pública general a sus específicas realidades.

Conforme al artículo 260 constitucional, la atribución de competencias exclusivas no implica que los demás órganos de la administración estén impedidos absolutamente para intervenir en otros niveles de gobierno, pero no pueden prescindir del nivel cuya titularidad sea exclusiva; esto, en coherencia con el artículo 226 *ibídem*, determina la necesaria coordinación inter e intra-institucional y complementariedad a través de la cooperación y colaboración de otros niveles de gobier-

7 El artículo 238 constitucional prevé: "Los gobiernos autónomos descentralizados gozarán de autonomía política, administrativa y financiera, y se regirán por los principios de solidaridad, subsidiariedad, equidad interterritorial, integración y participación ciudadana. En ningún caso el ejercicio de la autonomía permitirá la secesión del territorio nacional".

8 El artículo 240 de la Constitución del Ecuador atribuye facultad legislativa en el ámbito de sus competencias y jurisdicciones territoriales a los gobiernos autónomos descentralizados de las regiones, distritos metropolitanos, provincias y cantones; mientras a las juntas parroquiales rurales les reconoce facultad reglamentaria.

9 Conforme al orden jerárquico definido en el artículo 425 de la Constitución del Ecuador, las ordenanzas distritales son superiores a los decretos y reglamentos, en tanto las ordenanzas municipales están sobre los acuerdos y las resoluciones; pero el tercer inciso dispone como regla para la solución de controversias que: "La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados".

10 El artículo 226 de la Constitución ecuatoriana prevé que: "Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley." En el marco del Estado constitucional, este mandato imperativo hace parte de los límites y vínculos al obrar público.

11 El artículo 105 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización define que "La descentralización de la gestión del Estado consiste en la transferencia obligatoria, progresiva y definitiva de competencias, con los respectivos talentos humanos y recursos financieros, materiales y tecnológicos, desde el gobierno central hacia los gobiernos autónomos descentralizados".

no por medio de convenios. Todo esto en función de alcanzar la eficacia, eficiencia y calidad de los servicios reconocidos como un derecho de los destinatarios de la acción pública: las y los ciudadanos.

El nuevo paradigma de Estado constitucional de derechos y justicia establece límites y vínculos al poder. Así, el principio de competencia constituye uno de esos límites que tanto el legislador, cuanto el Presidente de la República, tienen el deber jurídico de observar, al expedir normas legales o reglamentarias, según el caso. Si el constituyente atribuyó una competencia exclusiva a un determinado nivel de gobierno, ningún otro órgano del poder público puede interferir en su ejercicio, a excepción de la actividad de control sobre el uso de los recursos económicos y materiales, así como a la legalidad de sus actuaciones.

En el caso específico de la enmienda constitucional, los proponentes sostuvieron que existe una necesaria relación entre la definición de la política pública, con la dotación de infraestructura y equipamiento para asegurar el permanente mejoramiento de la calidad y la ampliación de la cobertura en materia de educación y salud, sectores definidos para la inversión como prioritaria del Estado, y que, por tanto, es deber del gobierno central garantizar la materialidad integral de esos derechos sociales y asegurar la realización del buen vivir.

La Corte Constitucional atribuye al régimen de competencias el objetivo de garantizar la realización efectiva de los derechos y garantías constitucionales, en un marco de colaboración y complementariedad inter-institucional. En consecuencia sostiene que, al atribuir al Estado central la definición de la política, la prestación del servicio, además de la construcción de la infraestructura y dotación del equipamiento en materia de educación y salud, deja abierta la posibilidad de que los gobiernos locales construyan y mantengan esa infraestructura y equipamiento, previa autorización de las respectivas entidades rectoras.

Antes de la vigente Constitución, los gobiernos provinciales, municipales y metropolitanos, los órganos regionales y nacionales construían y mantenían locales escolares y puestos o sub-centros de salud. Además, existen experiencias comparativas con otros países – como Colombia– donde sus gobiernos municipales prestan esos servicios sociales y construyen la infraes-

tructura en un nivel básico; argumentos que sirvieron para incorporar entre las competencias exclusivas de los gobiernos municipales y metropolitanos, en un marco de coordinación con los órganos rectores respectivos, la construcción de la infraestructura y el equipamiento en materia de educación y salud pública.

Sin embargo, el Ministerio de Educación Intercultural impidió que los gobiernos municipales y metropolitanos construyeran y equiparan planteles educativos. Como consecuencia, la definición constitucional encara un problema de eficacia competencial: el órgano rector, además de definir la política y prestar el servicio, considera necesario un determinado tipo de infraestructura y equipamiento para responder a las exigencias del proceso formativo o de sanación, mientras el órgano que planifica y ejecuta la dotación de infraestructura y equipamiento define características técnicas diferentes o no dispone de recursos económicos y tecnológicos apropiados, o el órgano rector se opone. Esta situación puede conllevar a la inmovilidad de tal competencia.

Esta recentralización de la competencia objeto de enmienda, implica un evidente retroceso en el proceso de descentralización del poder. Sin embargo, si se tiene en cuenta que la garantía del efectivo goce del derecho a la educación y salud es un deber primordial del Estado, desde el punto de vista sociológico, lo que interesa es que las instituciones del Estado generen condiciones apropiadas para asegurar el acceso a la salud y la educación en condiciones y términos de calidad, independiente del órgano público responsable de su prestación.

La responsabilidad en la prestación de servicios sociales en materia de educación y salud corresponde al nivel de gobierno central, en cuyo caso la construcción de infraestructura y dotación de equipamiento, resultan complementos esenciales para asegurar el acceso ciudadano en condiciones adecuadas. En este sentido, la modificación constitucional resulta coherente con el objetivo fundamental de garantizar a las ciudadanas y ciudadanos, el acceso gratuito a la educación y salud.

Para el caso de sectores aledaños a las ciudades o de sectores rurales, queda abierta la posibilidad de que los gobiernos municipales que cuenten con capacidad financiera, construyan la infraestructura y equipen los locales bajo las condiciones técnicas que establezca el

órgano rector. En esta parte, se precisa destacar un uso inapropiado de la terminología jurídica, al prever que requieran de autorización del órgano rector. La autorización es un acto administrativo unilateral, otorgado por un órgano superior. Los gobiernos municipales y metropolitanos son niveles de gobierno, autónomos, no subordinados al nivel de gobierno central. Lo que procede, por tanto, es la celebración de convenios de cooperación, en los que consten los compromisos y responsabilidades de cada parte interviniente.

Enmienda a la primera disposición transitoria

Los proponentes de la eliminación del plazo de ocho años para conformar los gobiernos autónomos descentralizados regionales, argumentaron que el tiempo previsto es insuficiente para garantizar el cumplimiento de factores tales como: equilibrio interregional, afinidad histórica y cultural, complementariedad ecológica y productiva y, el manejo integrado de cuentas.

Por su parte, la Corte Constitucional justifica que la Constitución de Montecristi modifica la organización territorial del Estado, entre otros modos, por regiones; que la eliminación del plazo para su conformación “permitiría dar cumplimiento al objetivo de fortalecer el proceso de autonomías y descentralización, como uno de los deberes primordiales del Estado” en la medida que requiere la intervención de una serie de actores, de la instauración, planificación, cumplimiento y ejecución de actividades y procedimientos establecidos por el legislador (Corte Constitucional del Ecuador 2014).

En términos generales, la Constitución de 2008 mantiene el sistema de Estado unitario, pero fortalece a todos los niveles de gobierno autónomo descentralizado al dotar de facultad legislativa a los gobiernos regionales, provinciales, municipales y distritales; así como de facultad reglamentaria a las juntas parroquiales rurales, atribuir competencias exclusivas –además de las concurrentes y adicionales– y asignar recursos económicos predecibles, oportunos, y automáticos.

La facultad legislativa se expresa a través de ordenanzas respaldadas por el principio de jerarquía sobre reglamentos, acuerdos y resoluciones cuando sean expedidas por gobiernos regionales o distritales, y sobre los acuerdos y resoluciones si las aprueban los gobiernos

provinciales y municipales. Además, corresponde aplicar el principio de competencia cuando los actos normativos regulen sus competencias exclusivas (CPRE, artículo 425). La voluntad del constituyente radica en que ningún otro órgano del poder público tenga capacidad jurídica para dictar normas de conducta o potestativas en esas materias; por tanto, si se producen antinomias, prevalece la voluntad del legislador local, de quien presupone un mejor conocimiento de la realidad regulada.

La Constitución sienta las bases de lo que podría llamarse gobierno regional, con similares competencias entre las que destacan el sistema vial regional; políticas de investigación e innovación del conocimiento, desarrollo y transferencia de tecnologías; actividad productiva y seguridad alimentaria; a los que pretende instituir como gobiernos intermedios, cuyos gobernadores formen parte de un gabinete territorial, como espacio para discutir, definir o articular con el ejecutivo, los grandes temas territoriales de interés nacional.

Una condición para que se produzca la proporcionalidad en la asignación de escaños en elecciones pluripersonales, consiste en que las circunscripciones electorales sean grandes (elección de más de diez escaños). En consecuencia, la conformación de gobiernos regionales favorecería a la descentralización y permitiría superar problemas de desproporción resultante de elecciones legislativas en circunscripciones electorales pequeñas (Torres 2014, 28).

A pesar de las ventajas que ofrece el gobierno regional, no se evidencia interés de sectores políticos, académicos, productivos o ciudadanos por debatir la creación de regiones como nivel de gobierno intermedio. El país está acostumbrado a la división territorial por provincias. Los ciudadanos sentimos identidad provincial. Subyace la amenaza –no prevista en la Constitución– de que desaparezcan los gobiernos provinciales en la medida en que los gobiernos regionales alcancen posicionamientos relevantes. Estas y otras son las causas del desinterés.

En ese escenario, el argumento de eliminar el plazo perentorio de ocho años para favorecer la formación de la voluntad ciudadana, y mediante consenso decidir sobre la creación de gobiernos regionales, tiene un peso significativo, y se justifica porque en caso contrario correspondería al ejecutivo proponer las leyes y es-

tatutos de creación y funcionamiento; es decir, tiende a favorecer el derecho a decidir libremente y evitar la imposición de una división regional desde arriba. Sin

embargo, prolonga por tiempo indefinido la creación de gobiernos regionales y afecta la descentralización del poder.

CONCLUSIONES

Este estudio aspira a contribuir al debate jurídico y político sobre un tema de actualidad: el desarrollo legislativo y la aplicación de las enmiendas constitucionales. Para ello toma como base la teoría de la reforma constitucional, que surge con el propósito de promover la mayor permanencia posible del texto constitucional, asegurar su rigidez, evitar modificaciones como una más de las leyes existentes para evitar cambios circunstanciales o coyunturales; por tanto, la propia Constitución prevé mecanismos rigurosos para su reforma parcial o total.

1. Eliminar la facultad de los gobiernos autónomos descentralizados para convocar a consulta popular sobre cualquier asunto de interés y restringirla sólo al ámbito de sus competencias, conlleva limitar formal y materialmente el derecho a la participación ciudadana y al principio de democracia participativa.
2. La permanencia prolongada del jefe de Estado y de Gobierno en el ejercicio del poder, encarna el riesgo de concentración del poder político, al punto de promover la anulación de la acción de otras funciones del Estado. No ocurre igual con otras dignidades de elección popular.
3. Atribuir la competencia para construir la infraestructura y el equipamiento de los sistemas de salud

y educación al gobierno central, como el conjunto de políticas, instituciones, personal, bienes, instrumentos y todo aquello que se requiera para cumplir los objetivos relacionados con esos servicios esenciales para las personas, permitiría asegurar el derecho al acceso en términos de calidad.

Los gobiernos municipales y metropolitanos podrán liberar recursos para atender la prestación de servicios públicos de su competencia exclusiva como la dotación de agua potable, alcantarillado, recolección y procesamiento de basura; equipamiento de espacios públicos de calidad, y otras tantas de interés general de sus habitantes.

4. Por último, la prolongación indefinida de la conformación de gobiernos regionales autónomos modificaría el diseño institucional aprobado por el constituyente originario. Si bien pospondría discusiones sobre qué provincias integran qué regiones y evitaría posibles desacuerdos políticos, el país perdería la posibilidad de cambiar la división político-administrativa orientada a fortalecer la descentralización y la articulación, al actuar como nivel de gobierno intermedio cuyos representantes integren un gabinete territorial; y de permitir la efectividad del principio de proporcionalidad en la representación legislativa, al constituir circunscripciones electorales grandes.

BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea Nacional del Ecuador. 2010. *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD)*. Disponible en http://www.preventionweb.net/files/28356_cdigoorgnicodeorganizacinterritorial.pdf Consultado el 2 de abril de 2016.
- Bobbio, Norberto. 1986. *Crisis de la democracia*. México: Fondo de Cultura de México.
- Chevallier, Jacques. 2011. *El Estado posmoderno*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. 2010. *Sentencia C-141/10*. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-141-10.htm>. Consultada el 1 de abril de 2016.
- Corte Constitucional del Ecuador. 2014. *Dictamen 001-14-DRC-CC*. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/contenidos/gaceta-constitucional/Gaceta009.pdf>. Consultada el 1 de abril de 2016.
- Constitución de la República del Ecuador. 2008. Disponible en https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/contenidos/quienes-somos/Constitucion_politica.pdf Consultada el 2 de abril de 2016.
- Ferrajoli, Luigi. 2010. *Democracia y garantismo*. Madrid: Editorial Trotta.
- García de Enterría, Eduardo. 2005. *Curso de Derecho administrativo*. T. I. 12va ed. Madrid: Editorial Thomson-Civitas.
- Hesse, Konrad. 2011. *Escritos de Derecho constitucional*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo/Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Landau, David. 2015. *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el derecho comparado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Laporta, Francisco. 2007. *El imperio de la Ley. Una visión actual*. Madrid: Editorial Trotta.
- Larrea, Juan. 2007. *Derecho constitucional ecuatoriano*, T. I. Quito: Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Loewenstein, Karl. 1976. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Pérez Royo, Javier. 2014. *Curso de Derecho constitucional*. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- Ramírez, Gonzalo. 2009. *Límites a la reforma constitucional en Colombia. El concepto de Constitución como fundamento de la restricción*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Secaira, Patricio. 2004. *Curso breve de Derecho Administrativo*. Quito: Editorial Universitaria.
- Serrafero, Mario. 2011. La reelección presidencial indefinida en América Latina. *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados*, 54 (mayo): 225-259.
- Tamanaha, Brian. 2011. *En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Torres, Angel. 2014. *Noción de sistemas electorales: un análisis del caso ecuatoriano*. Loja: Universidad Nacional de Loja.
- Zovatto, Daniel y Jesús Orozco. 2008. *Reforma Política y Electoral en América Latina 1978-2007: lectura regional comparada*. México: Universidad Autónoma de México. Idea Internacional.

ENTREVISTA

no/da.

**“VIVIMOS UNA CRISIS DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL”
ENTREVISTA A CARMEN GÓMEZ MARTÍN***

**“WE LIVE A CRISIS OF INTERNATIONAL PROTECTION SYSTEM”
INTERVIEW CARMEN GÓMEZ MARTÍN**

**“VIVEMOS UMA CRISE DE REGIME DE PROTECÇÃO INTERNACIONAL”
ENTREVISTA COM CARMEN GÓMEZ MARTÍN**

*Jorge Daniel Vásquez**
Pontificia Universidad Católica del Ecuador*

Entrevista realizada el 27 de abril de 2016*
Quito, Ecuador**

* Carmen Gómez Martín es coordinadora de la Especialización en Migración, Desarrollo y Derechos Humanos en la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO-Ecuador). Doctora en Sociología por la École des Hautes Études en Sciences Sociales (EHESS, Francia).

** Jorge Daniel Vásquez es profesor en el Departamento de Sociología de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE).

*** La presente entrevista se realizó en el marco de la constante cobertura mediática acerca de la mal denominada “crisis de los refugiados”. Agradecemos a Stephanie Castillo, estudiante de Sociología de la PUCE, el trabajo de desgrabación de la entrevista.

JORGE DANIEL VÁSQUEZ: Carmen, en seis años de conflicto Sirio, según datos del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), existen alrededor de 4 millones de personas que se han convertido en refugiados en países como Líbano, Jordania, Turquía y Egipto. Además de esos datos “duros”, quizás a nivel de sensibilidad social, esto se visibilizó cuando circuló en redes sociales la foto del niño Aylan Kurdi yacente en las costas de Turquía. No obstante, este conflicto envuelve circunstancias históricas que sería necesario comprender para poder tener mayor precisión ¿Cómo podrías caracterizar el origen de lo que se está calificando como una “crisis de refugiados”?

CARMEN GÓMEZ: Creo en primer lugar, que más que un “tema sobre los sirios” hay que pensarlo de una forma un poco más global. Cuando se habla de la crisis de los refugiados actualmente se piensa mucho en los sirios pero en verdad es una crisis mayor y, a mi entender, es doble. Es una crisis numérica, en el sentido de que no ha existido una mayor hasta el momento desde la que hubo durante la Segunda Guerra Mundial. Hasta el año 2014, ya que todavía no han salido las cifras del 2015 de ACNUR, se llegaba casi a los 60 millones de refugiados en el mundo, lo que quiere decir que probablemente hayamos sobrepasado con creces esta cifra en 2015. Por lo tanto, nos encontramos con una crisis de los refugiados que se plantea a nivel numérico y está determinada fundamentalmente por la gran cantidad de conflictos en el mundo, especialmente en África y en Oriente Medio.

Nos encontramos con conflictos de larga data que no se han solucionado y que tienen su origen fundamentalmente en la ocupación del territorio de Iraq por parte de los norteamericanos a partir del 2003. Podríamos incluso ir un poquito más lejos y pensar en los atentados del 11 de septiembre, la ocupación de Afganistán y luego de Iraq. A esto se suma el desajuste que provocan esas dos ocupaciones en un contexto mucho más amplio que tiene que ver con “los coletazos” que sigue dando la caída de la Unión Soviética porque esta era una zona especialmente conflictiva; lo ha sido siempre geoestratégicamente, tanto para Occidente como para los países que formaban el bloque soviético. La crisis numérica sería entonces la cuestión más visible en la crisis actual de los refugiados.

Luego nos encontramos con que la crisis tiene otra arista, es una crisis del *sistema internacional de protección* en su conjunto. La crisis del sistema internacional de protección no viene de ahora, no viene de la crisis de Siria, que surge en el 2011, sino que tiene que ver con una crisis que se empieza a plantear varias décadas atrás. Entonces, hay que revisar la historicidad que tiene la protección internacional para darnos cuenta de cómo ha ido evolucionando en función de los intereses de los países Occidentales desde la firma en 1951 de la Convención de Ginebra. Si hacemos esto, nos damos cuenta precisamente de que la crisis se gesta a partir de las décadas de 1980 y 1990. En estos momentos estamos en un punto álgido pero no significa que haya estallado ahora sino que viene fraguándose desde mucho tiempo atrás.

JD: ¿Qué provoca la crisis del sistema de protección internacional?

CG: Lo que provoca la crisis es fundamentalmente que los países occidentales durante la época de la Guerra Fría, especialmente en los años cincuenta y sesenta, hacían funcionar el sistema de protección al darles asilo político a gente que venía de países comunistas. Los flujos que iban hacia Europa o Estados Unidos eran muy pequeños y además eran funcionales políticamente.

El problema es que, a partir de los años sesenta, con los procesos de descolonización en África y las guerras que van aparejadas a esos procesos, la crisis en el Caribe: Haití y Cuba, las crisis de los años setenta en el Cono Sur...

JD: Es decir, que el reforzamiento de gobiernos militares en algunos países, y los procesos revolucionarios en otros, transgredieron la ‘funcionalidad’ del sistema de protección radicalmente.

CG: Así es, la situación de cambio continuó en los años ochenta. Todas las crisis que vengo de mencionar, incluyendo las guerras en Centroamérica en la década de los ochenta, van a provocar un aumento exponencial del número de personas que necesitan protección internacional. En ese momento, los países occidentales ya no estaban dispuestos a aceptar un mayor flujo de refugiados. Antes sí lo estaban porque eran grupos

pequeños y eran funcionales políticamente en el contexto de la Guerra Fría, pero después ya no será así.

JD: Cuando hablamos de personas en necesidad de protección internacional, ¿estamos hablando más allá de la situación de los refugiados?

CG: Claro, porque la palabra ‘refugiado’ implica que una persona tiene un estatus jurídico determinado que en su posición le brinda protección internacional. Esta es una distinción que yo siempre hago porque un refugiado es aquel que supuestamente ya tiene la protección, pero nos encontramos con mucha gente que necesita de protección internacional pero no la tiene. Entonces prefiero hacer siempre la distinción entre las dos situaciones.

JD: ¿Por qué es fundamental comprender esta distinción?

CG: Porque el sistema de protección internacional no tiene la capacidad de protección que debiera, o ha generado figuras que dificultan que esa protección se produzca de forma integral. Eso provoca que gran parte de los desplazados forzosos que cruzan una frontera internacional no alcancen a tener el estatus de refugiados, y es aquí el punto central de la crisis de la que estamos hablando. Hay un protocolo que se firma en el año 1967 que apertura, en cierta forma, las limitaciones que tenía la Convención de 1951 a nivel espacial y temporal en materia de protección.

Este protocolo es un ‘éxito’ de la Comunidad Internacional porque supone que, por ejemplo, las Naciones Unidas puedan actuar a partir de este periodo por sí mismas en otros territorios fuera del ámbito geográfico anterior (Europa/Estados Unidos). Ahora bien, con el tiempo esto se transforma en un arma de doble filo, en el sentido que la atención en origen o cerca de las fuentes de conflicto va a permitir a las Naciones Unidas alejar los flujos de refugiados de los países industrializados. Aproximadamente desde los años setenta Naciones Unidas ha estado conteniendo los flujos de refugiados, ya sea en origen o en los países aledaños donde se producía el flujo de población con necesidad de protección internacional.

Entonces, aquí nos encontramos con que el propio sistema crea una serie de mecanismos que empiezan a minar la propia protección que supuestamente se tie-

ne que dar. La irrupción de los campamentos de refugiados como solución humanitaria de emergencia y a “corto plazo”, es un ejemplo de ello.

De hecho a partir de los años ochenta nos encontramos con la proliferación de campamentos de refugiados que antes no existían. ACNUR, por ejemplo, va a tener la potestad para administrar esos campamentos de refugiados, convirtiéndose en una agencia humanitaria, no solamente en una agencia que da protección, sino en una que va a controlar la sanidad, la educación y otros aspectos, dentro de esos campamentos de refugiados, que en muchos casos pasan de ser temporales a permanentes.

Hay otro elemento importante que surge en los años noventa, la aparición de una figura que antes no existía: *el desplazado interno*. Esta es una figura que también puede aparecer como un ‘éxito’ a nivel de protección internacional puesto que se está reconociendo que hay desplazamiento interno en los países en conflicto o guerra y que los países que provocan el desplazamiento se tienen que encargar de su propia población.

Este avance tiene sin embargo una contraparte porque al poner el acento en la existencia de esos desplazados internos, los países que supuestamente reciben *población en necesidad de protección internacional* utilizan este principio del posible desplazamiento interno para negar el asilo.

Es decir, estos países se preguntan antes que nada sobre si esta persona podría desplazarse dentro de su país antes de traspasar una frontera; si el Estado de donde proceden no puede darles protección o si no encuentran protección en otro lugar dentro del país de donde vienen. Así es como se está utilizando la figura del desplazado interno para no dar protección internacional.

Te encuentras ahí esas dos claves que explican por qué no toda persona que huye es considerada refugiada y por qué es el propio sistema de protección el que ha ido minando desde dentro la protección.

Por un lado, la contención que hace Naciones Unidas dentro de los países de origen o aledaños a través de los campamentos de refugiados y, por otro lado, aparece esta figura del desplazado interno que lo que hace es contener también los flujos en el interior del Estado. Aquí es donde empieza la base del problema.

JD: La información disponible manifiesta que en Siria hay más de seis millones de desplazados internos (6,6 millones). Esto tendría que ver con que existen diferentes grupos que se están disputando en este momento el poder político en este país. Estarían los grupos que respaldan al dictador hijo de Haseed Al Assad; otro sector, con alcance territorial que está más bien controlado por el Estado Islámico (ISIS) y que habría tenido su origen en Iraq; y otros grupos que están organizados políticamente por fuera de las condiciones que imponen los actores anteriores. ¿Cómo influye especialmente el evento histórico de la guerra, las dinámicas bélicas, en la generación del refugio como problema? ¿Qué tiene que ver, en el caso sirio, la intervención de las naciones y potencias europeas?

CG: Una de las cosas que se nos olvida es de donde surge la guerra de Siria. Parece que el ISIS siempre hubiera estado ahí. Hay un punto de partida básico que explica la situación de Siria, pero también la situación de conflictividad generalizada que hay en la zona del Magreb, del Mashrek (Oriente Medio) y que tiene que ver con la reacción conservadora que se produjo tras la “Primavera árabe” del 2011. La “Primavera árabe”, que fue un levantamiento de población fundamentalmente joven con una serie de necesidades no cubiertas por el Estado, y también con unas necesidades de libertad en una mayoría de Estados que tenían dictaduras de larga data, provoca una caída sucesiva de una serie de regímenes que en algún caso ha tenido un impacto positivo como es el caso de Túnez, pero que en otros países como Egipto provocó, por ejemplo, un nuevo golpe de Estado. En ese marco tiene lugar también una revuelta dentro de Siria de las mismas características, pero Siria estaba ya debilitada por la guerra de Iraq y por la complicada situación interna con respecto a los kurdos. Es decir, había ya una situación bastante explosiva dentro del país antes de que se expandiera en territorio sirio las revueltas de la “Primavera árabe”. Hay además una serie de intereses geoestratégicos, políticos, etc., que están insertos dentro del conflicto y que hacen que en un momento determinado aparezca una multiplicidad de actores que empiezan a ganarle posiciones al gobierno de Bashar al-Assad aprovechando el caos que generan las revueltas y la inestabilidad generalizada de la región. Esos nuevos actores están financiados en muchos casos por potencias extranjeras, no necesariamente o únicamente por Estados Unidos, sino principalmente por Arabia Saudí o por Turquía que

tienen intereses políticos y geoestratégicos en la zona. Ahí es donde surge el ISIS, pero también otros grupos que operan en la zona, por ejemplo, el Frente al-Nusra (originariamente vinculado al Estado Islamico de Iraq, que a su vez fue el germen del ISIS), o grupos que apoyan al presidente al-Assad, y así un largo etc. Entonces lo que nos encontramos es un territorio en disputa, no una guerra ideológica, cultural o religiosa. Es una guerra fundamentalmente territorial. En esta guerra la población se ha encontrado en medio, lo que hace que la única manera de sobrevivir dentro del país sea desplazarte a zonas donde estás un poco menos expuesto.

Todo esto ha provocado desplazamientos masivos, si tomamos en cuenta que en Siria hay una población total de 23 millones de personas y que estamos hablando de 12 millones de personas que se encuentran con necesidad, no sólo de protección, sino de asistencia humanitaria básica, estamos hablando de más de la mitad de la población afectada directamente por la guerra. De esos 12 millones nos encontramos con que hay 7 millones de desplazados internos y más de 4 millones afuera con necesidad de protección internacional; esto es, tanto refugiados reconocidos, demandantes de asilo o gente que se encuentra en situación irregular porque, por el motivo que sea, no ha podido acceder a ningún proceso.

JD: Estas personas en necesidad de protección internacional, emprenden un trayecto que implica inicialmente cruzar las fronteras más próximas.

CG: La primera salida masiva de gente que se va hacia afuera, va a los países aledaños. Como tu bien has dicho... el Líbano, por ejemplo, es un caso extremadamente dramático porque un cuarto de la población que ahora mismo vive en el Líbano son refugiados; es decir, de los 4 millones de personas que viven en Líbano, hay 1 millón doscientos mil que son refugiados a los que hay que sumarles unos cientos de miles de palestinos que ya estaban en el país. De hecho, ya en 2014 la economía libanesa colapsó y hubo un llamamiento por parte de Naciones Unidas de que se necesitaban 1.700 millones de dólares para paliar la crisis debido al impacto que los refugiados estaban teniendo en el país. Me parece que no consiguieron sino alrededor de 175 millones. Digo esto para comparártelo con estas reuniones que recientemente tuvieron lugar entre la UE y Turquía en las que se hablaban de compensaciones de más de 6 mil millones de euros por la colabora-

ción de este último país con la gestión de los flujos de refugiados.

JD: ¿Qué intereses hay en que Turquía pueda conseguir ese dinero relativamente fácil y no así Líbano?

CG: ¡Porque Turquía es un ‘país tapón’! Cuando me preguntan “¿por qué de repente tal oleada?” refuerzo mi tesis: creo que lo que había hecho hasta el momento Europa era crear un triple tapón para evitar el flujo masivo de refugiados y de migrantes hacia el continente. El primer tapón era este que te digo de Naciones Unidas controlando los flujos desde origen o los países aledaños. Con la crisis de 2007, Naciones Unidas deja de percibir tanto flujo de dinero como le llegaba anteriormente y no tiene la capacidad para controlar en frontera o en países aledaños a esa población, eso por un lado.

Por otro lado, el segundo tapón estaba conformado por los países de la cuenca Mediterránea. Todos los países del Magreb y parte del Mashrek más occidental estaban llevando a cabo labores de tapón con capitales procedentes de la Unión Europea en supuestas políticas de desarrollo, pero lo que hacían era mantener los flujos controlados en el Mediterráneo del sur. ¿Qué pasa entonces?, que los procesos de revuelta de la “Primavera árabe” del 2011 rompen con esa barrera, es decir los países tapón dejan de cumplir con el papel que tenían asignados, incluso un país como Libia empieza a ser expulsor igualmente de población con necesidad de protección internacional y deja de cumplir la función de ‘tapón’. La última barrera que les queda es el Mediterráneo que esta ‘tragándose gente’ a mansalva.

Lo que ha hecho Europa en estos meses demuestra que en verdad sí está desarrollando una política común (se le criticaba todo lo contrario), pues lo que ha hecho es precisamente intentar reconfigurar las tres barreras anteriores que se le habían roto ¿Cómo reconfigura el sistema de barreras? A través de levantar barreras internas en los países del Este, y a través de la conformación de un nuevo país tapón fundamental como es Turquía. Porque es desde Turquía desde donde le están viniendo todos los flujos en los últimos tiempos. Los sirios son la nacionalidad mayor dentro de los flujos pero solo son un tercio de la gente que llega, llegan somalís, eritreos, gente de Irak, de Irán, de Afganistán, de Paquistán, llegan de muchos sitios en donde existe ya sean guerras, ya sean conflictos de larga duración.

Entonces lo que Europa ha generado finalmente es una política común que consiste en la reconfiguración de barreras internas y externas.

JD: Otro ejemplo de esta reconfiguración de la barrera ha sido el caso de Austria, que vota una ley de seguridad y permite declarar a este país en estado de emergencia. Efectivamente esto le permite no recibir a ninguna persona que quiere entrar. Pero digamos que es un poco sorpresivo en el sentido de que inicialmente Austria dio signos de que iba a efectivamente acoger refugiados, y ahora con la votación otorgada al partido conservador y algunas ramas de socialdemócratas votan efectivamente a favor de una ley antimigración. Está también el caso de Hungría que efectivamente construye físicamente un muro al estilo de una alabrada enorme para frenar el ingreso de los refugiados. Si tu tuvieras que hacer un juicio en el sentido precisamente de los derechos humanos, ¿cómo podrías valorar la posición que la Unión Europea o algunos países particulares se han posicionado ante la situación de los refugiados?

CG: Yo creo que el problema de los refugiados ha demostrado el fracaso del proyecto europeo, pues esta crisis ha tirado por tierra varios de sus principales pilares: la desaparición de las fronteras y la libre movilidad interna o el reconocimiento de la construcción europea sobre las bases del respeto a los derechos humanos. En 2014 y principios de 2015, cuando empiezan a llegar grandes cantidades de población mezclada, tanto de personas en necesidad de protección internacional como migrantes económicos en grandes barcas, y comienzan a producirse los naufragios y los miles de muertos en el Mediterráneo, la respuesta que se da desde la Unión Europea es la única que siempre ha habido: aumentar el control por encima de cualquier otro tipo de política. Dirigentes como Nicolas Sarkozy, por ejemplo, ya sugirieron en ese momento que en situaciones digamos, “excepcionales”, había que romper el tratado Schengen, y restablecer barreras internas para luego volverlas a reabrir. Eso es lo que está pasando ahora básicamente. Europa responde a la crisis creando una barrera interna y externa hacia el Este. Los países que están haciendo de ‘policías malos’ son los países del Este de Europa, que además son países con unos déficits todavía grandes a nivel de respeto a los derechos humanos y que han tenido una reacción xenófoba muy fuerte frente a los flujos de refugiados y migrantes. Evidentemente, luego esta Turquía como

barrera externa. El tratado que se pretende firmar con Turquía supone un empuje de este país hacia la convergencia dentro de la Unión Europea, pero el tratado es complejo y Europa no puede esconder que Turquía tiene importantes problemas internos, como el conflicto con los kurdos o situaciones más que evidentes de violación de los derechos humanos. En esta actitud se puede ver un posicionamiento bastante hipócrita de los países europeos centrales, pues las barreras se generan en los países que son 'los otros de Europa', países periféricos que bloquean la entrada de refugiados dentro de sus fronteras pero también hacen de gendarmes a los países fuertes de la Unión, los países tradicionalmente receptores de población refugiada como Alemania. La imposición de barreras, por lo tanto, no solo impide la llegada, sino que también hace más fácil externalizar hacia un país periférico el problema de contener a los refugiados y salvaguardar la imagen de país receptor, pues son otros los que se encargan de decir "no".

JD: ¡Una periferia dentro de Europa! Pero también digamos que son importantes las fuerzas geopolíticas mundiales que tienen intereses en el territorio de Siria. Estados Unidos manifiesta haber realizado 'ayudas económicas' pero no recibe refugiados. Rusia sería otro actor ¿Crees que el protagonismo que mediáticamente se ha construido sobre estos dos países funciona como cortina de humo o efectivamente hay una imposición central de estos dos países en la guerra que se libra en Siria?

CG: Yo creo que tienen una posición central pero creo que no son los únicos. Yo insisto mucho en esto porque siempre nos olvidamos de Rusia al hablar de Siria, cuando en realidad juega un papel fundamental de apoyo al régimen de Bashar al-Assad. Estados Unidos también ha cumplido un papel fundamental. No olvidemos que Siria formaba parte años atrás, para la administración de Bush hijo, del llamado 'eje del mal' junto con Venezuela, Irán, y otros países. En un primer momento Estados Unidos puso dinero para financiar a la insurgencia contra Bashar al-Assad. No descarto que se financiara también aquello que devino después en el Estado islámico en su versión siria. Pero la cosa les salió muy mal y ahora mismo están en una encrucijada en la que han tenido que apoyar al que primero querían defenestrar, al-Assad, para así poder enfrentar al monstruo (ISIS) que unos y otros han financiado y alimentado. Esto es recurrente en la historia de Orien-

te Medio, pensemos también en los casos de Saddam Hussein y el mismo Osama Bin Laden. Siempre lo mismo, la creación de un monstruo que a la final termina volviéndose contra ti.

Entonces tenemos ahí dos potencias que evidentemente tienen intereses geoestratégicos. Rusia, por ejemplo, tiene bases militares en Siria y es una importante salida para este país hacia al mar Mediterráneo, sus conexiones con el régimen sirio son evidentes. Por otro lado, es fundamental considerar en el cuadrilátero también a Turquía y a Arabia Saudí, si no consideramos a esa gran cantidad de actores internacionales y regionales no estamos entendiendo el conflicto. Turquía tiene su propia agenda, Arabia Saudí tiene su propia agenda, la lleva teniendo desde la guerra Irán-Irak de los años 80. Es decir, es mucho más complejo que pensar simplemente que son ciertas potencias externas occidentales las que tienen intereses en controlar la zona. Hay también componentes históricos que no podemos olvidar, por ejemplo, las relaciones de tensión desde hace décadas entre Turquía y Siria o el tema kurdo que explica también parte de toda esta problemática.

JD: ¿Y dentro del problema sirio, cuál es la situación del pueblo kurdo en estos momentos?

CG: Los kurdos tienen una situación de cierta autonomía en Siria. Controlan la parte del noreste del país y aplican un sistema político propio que le llaman Confederalismo democrático. Ellos controlan su zona, tienen un apoyo importante de los kurdos de Iraq y ahora lo que están haciendo es luchar contra el ISIS tanto en Siria como en Iraq.

JD: Ciertos paradigmas de la teoría política contemporánea vendrían a estar realmente limitados ante una situación como esta.

CG: ¡Claro!, y ahí te das cuenta de que la situación actual es un reflejo de esa desarticulación que provoca el fin de la Guerra Fría y la desaparición de una gran potencia que influencia la zona. Lo que hay en realidad hoy en día es esta multiplicidad de actores aliados con actores mayores que intentan controlar pequeños territorios, ganarles un poco de territorio a los demás, es una guerra, como decía anteriormente, por el control del territorio, un todos contra todos. No hay proyectos, no hay grandes narrativas, no están los grandes proyectos ideológicos de antes, es una lucha

básicamente territorial y geoestratégica de actores más pequeños que se sirven de actores con mayor poder y viceversa. Lo que interesa en esta lucha territorial es el control sobre la población, las materias primas y, sobre todo, las rutas por las que pasan esas materias primas.

JD: Déjame preguntarte una cosa que tiene que ver con cierta narrativa mediática que tiende a ser hegemónica en torno al problema de los refugiados que hay en Europa. Se dice que habría una barrera simbólica importante que tiene que ver con la religión precisamente. Si bien en Siria el conflicto tiene que ver con una cuestión territorial y no con la religión, dentro del discurso narrativo de medios de comunicación europeos, presentan precisamente el problema del origen musulmán de estas personas como algo que vendría a reproducir el conflicto al interior de los Estados. Así, tendríamos esta idea sobre el “otro” como amenaza: quien puede en cualquier momento provocar inestabilidad, inseguridad, terror, estado de pánico al interior de las naciones europeas ¿Crees que el origen musulmán de muchos refugiados vendría a tocar la fibra sensible de las sociedades tradicionales europeas, o es una narración unívocamente funcional a cierto proyecto político?

CG: Es funcional a un proyecto político. Es funcional a una construcción de una Europa que tiene como pilar identitario el cristianismo. De hecho, la entrada de Turquía a la Unión Europea ha generado muchas dudas dentro de los propios países europeos por esta cuestión. Digamos que se trata de un discurso hegemónico inculcado por diversas vías a la población, una de ellas la migratoria. Llevamos décadas conviviendo con poblaciones musulmanas como producto de las migraciones, ya sea de las ex colonias en el caso de Francia o de los pactos realizados entre Turquía y Alemania con los famosos ‘trabajadores invitados’. La idea que manejaban los gobiernos europeos en aquella época sobre estas migraciones es que se iban a quedar durante un tiempo limitado, beneficiarían económicamente a los países de destino y de origen y luego, en un momento determinado, estos migrantes se marcharían. Estas predicciones no se cumplieron. Esta población se quedó y a pesar de los problemas que encontraron consiguieron reagrupar a sus familias. La idea de la limitación temporal de la estancia, y las políticas muchas veces erróneas en el manejo y gestión de la diversidad cultural que genera la presencia de estos migrantes en las sociedades europeas, la discriminación recurrente

de los migrantes y sus hijos, muchos de ellos nacidos en suelo europeo, será producto con el tiempo de importantes tensiones. Más allá de esto, el discurso que se maneja hoy en día es artificial y está generado en torno a tres temas que se mezclan de forma consciente e intencional: la problemática de los flujos de refugiados, el terrorismo yihadista y las migraciones en Europa de poblaciones arabo-musulmanas. Los atentados que se han producido en Francia o en Bélgica en los últimos meses son manejados discursivamente intentando hacer carambola sobre la conexión entre estos tres temas.

Se toma como base el discurso sobre una supuesta incapacidad de estas poblaciones para integrarse, obviando que los procesos de integración no se dieron nunca o han sido erráticos, se nos muestra así a la población musulmana como ese *alterego* demonizado con el cual es imposible convivir. Se ha generado un discurso artificial entorno a la religión para pensar al musulmán como intrínsecamente violento, atrasado, subdesarrollado, incapaz de adaptarse a los valores europeos y todo eso justifica el rechazo, al mismo tiempo, de las poblaciones que buscan protección.

JD: Ya que se genera un discurso que invisibiliza el origen del problema, es también importante comprender que los conflictos son globales, pues, como vemos en el caso de Siria, está conectado directamente con problemas que remiten a la misma construcción de la integración europea. Ahora, en su carácter global, el conflicto toca también a territorios como América Latina, por ejemplo en Brasil y en Venezuela hubo declaraciones expresas, me parece que también Uruguay, de apertura a recibir refugiados sirios ¿Cómo este conflicto implica la migración de personas de Oriente Medio y de África hacia América Latina?

CG: Para el caso de América Latina, estamos hablando de flujos muy pequeños. Últimamente se habla como si estuvieran viniendo ‘oleadas’ de refugiados de estas regiones y no es así. Ahí hay que decir dos cosas: primero que para poder hacer el viaje (la gente que está viniendo a Ecuador o, por ejemplo, a Brasil), se necesita tener cierto poder adquisitivo.

Entendemos que son clases medias las que pueden permitirse el viaje, la compra de un billete de avión y el poder mantenerse en estos países. Una de las cosas que hay que decir también es que estos países dan estatus

de refugiado pero no dan protección ni dan derechos, no hay una política de integración para esta población.

JD: Incluido Ecuador, tampoco otorga derechos.

CG: Digamos que estos Estados permiten que esa gente no se quede en situación irregular en el país, pero no hay mucho más allá de eso. Hay que entender que esos flujos son pequeños, primero porque cuesta dinero venir, porque cuesta dinero mantenerse, porque no hay políticas de integración por parte de los Estados que los acogen, porque muchos no hablan la lengua. Por ejemplo, el otro día leí una entrevista de alguien que había llegado a Brasil y pensaba que hablaban en español y se quedó muy parado porque no entendía nada; no tienen cursos de formación en lengua y luego les cuesta muchísimo trabajo integrarse laboralmente.

JD: ¿Es cierto que son familias de hasta doce personas como se ha divulgado en redes sociales?

CG: No, para nada, hay familias, pero no con esos miembros. Se sabe que algunos vienen porque tienen conocidos o familiares ya instalados desde hace más tiempo. Una de las cosas que no te sabría contestar con precisión es por qué se produce el flujo hacia Ecuador. Hemos intentado saber qué tipo de información tienen sobre este país, dónde la obtienen, pero todavía no lo sabemos con seguridad ¿Qué hace que les llegue la información de que pueden llegar a Ecuador sin visa, como turistas y ahí pedir el refugio? Todavía no tenemos claro cómo se produce el puente. De hecho, las cifras de Brasil son muy significativas porque Brasil ha contestado positivamente al cien por cien de las demandas de refugio que ha recibido por parte de poblaciones sirias. Han otorgado, entre 7000 y 8000 visas desde las embajadas del Líbano o Jordania, pero de esas personas solo han llegado un poco más de 2000, lo que quiere decir que hay también un proceso de selección en el mismo Líbano, o en la misma Jordania. La gente incluso solo se acerca para preguntar o tantear porque saben perfectamente la barrera tremenda que se ha formado en Europa, de las miles de personas que están muriendo en el Mediterráneo. Entonces la gente que todavía no ha salido de la zona del conflicto, que están en los países aledaños, pregunta qué países acogen refugiados con más facilidad para poder instalarse. Esa idea de la búsqueda de alternativas es quizás la que nos da la pista de por qué de repente surgen esos flujos hacia América Latina. Hay autores como Javier

de Lucas que coinciden con esto que señalo, y vaticinan que los mayores controles por Turquía volverán a llevar al Mediterráneo los flujos que hasta ahora pasaban por Turquía, con lo cual probablemente se produzca un aumento del número de naufragios.

De hecho ya lo estamos viendo, la semana pasada sin ir más lejos, hubo un naufragio, murieron 400 personas dentro de un barco. Muchos pensamos que los flujos van a volver a pasar por el primer sitio que se les taponó. Pero, al mismo tiempo que se de este cambio, pensamos que va a seguir viniendo gente hacia acá, aunque no de forma masiva.

Es imposible que lleguen de forma masiva por lo que te decía, por la cuestión del dinero y porque no es tan fácil que una familia entera o que un individuo se arriesgue a irse a miles de kilómetros de distancia sin conocer absolutamente nada de un país. Hay que entender que muchos de ellos no pierden la esperanza de ingresar en Europa porque tienen redes, hay una migración histórica de población de Oriente Medio y del Magreb hacia Europa, entonces tienen redes, cualquiera tiene un primo, tiene un amigo en algún país europeo, cosa que no pasa en América Latina. Se sabe que en familias que han llegado a Uruguay, hay algunas que quieren volverse porque se han encontrado con que más allá de tener una situación de regularidad jurídica no cuentan con ningún programa de integración ni pueden asegurar su subsistencia.

JD: ¿Has tenido contacto con refugiados sirios que están en Ecuador o con las instituciones que se encargan de eso?

CG: Bueno, ahí te encuentras con la gente de la Unidad de Movilidad Humana del Gobierno Autónomo Descentralizado de Pichincha. Estuve en un curso hace un par de semanas, y me comentaban que cada vez tenían más población de Oriente Medio, que había bastantes familias sirias que habían venido, que tenían a iraníes, a iraquíes.

Estas personas tienen unas carencias enormes y desde hace meses en Ecuador hay un retraso importante en los procesos en los que se determina si se otorga el refugio o no. Estas personas están pasando de 6 meses a 1 año para recibir una respuesta. Prácticamente te dejan en un limbo porque con la carta que demuestra que son *solicitantes de asilo* no pueden hacer absolu-

tamente nada: no puede acceder a trabajo, no pueden acceder a créditos educativos, no pueden acceder a créditos bancarios. Más allá de ciertas organizaciones no gubernamentales, esta institución es la única que se

está encargando de resolver problemas de la cotidianidad como por ejemplo el tema del idioma a través de cursos de español, pero hay pocos recursos y una política de acogida muy deficitaria.

RESUMEN COMENTADO DE OBRA

Udela

ANÁLISIS DE LA DOMINACIÓN, MAX WEBER VS PIERRE BOURDIEU

ANALYSIS OF DOMINATION, MAX WEBER VS PIERRE BOURDIEU

ANÁLISE DA DOMINAÇÃO, MAX WEBER VS PIERRE BOURDIEU

Ingrid Lisseth Campoverde Sanmartin*
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Enviado: 02/03/2016

Aceptado: 21/05/2016

Resumen:

Este trabajo es un ensayo teórico-comparativo que resume las diferencias y semejanzas encontradas en los análisis de la dominación entre Max Weber y Pierre Bourdieu, en algunos de sus libros más conocidos: *Economía y Sociedad I*, *Sociología del poder*, *Ensayos sobre metodología sociológica de Weber*. Y *La dominación masculina*, *La distinción*, *Las estrategias de reproducción social* de Bourdieu. La primera parte expone brevemente el argumento principal de la Sociología Comprensiva y el Constructivismo. La segunda y tercera parte detallan las semejanzas y diferencias de la teoría de la dominación weberiana y bourdieusiana.

Palabras clave: Dominación; Sociedad moderna; Orden social; Legitimidad; Poder; Violencia.

Summary:

This text is a new theoretical-comparative essay that exposes the differences and similarities found in the domination analysis between Max Weber and Pierre Bourdieu, in some of their most known books: *Economy and Society I*, *Sociology of power*, *Essays on sociological methodology by Weber*. *Masculine domination*, *Distinction*, *Social reproduction strategies* by Bourdieu. The first part exposes

briefly the principal argument of compressive sociology and constructivism. The second and third part detail the similarities and differences between Weber's and Bourdieu's domination theories.

Key words: Domination; Modern society; Social order; Legitimacy; Power; Violence.

Resumo:

Este trabalho é um ensaio teórico-comparativo que resume as diferenças y semelhanças encontradas nas análises de dominação entre Max Weber y Pierre Bourdieu, em alguns de sesu livros mais conhecidos: *Economia e Sociedade I*, *Sociologia do poder*, *Ensaio sobre metodologia e sociologia de Weber*. E *A dominação masculina*, *A distinção*, *As estratégias de reprodução social* de Bourdieu. A primeira parte expõe brevemente o argumento principal da Sociologia Compreensiva e o Construtivismo. A segunda e terceira parte detalham as semelhanças e diferenças da teoria da dominação weberiana e bourdieusiana.

Palavras chaves: Dominação; Sociedade moderna; Ordem social; Legitimidade; Poder; Violência.

* Socióloga con mención en Desarrollo por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Asistente de investigación en la PUCE en el proyecto "Los nuevos movimientos sociales en América Latina".

ANÁLISIS DE LA DOMINACIÓN, MAX WEBER VS. PIERRE BOURDIEU

Dado que en algunos enfoques teórico-interpretativos de la jerarquía social y cultural casi siempre se presentan grupos dominantes y grupos dominados, se ha escogido los análisis de la dominación de Max Weber presentes en *La Sociología del poder y Economía y Sociedad*, así como de Pierre Bourdieu en *La Distinción, La dominación masculina y Las estrategias de reproducción social* con el fin de realizar un análisis de sus similitudes teóricas, para permitir la comprensión de la teoría de la dominación, así como sus diferencias.

Para esta comparación partimos desde el medio en el cual se desarrollan los análisis de la dominación, es

decir, desde Max Weber, la dominación en la sociedad moderna, y desde Pierre Bourdieu, la dominación en sociedades modernas, que poseen los medios para apropiarse de los mecanismos de reproducción de las relaciones de dominación.

En la primera parte *La Sociología Comprensiva* y el *Constructivismo* abren el campo de la discusión teórica. En la segunda y tercera parte, los autores argumentan su posición teórica mediante la respuesta a una serie de preguntas y conceptos utilizados en sus libros. La cuarta parte presenta las conclusiones de la comparación, así como una valoración personal a cada autor.

SOCIOLOGÍA COMPRENSIVA VS. CONSTRUCTIVISMO

La Sociología Comprensiva de Max Weber plantea que el conocimiento parte de posturas valorativas particulares, es decir, del sentido subjetivo del investigador, de modo que el objeto de la ciencia social es un proceso de sentido cuya relación con fines al objeto es de comprensión (de interés cognoscitivo), donde la orientación hacia la individualidad se da en torno a una particular estructura lógica que distingue lo científico en los hechos y el deber práctico en los ideales propios (Weber 1958).

A partir de ahí, la realidad puede conocerse seleccionando un fenómeno determinado por un juicio valorativo, sobre el cual, posteriormente, se establecerá un conocimiento lógicamente estructurado. Entonces, la Sociología Comprensiva elabora tipos ideales de conducta: acción social y dominación, cuyas regularidades son interpretables por vía de comprensión, sobre los cuales, “un actuar orientado subjetivamente en su contenido de sentido, en vista de aquellas expectativas de conducta promedio, es un actuar adecuadamente causado” (Weber 1958, 193). Lo que interesa, por lo tanto, en el análisis del concepto de dominación weberiano, no es si los agentes obedecen o no a un mandato

establecido, sino, el porque obedecen estos, más allá de las sanciones de un orden; es decir, la efectividad de un sentido subjetivo.

El modelo estructural constructivista Bourdieusiano, por su parte, plantea que el orden social y el orden de las cosas no es natural; por el contrario, el mundo físico ha sido simbólicamente construido por estructuras de dominación.

De allí que, “el mundo social está continuamente mantenido y sostenido por acciones de construcción y reconstrucción de las estructuras que en principio dependen de la posición ocupada en las estructuras por quienes las llevan a cabo” (Bourdieu 2011, 31).

Las estructuras de dominación comprenden las relaciones de dominación que se basan en señales de sumisión que los agentes acuerdan permanentemente de forma tácita con sus superiores, y, al mismo tiempo, es la relación objetiva de dominación la que impone los signos de sumisión, por lo cual la relación de dominación se constituye y reconstituye, al tiempo que no es unilateral.

¿QUÉ ES DOMINACIÓN?

Para Weber, la dominación es la “probabilidad de encontrar obediencia a un mandato de determinado contenido entre personas dadas” (Weber 1944, 53), y

aquella obediencia responde a la creencia en la legitimidad de dicho mandato. La legitimidad de ese mandato depende de la presencia de un cuadro adminis-

trativo (orden normativo acompañado de un aparato conceptual jurídico) en el cual se pueda confiar para mantener el orden social. Así, la dominación implica la probabilidad de que “se dará una actividad dirigida a la ejecución de sus ordenaciones generales y mandatos concretos, por parte de un grupo de hombres cuya obediencia se espera” (Weber 1944, 221).

Por su lado, Bourdieu establece que se debe entender la dominación desde el poder simbólico y la violencia simbólica, mas no desde la presencia de cuadros administrativos como dice Weber, porque en sociedades que poseen los medios para apropiarse de los mecanismos de reproducción y funcionamiento del orden social “la dominación tiene una eficacia simbólica que le procura la correspondencia entre las estructuras objetivas y estructuras subjetivas en las cuáles se expresa” (Chevallier y Chauviré 2011). De esa forma, la dominación no solo está presente en los cuadros administrativos que emiten ordenaciones generales, sino también en los propios agentes que influyen y son influidos por la relación de fuerza y conflicto simbólico. Es por este motivo que la dominación se expresa en el cuerpo y la creencia en tanto obediencia a la norma social establecida por la estructura dominante, como resultado de la somatización de las relaciones simbólicas de dominación, que

[...] se da en nombre de un principio simbólico conocido y admitido tanto por el dominador como por el dominado, un idioma, un estilo de vida, y, más habitualmente, una característica distintiva, emblema estigma, cuya mayor eficacia simbólica es la característica corporal absolutamente arbitraria e imprevisible [...] (Bourdieu 2000, 12)

En todo caso, habría que distinguir las definiciones de ‘dominación’ y ‘relación de dominación’ en el sistema categorial de ambos autores, pues Max Weber al igual que Pierre Bourdieu se refieren a la dominación como un concepto que abarca la relación de dominación; la misma que basa su importancia en el sentido subjetivo de obediencia a través del comportamiento de los agentes. Es decir, Weber en torno a una relación mando-obediencia más allá de una sanción legal y, Bourdieu en torno a la reproducción de esas relaciones consideradas como naturales en un orden social.

Por ello, desde Max Weber, una relación social de dominación es aquella cuya probabilidad de cumplimiento del mandato se da por aceptación de la orden recibida como legítima desde los agentes. Así, y solo así, “en la relación de mando-obediencia inmediata a que se refiere el concepto de *herrschaft*, el poder se ancla en una estructura social” (Weber 2007, 19).

De este modo, las personas en una relación de dominación orientan su comportamiento a la idea de que existe un orden legítimo por derecho o por convención, que aceptan y obedecen, y quienes se desvíen de aquel, están sujetos a sanciones. (Weber 2007).

Mientras, Bourdieu señala que las relaciones de dominación son aquellas que se basan en señales de sumisión que los agentes acuerdan permanentemente de forma tácita con sus superiores, de modo tal que, no solo reproducen las relaciones con los agentes y obedecen a la norma social establecida unilateralmente, sino que también reproducen e influyen en las propias estructuras sociales al ser consideradas normales.

Por lo tanto,

[...] las relaciones de dominación se forjan en universos sociales, se deshacen y se rehacen por la interacción entre las personas y las formaciones sociales y al mismo tiempo están mediatizadas por mecanismos objetivos e institucionalizados que escapan a las tomas de conciencia y poder individuales. (Bourdieu 2011)

Ahora bien, Weber explica que cuando los miembros de un grupo social están sometidos a relaciones de dominación en virtud del orden vigente, es decir, en virtud de la existencia de un cuadro administrativo que regule aquel orden, la dominación se ejerce desde una asociación de dominación.

Una asociación de dominación es una asociación política que desemboca en el Estado como un orden jurídico y administrativo cuando “la existencia y la validez de sus ordenaciones, dentro de un ámbito geográfico determinado estén garantizados de un modo continuo por la amenaza y por la aplicación de la fuerza física por parte de su cuadro administrativo” (Weber 1944, 54).

Al igual que Weber, Bourdieu cree que la dominación se ejerce desde los mecanismos objetivos que producen y reproducen el orden social, lo que posibilita la permanencia simbólica de las relaciones de dominación, es decir, “las relaciones de poder se instauran en la objetividad misma, entre instituciones” (Bourdieu 2011, 58). Sin embargo, la dominación simbólica no termina de ejercer solamente desde las instituciones (como principios de estructuración organizadores de los universos sociales) sino que también se impone desde los cuerpos y las mentes (Bourdieu 2011).

En este sentido,

[...] el efecto de dominación del orden establecido no incumbe solamente a los mecanismos que tradicionalmente se consideran pertenecientes a la dimensión de la ideología como el derecho puesto que, los mecanismos mediante los cuales contribuyen a la reproducción del orden social y a la permanencia de las relaciones de dominación permanecen ocultos. (Bourdieu 2011, 58)

Además, para poder ejercerse en la sociedad, una relación de dominación necesita un principio organizador específico. Por ello, Weber explica que la dominación se ejerce en el momento en el que un aparato administrativo es reconocido por el agente como eficaz, es decir, los agentes cumplen la norma del orden social establecido porque creen en la funcionalidad de ese orden.

Entonces,

[...] la respuesta al cómo se ejerce la dominación es que necesariamente debe existir una organización administrativa con la que se ejerce el poder, es decir, toda autoridad, toda dominación sobre una multiplicidad de personas requiere por lo general disponer de un aparato administrativo para poder ejecutar sus mandatos. (Weber 2007, 24)

Bourdieu difiere con Weber, sosteniendo que los agentes cumplen y reproducen la norma del orden social establecido de forma natural, inconsciente. Es decir, la dominación se ejerce como una relación impersonal

en la cual el agente no se esfuerza para mantener el orden de dominación, puesto que, se reproduce “naturalmente” por las instituciones sociales en cuanto paradoja de la *doxa*,

con la *doxa*, ya no se trata de creer solo en la objetividad de un mundo que existe en sí mismo, sino en la naturalidad y la legitimidad de un orden social establecido: una dimensión normativa o axiológica se introduce entonces en la noción de *doxa*. La *doxa* nos hace vivir el mundo social como mundo natural y evidente. (Chevallier y Chauviré 2011, 68)

Entonces, la dominación, en tanto relación social, ¿se vuelve necesaria para el orden social? Weber plantea que el funcionamiento del orden social depende de la regularidad y estabilidad del cumplimiento de la norma establecida, “si no existiera una probabilidad de que los comportamientos se repitieran o la probabilidad de repetición no fuera muy elevada, la duración o estabilidad de una relación social se encontraría seriamente comprometida” (Weber 2007, 12). Por lo tanto, “en un orden social establecido la dominación se vuelve una función necesaria de la vida social” (Weber 2007, 15).

Bourdieu explica que, una relación de dominación establecida como natural no es una función reguladora de la vida social, pues la relación de dominación puede cambiarse porque la estructura de dominantes y dominados es una construcción social de relaciones que abren el espacio político de los posibles, es decir, de la revolución.

Entonces, con la respuesta a aquella pregunta, surge otra cuestión determinante entre ambos autores, ¿es posible salirse de la estructura de dominación establecida?

Weber establece que en la dominación con un aparato administrativo legal los dominados solamente pueden defenderse de la dominación burocrática si, y solo si, se crea una contra-organización que mantenga los mismos principios de funcionamiento de un aparato administrativo. Se pueden presentar quejas o apelaciones desde las clases inferiores (dominadas) hacia las superiores (dominantes), pero siempre regidas al orden normativo establecido. Esto significa que liberarse de la estructura de dominación no es posible, no se

puede resistir a la dominación como más adelante lo plantearía Bourdieu, sino solamente defenderse desde la misma legalidad del sistema.

[...] los dominados –plantea el sociólogo– sólo pueden defenderse normalmente de una *dominación burocrática*¹ existente mediante la creación de una contra organización propia, igualmente sometida a la burocratización, así también el aparato burocrático mismo está ligado a la continuidad de su propio funcionamiento por intereses compulsivos tanto materiales como objetivos, es decir, ideales. (Weber 1944, 233)

Sin embargo, para Bourdieu los dominados, en tanto víctimas de la dominación simbólica, pueden desarrollar estrategias de **resistencia** y comprometerse con la

transformación radical de las condiciones sociales de producción dominantes. Aquello reabre un espacio de acción política de lucha posible en el cual no se les imponga a los dominados un estilo de vida marcado por una reproducción legítima del mismo (Bourdieu 2002).

Ahora bien,

para liberarse de la dominación es necesaria toda una movilización política que se acompañe con un trabajo crítico, reflexivo, sobre las creencias y categorías de percepción espontáneamente incorporada: todas las luchas simbólicas comienzan siempre por una denuncia que yo llamo objetivista porque son formas objetivadas de dominación que se ven y se pueden tocar. (Chevallier y Chauviré 2011)

DEFINICIONES DE CONCEPTOS WEBERIANOS VS DEFINICIONES DE CONCEPTOS BOURDIEUSIANOS

Orden social

Weber entiende el orden social como una forma estructurada de regularidad social, porque este no des cansa solamente en la costumbre o el interés, sino que la regularidad o estabilidad social queda sancionada desde afuera (Weber 2007). Sin embargo, el orden social para Bourdieu, al ser simbólico-legítimo, se inscribe en las relaciones de fuerza y se arraiga en la historia de los cuerpos, lo que significa que su fuerza de legitimidad no está en las sanciones externas sino en la adhesión de los agentes sociales a las clasificaciones que los limitan (Chevallier y Chauviré 2011).

Violencia

Weber propone a la violencia como el medio específico por el cual las asociaciones políticas basan su medio administrativo, es decir, “sólo se puede definir el carácter político de una asociación por el medio –elevado en determinadas circunstancias a fin de sí– que sin serle exclusivo es ciertamente específico y para su

esencia indispensable: la coacción física” (Weber 1944, 55).

Bourdieu, en este punto, difiere con Weber, puesto que para él la violencia es simbólica en la dominación, lo que significa que es

violencia amortiguada, insensible, e invisible para sus propias víctimas que se ejerce esencialmente a través de los caminos puramente simbólicos de la comunicación y del conocimiento, o más exactamente, del desconocimiento, del reconocimiento, o en último término, del sentimiento. (Bourdieu 2000, 12)

Legitimidad

Weber explica que los individuos tienen conciencia de su aceptación y obediencia al orden porque hay una relación de interés con el mismo, de modo tal que la legitimidad es la creencia en la validez del carácter

¹ Es la forma de administración específicamente moderna en la cual los funcionarios forman el cuadro administrativo típico de las asociaciones racionales, sean estas políticas, hierocráticas, económicas o de otra clase (Weber 1944, 227).

obligatorio de un orden. Por ello, los motivos por los que los hombres pueden atribuirle legitimidad a un orden son: “en virtud de la tradición, en virtud de una creencia arraigada en el ánimo (una creencia emocional), en virtud de una creencia en que algo tiene un valor absoluto, en virtud de qué orden esté establecido legalmente” (Weber 2007, 14).

La legitimidad, sin embargo, como una acción o un uso que es dominante y reconocido como tal, no involucra en absoluto, según Pierre Bourdieu, la conciencia de los dominados a las diferentes dominaciones que soportan (Chevallier y Chauviré 2011).

Poder

En la teoría de la dominación weberiana, el concepto de poder es sociológicamente amorfo porque es

una relación de imposición de uno sobre otro, es decir, “Es la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad” (Weber 1944, 53).

En cambio, según Bourdieu el poder es simbólico y es la fuerza del poder social que “no reside tanto en las instituciones que lo objetivan como la estructura de salarios, legislaciones coloniales, organización del campo universitario, etc.” (Chevallier y Chauviré 2011, 63), sino que reside en la fuerza de adherir a los dominados al orden del mundo de manera que vean a éste como natural y aceptable.

A MODO DE CONCLUSIONES

Max Weber y Pierre Bourdieu desarrollan el concepto de *dominación* con la intención de dar cuenta de las relaciones sociales jerárquicas presentes en un orden social y el sentido del comportamiento de los actores en torno a estas relaciones. En este sentido, ambos ponen interés en el carácter subjetivo del actuar del individuo en la dominación. Sin embargo, Bourdieu se enfoca en el reconocimiento-desconocimiento que posibilitaría una resistencia social, mientras que en Weber, el sentido subjetivo significa que los dominados obedecen no solo porque hay un orden sancionador, sino que creen en torno a sus intereses racionales, afectivos, etc. en la validez del orden, que por tanto, obedecen. Los conceptos weberianos desde la Sociología Comprensiva son mucho más específicos en su definición que los conceptos de Bourdieu, puesto que este último realiza el análisis de las relaciones de dominación con un fin de acción de lucha política y, Weber, con un fin de comprensión.

Por otra parte, ambos autores coinciden en que la dominación es una relación social que implica la aceptación de la norma social; sin embargo, Bourdieu enfatiza esa aceptación de la norma como un reconocimiento tácito e inconsciente por el cual los dominantes luchan para que no se haga visible, mientras Weber ubica la aceptación de la norma como la legitimidad funcional del orden establecido, es decir, se obedece porque se cree en la eficacia del orden como ya se ha explicado anteriormente.

Es necesario aclarar que el espacio político de la lucha posible que Bourdieu trae a colación no significa que sea un espacio en el cual las relaciones de dominación (dominantes-dominados) desaparezcan, puesto que, para Bourdieu, desde el mismo momento que hay espacio social, hay lucha, y por tanto una salida teórica para cambiar las relaciones de dominación.

BIBLIOGRAFÍA

- Bourdieu, Pierre. 2011. *Las estrategias de la reproducción social*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Bourdieu, Pierre. 2002. *La distinción*. Mexico D.F.: Les Editions de Minuit.
- Bourdieu, Pierre. 2000. *La dominación masculina*. Barcelona: ANAGRAMA S.A.
- Chevallier Stephane y Chauviré Christiane. 2011. *Diccionario Bourdieu*. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión SAIC.
- Weber, Max. 2007. *Sociología del poder*. Madrid: Alianza Editorial S.A.
- Weber, Max. (1958). *Ensayos sobre metodología sociológica*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Weber, Max. 1944. *Economía y Sociedad I*. México: Fondo de Cultura Económica.

RESEÑA

Handwritten signature or stylized text in a cursive script.

DEL CARIBE A LA MITAD DEL MUNDO MIGRACIÓN CUBANA EN ECUADOR

Ahmed Correa Álvarez



*Eduardo Martínez Estrella**
Universidad de Las Américas Ecuador

* Eduardo Martínez Estrella es abogado de los Tribunales y Juzgados de la República por la Universidad de Las Américas. Posee una Especialidad en Migración, Desarrollo y Derechos Humanos por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales FLACSO - Sede Ecuador. Actualmente es Coordinador de gestión de la Escuela de Derecho de la UDLA.

La migración se ha convertido, en las últimas décadas, en un tema de innegable trascendencia. Su naturaleza, dinámicas y capacidad transformadora le han permitido influir en aspectos trascendentales dentro del Estado y de la sociedad, para provocar un crisol de discusiones en torno a ella. Estas discusiones no son ajenas a la realidad ecuatoriana: su historia nos demuestra la estrecha vinculación mantenida con la migración Sur-Norte, experimentada con mayor notoriedad a finales de la década de los noventa, donde un número importante de ecuatorianos iniciaron un proyecto migratorio hacia diferentes países del orbe. Pero es en 2008 cuando se produce un giro importante para el tratamiento del tema migratorio en el Ecuador, impulsado principalmente por el movimiento político Alianza País y el Presidente de la República, Rafael Correa Delgado, quien promovió la elaboración y aprobación mediante consulta popular de una nueva Constitución. En su articulado se reconocen, entre otros principios, el de libre movilidad y ciudadanía universal. El establecimiento de estos principios permitió, en teoría, consolidar la protección constitucional a personas y colectivos en situación de movilidad.

Estos cambios de orden normativo ubicaron al Ecuador como un territorio teóricamente propicio para la realización del proyecto migratorio y permitieron su paso de un país emisor de migrantes a uno receptor; situación que generó, además, una reconfiguración de la migración hacia el sur. Uno de los protagonistas de la nueva dinámica fue la población migrante cubana. Es bajo este escenario que Ahmed Correa Álvarez¹ nos presenta el libro *“Del Caribe a la Mitad del Mundo. Migración cubana en Ecuador”*.

El texto está conformado por cinco capítulos a través de los cuales se estudian las dinámicas de inclusión-exclusión de la inmigración cubana en Ecuador desde 2008, mediante el análisis de los niveles de la reconfiguración del espacio barrial en las ciudades de Quito y Guayaquil, en los barrios de la Florida y el Paraíso respectivamente, y la inserción al mercado laboral ecuatoriano de la población cubana en el país de destino.

Pues bien, el recorrido de este texto inicia con una clara exposición del marco conceptual necesario para comprender las dinámicas de inclusión-exclusión a

partir de las categorías analíticas de *identidad y nación*, y el papel del *otro-extranjero* en la configuración de la identidad nacional. El análisis realizado a partir de estas categorías, permite entender la relación existente entre el *otro-extranjero* y el concepto de Estado - nación. Este último se erige como una forma de organización social, pero a la vez como el espacio en el cual se construye la asimétrica relación entre los ciudadanos nacionales y el migrante, bajo una lógica estado-céntrica que no necesariamente permite una adecuada inclusión del migrante en destino y en consecuencia genera un escaso respeto a sus derechos, dado que el extranjero aparece como aquel extraño, ajeno a lo nacional.

Esta lógica favorece entonces no sólo la exclusión del “otro”, y su consecuente lucha por ser incluido en este nuevo espacio, sino que permite entender por qué se producen actos de xenofobia, discriminación y violencia que sufren los migrantes en destino, lo que permite entonces cuestionar el concepto de Estado-nación en el marco de la migración y el respeto a los derechos de los migrantes no solamente por su condición de vulnerabilidad sino fundamentalmente en su condición de personas.

Con este panorama develado, el texto nos presenta un segundo capítulo en donde se explican las dinámicas de la migración cubana en Ecuador ocurridas a partir de 2008. En primera instancia se presentan datos estadísticos que buscan desmentir determinados discursos alrededor de la migración cubana. En segunda instancia, la investigación realizada nos invita a reflexionar alrededor de la complejidad del entorno ecuatoriano como plaza de recepción de inmigración, fundamentalmente matizada por la incongruencia existente entre los postulados constitucionales y las normas de menor jerarquía, que regulan el tema migratorio, dado que estas últimas se presentan como instrumentos que hacen posible la vulneración de derechos de la población migrante, y representan un claro retroceso el reconocimiento de derechos constitucionales en materia migratoria.

Un aspecto no menos importante presente en su análisis es la especificidad del marco jurídico - político que atraviesa la migración entre Ecuador y Cuba. Mien-

¹ Licenciado en Derecho por la Universidad de la Habana, Cuba. Máster en Ciencias Sociales con mención en Sociología por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales FLACSO-Ecuador, e investigador asociado del Departamento de Sociología y Estudios de Género de la mencionada institución.

tras el primero ha establecido un discurso de fronteras abiertas, el segundo coloca claras restricciones para la libre movilidad de sus ciudadanos, pudiéndose provocar una pérdida de sus derechos que puede terminar en apatridia para quien no ha podido regresar a Cuba luego del plazo determinado por su ley, o que en su defecto no ha podido regularizar su situación migratoria en el país de destino. Esto ha incentivado la generación de redes de corrupción tanto en origen como en destino, para lograr acceder al proceso de regularización que no siempre termina de exitosamente.

Todo lo anterior provoca entonces que el Ecuador poco a poco deje de significar para los cubanos un país receptor de migrantes, para convertirse en un país de tránsito hacia los Estados Unidos de América, lugar que para muchos migrantes cubanos se presenta como un sitio favorable para la realización del proyecto migratorio gracias a la existencia de la ley de ajuste cubano y una fuerte comunidad diaspórica que ha logrado colocarse en importantes espacios sociales y políticos facilitando la llegada de sus connacionales al país del norte. Sin embargo, el análisis en destino es fundamental para la comprensión del proceso migratorio cubano en el Ecuador.

Este análisis es realizado en un tercer capítulo, donde Correa Álvarez explora la reconfiguración del espacio barrial, a partir de dos espacios geográficos claramente delimitados, el barrio La Florida, en Quito, y el barrio Paraíso, en Guayaquil.

La aproximación que realiza nos invita en primer término a reflexionar respecto de la necesidad de pensar en el barrio como un espacio geográfico, más allá de la planificación urbana; un espacio que se constituye como sitio en donde se hacen evidentes una serie de tensiones que buscan una reivindicación de la identidad. La complejidad del análisis es mostrada a través de dos ejemplos, en dos contextos culturales diferen-

tes, para evidenciar experiencias de éxito y de fracaso, en donde el trabajo juega un papel fundamental dentro del proceso de integración del migrante en el país de destino.

Y es justamente el trabajo el tema que se aborda en el cuarto capítulo de este libro. El autor explora teóricamente la importancia del mismo como proceso de integración del migrante en el país de destino. Su investigación y análisis muestran que este se desempeña en diversos espacios, bajo diferentes condiciones; sin embargo, es el comercio transnacional, expresado a través del envío de mercaderías hacia Cuba, lo que marca una diferencia importante.

El comercio y los lazos transnacionales generados tanto en origen como en destino son el factor diferenciador que permite entender esta dinámica y su importancia dentro de la migración cubana en el Ecuador. Su paso por los mercados de la Bahía en la ciudad de Guayaquil e Ipiales en Quito, permiten mostrar la forma en la cual este proceso se ha desarrollado impactando también de forma favorable en las personas.

Finalmente el quinto capítulo es el espacio propicio para que el autor muestre las conclusiones de su investigación. Conclusiones que invitan a la reflexión y son un llamado a la construcción de un espacio que nos permita comprender el proceso migratorio y aceptar la presencia del "otro" como un ser que aporta en la construcción de una sociedad más tolerante y respetuosa de la diferencia.

Es justo mencionar que el libro "*Del Caribe a la Mitad del Mundo. Migración cubana en Ecuador*" se presenta como una puerta de entrada más que adecuada para entender el proceso de migración cubana al Ecuador, su desarrollo, dinámicas e incluso observar con otra óptica determinadas situaciones que hacen del proyecto migratorio un proceso tan complejo.

POLÍTICA EDITORIAL

Cálamo, Revista de Estudios Jurídicos es la revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Las Américas. *Cálamo* es una revista especializada en Estudios Jurídicos pensada para la comunidad científica y en general interesada por los estudios del Derecho y su relación con las demás ciencias. La revista recibe durante todo el año ensayos y artículos de investigación que aporten al conocimiento y análisis del Derecho, así como estudios interdisciplinarios que muestren las conexiones de esta disciplina con el todo social, desde la Filosofía, la Sociología y la Teoría Política y Constitucional, fundamentalmente.

Política por secciones

Todas las contribuciones recibidas, una vez validadas por el Comité editorial de *Cálamo*, serán evaluadas bajo la modalidad de revisión por pares.

Dossier: Es la sección principal de revista. Los artículos que se publican bajo este rubro giran en torno a la temática principal que es el hilo conductor del número en cuestión. Es una sección que recibe trabajos de académicos internos y externos a la institución. Los artículos deberán ser originales, inéditos y no estar simultáneamente postulados para publicación en otras revistas u órganos editoriales.

Ensayos: En esta sección se publican ensayos de diversas temáticas, independientes al tema central del Dossier. Es una sección que recibe trabajos de académicos internos y externos a la institución. Los ensayos deberán ser originales, inéditos y no estar simultáneamente postulados para publicación en otras revistas u órganos editoriales.

Artículos de investigación: En esta sección se presentan artículos que reflejen los resultados de una investigación sobre un tema específico de manera clara, concisa, coherente y fidedigna. Debe dejar claro que representa un aporte personal del investigador y que no es producto de una recolección de ideas de otros autores. Es una sección que recibe únicamente trabajos investigativos de profesores de la Facultad de Derecho de la UDLA.

Entrevista: Esta sección recoge entrevistas a académicos, profesionales del Derecho o figuras públicas vinculadas al escenario jurídico y político del país. Se recibirán entrevistas realizadas por académicos internos y externos a la institución. Las mismas deberán ser originales, inéditas y no estar postuladas para publicación simultáneamente en otras revistas u órganos editoriales. Serán privilegiadas aquellas entrevistas relacionadas con el tema central del *Dossier*.

Reseña: Es una breve evaluación crítica o análisis reflexivo de un libro que haya sido publicado en los últimos dos años. En esta sección, se reciben trabajos de académicos internos y externos a la institución. Las reseñas deberán ser originales, inéditas y no estar postuladas para publicación simultáneamente en otras revistas u órganos editoriales.

Resumen comentado de Obras: Es una evaluación crítica o análisis reflexivo de un texto o del conjunto de la obra de un autor reconocido. No se requiere respetar un criterio de actualidad de dichas obras. En esta sección, se reciben trabajos de académicos internos y externos a la institución. Los resúmenes deberán ser originales, inéditos y no estar postulados para publicación simultáneamente en otras revistas u órganos editoriales.

Normas de publicación

Requisitos para las secciones de Dossier, Ensayos y Resúmenes comentados de obras

- El artículo debe estar precedido de un resumen no mayor a 800 caracteres con espacios, en español y en inglés.
- Los autores deben proporcionar de cinco (5) a ocho (8) palabras clave que reflejen el contenido del artículo y que no se repitan en el título del mismo; en español y en inglés.
- El título del artículo no podrá contener más de diez (10) palabras. El autor podrá ampliar la extensión del mismo utilizando un subtítulo. Sin embargo, si el editor sugiere cambios serán aplicados en mutuo acuerdo.
- El artículo deberá contar con conclusiones y recomendaciones.
- La extensión de los artículos para *Dossier y Ensayo*, será de 30 a 45.000 *cce* (caracteres con espacios, incluyendo notas al pie y recuadros). Los *resúmenes de obras* tendrán una extensión de 25 a 30.000 mil *cce* (caracteres con espacios, incluyendo notas al pie y recuadros).
- El artículo en su totalidad deberá ajustarse a las normas de citación CHICAGO.
- El Departamento de Publicaciones, en la etapa de edición, podrá realizar la corrección de estilo que considere necesaria.
- Los artículos que se ajusten a las normas señaladas se considerarán como “recibidos” y se procederá a notificar al autor. Los que no, serán devueltos a sus autores.

Requisitos para las secciones de Artículos de investigación

Además de cumplir con las mismas normas que los artículos del Dossier el artículo de investigación deberá:

- Contar con una introducción que incluya antecedentes, novedad, actualidad y posible impacto social, problema, objetivos, marco teórico, métodos y técnicas utilizadas.
- Describir los resultados obtenidos, la discusión y la valoración de los mismos.

Requisitos para las secciones de Reseñas

Además de cumplir con las mismas normas que los artículos del Dossier, en el caso de las Reseñas:

- No deben contar con resumen.
- Deben presentar los siguientes datos técnicos: apellidos y nombres del autor, año, título de la obra, edición, editorial, lugar, páginas de que consta. Luego puede señalarse la formación del autor, su competencia, experiencia, su fin al escribir la obra. Portada escaneada de la publicación.
- Tendrán que indicar cómo está organizado el texto (capítulos, partes, relatos, etc.), su ordenación o composición precisa, es decir, la manera en que sus diversas partes se relacionan y articulan entre sí construyendo una estructura.

- Por último deben contar con conclusiones o juicios críticos, donde se hablará sobre las aportaciones y repercusiones teóricas, sociales, políticas, educativas, futuras, etc., y se hará un balance de las observaciones personales, reducidas a líneas generales.
- Tendrán una extensión entre 3 y 5.000 mil caracteres con espacios, incluyendo notas al pie y recuadros.

Orientaciones para los autores

Los artículos deben ser originales e inéditos, lo cual implica que, al momento de la recepción del artículo por el Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho no habrán sido entregados a otra revista para su evaluación y publicación.

El autor deberá remitir junto al artículo un FORMULARIO DE AUTOR que será facilitado por la coordinación editorial de la revista, donde especifique su grado académico/ institución a la que se encuentran vinculado, el título del artículo, la fecha de envío y dirección (postal o email). Además, debe indicar si desea que se publique su correo electrónico en el artículo.



udla.