

ISSN:2588-0837

RFJ

REVISTA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

NO. 16 VOLUMEN II 2024



DERECHO INTERNACIONAL



SUMARIO

SECCIÓN I *Introducción*

Presentación	17
--------------	----

SECCIÓN II *Dossier*

Mechanisms to measure the effectiveness of international tribunals and its relationship with judgment compliance.	25
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

María-Helena Carbonell-Yáñez

Medidas cautelares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: perspectivas para su cumplimiento en el caso ecuatoriano	60
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Felipe Castro-León

Derechos Humanos y Empresas: De los Principios Rectores de Naciones Unidas a los Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	80
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Lucía Abad-Quevedo
Teodoro Verdugo-Silva

Movilidad humana ante la emergencia climática en el sistema interamericano de derechos humanos	121
------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Andrea Carolina Subía-Cabrera

SECCIÓN III *Sección Abierta*

La dominación patriarcal en el sistema de justicia
ecuatoriano

146

Lydia Andrés-Oleas

Análisis del modelo Weberiano en la burocracia
ecuatoriana

165

Estefanía Jácome-Ruales

El Derecho Penal de Autor en el Régimen de
Nayib Bukele: ¿Seguridad o Criminalización de
la Identidad?

200

Juan José Ferrín-Ruiz

Entre la Identidad y la Ley: El Retroceso en
Derechos Humanos por el Decreto supremo N°
009-2024-SA sobre Transexualidad en Perú del
2024

219

Carlos Domínguez-Guzmán

SECCIÓN I

Introducción

RFJ

Revista Facultad de Jurisprudencia

Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Número 16
Volumen II 2024
Derecho Internacional
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

ISSN: 2588-0837

DOI: 10.26807/rfj.v2i16

Pontificia Universidad Católica del Ecuador
www.puce.edu.ec

QUITO, ECUADOR
2024

© 2023 Pontificia Universidad Católica del Ecuador
Centro de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica
del Ecuador Quito, Ecuador

www.edipuce.edu.ec

DECLARACIÓN DE IGUALDAD DE GÉNERO

La RFJ busca fomentar la igualdad de género en la educación superior y la investigación en Ecuador, así como difundir esta cultura a nivel nacional, regional e internacional

Unidad Coordinadora: Área de Investigación del Consultorio Jurídico Gratuito de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

EQUIPO EDITORIAL

EQUIPO DE GESTIÓN EDITORIAL

Contacto: rfj@puce.edu.ec

Director:

David Cordero-Heredia, J.S.D.
(Ecuador)

Equipo editorial

Ab. Camila Cedeño (Ecuador)
Ab. Carlos Carrillo, (Ecuador)
Tcn. Paulina Criollo (Ecuador)

CONSEJO EDITORIAL

Miembros

Carlos Alberto Chinchilla Imbett,
Ph. D. (Colombia).

Lisa Bernstein, Ph. D. (EE. UU.)

Constanza Blanco Baron, Ph. D.
(Colombia).

Prof. Francisco Cabrillo Rodríguez
(España).

David Fabio Esborraz, Ph. D.
(Italia).

Ian Henríquez Herrera Ph. D.
(Chile).

Geoffrey Hodgson, Ph. D. (Reino
Unido).

Betzabé Xenia Marciani Burgos,
Ph. D. (Perú).

Prof. Florencia Marotta-Wurgler
(EE.UU.).

Sandra Margarita Morales
Huertas, Ph. D. (Colombia).

Sheraldine Pinto Oliveros, Ph. D.
(Venezuela).

Gian Franco Rosso Elorriaga, Ph.
D. (Chile).

Lilian C. San Martín Neira, Ph.
D. (Chile).

Catalina Salgado Ramírez, Ph. D.
(Colombia).

Luis Carlos Sánchez Hernández,
Ph. D. (Colombia).

Dr. Manuel Santos Redondo,
Doctor (España).

Anabel Riaño Saad, Ph. D.
(Colombia).

Carlos Soriano Cienfuegos, Ph. D.
(México).

COMITÉ DE ASESORES

Juana Inés Acosta López, LLM
(Colombia).

Jorge Agudo González, Ph. D.
(España).

Elsa Marina Álvarez González,
Ph. D. (España).

Rosa María Alfonso Galán, Ph. D.
(España).

Dra. Eva María Blazquez Agudo
(España).

Patricia Benavidez Velasco, Ph. D.
(España).

María Graciela Brantt Zumaran, Ph. D. (Chile).	Pilar Gómez Pavón, Ph. D. (España).
Lorenzo Bujosa Vadell, Ph. D. (España).	María Ángeles González Bustos, Ph. D. (España).
José Luis Caballero Ochoa, Ph. D. (México).	José Luis García González (España).
Raúl Carnevali Rodríguez, Ph. D. (Chile).	María Cecilia Güemes Ghirardi, Ph. D. (España).
Dra. Marcela Castro Ruiz (Colombia).	Prof. Jeffrey L. Harrison, Ph. D. (EE.UU.)
José Antonio Chamorro y Zarza, Ph. D. (España).	Jesús Jordano Fraga, Ph. D. (España). Juan Pablo Albán, LLM (Ecuador).
Dr. José Luis Colino Mediavilla (España).	Patricia Alvear Peña, Ph. D. (Ecuador).
Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, Ph. D. (España).	Dra. Rosana Granja Martínez, LLM (Ecuador).
Miguel De Haro Izquierdo, Ph. D. (España).	Natalia Mora Navarro, Ph. D. (Ecuador).
Dra. Mariana De Vita.	Zaira Novoa Rodríguez, LLM (Ecuador).
Elena del Mar García Rico, Ph. D. (España).	Pier Paolo Pigozzi Sandoval, LLM (Ecuador).
Larry Dimatteo, Ph. D. (EE. UU.)	Danny Xavier Sánchez Oviedo, LLM (Ecuador).
Boris Fiegelist Venturelli, Ph. D. (Chile).	Alex Valle Franco, Ph. D. (Ecuador).
Antonio Fortes Martín, Ph. D. (España).	Isabel Cristina Jaramillo Sierra, Ph. D. (Colombia).
Yolanda García Calvente, Ph. D. (España).	Rhett B. Larson, JD (EE. UU.)
Isabel Gil Rodríguez, Ph. D. (España).	

Patricio Lazo González, Ph. D.
(Chile).

Professor Brian Leiter, Ph. D. (EE.
UU.)

Carlos Lema Devesa, Ph. D. (España).

Iván Llamazares Valduvico, Ph. D.
(España).

Rodrigo Andrés Momberg Uribe, Ph.
D. (Chile).

Claudia Carolina Mejías Alonzo, Ph.
D. (Chile).

Daniel Monroy Celi, Ph. D.
(Colombia).

Rómulo Morales Hervías, Ph. D.
(Perú).

Alfredo Muñoz García, Ph. D.
(España).

Guillermo Ramiro Oliver Calderón,
Ph. D. (Chile).

Jorge Ernesto Oviedo Albán, Ph. D.
(Colombia).

Alberto Patiño Reyes, Ph. D.
(México).

Camilo Posada Torres, LLM
(Colombia).

Marisa Ramos Rollón, Ph. D.
(España).

José María Ribas Alba, Ph. D.
(España).

Fernando Rodríguez López, Ph. D.
(España).

Dr. Albert Ruda-González (España).

Carlos Rene Salinas Araneda, Ph. D.
(Chile).

María Amparo Salvador Armendáriz,
Ph. D. (España).

José Ignacio Sánchez Macías, Ph. D.
(España).

Enzo Carlo Solari Allende, Ph. D.
(Chile).

Patricia Toledo Zúñiga, Ph. D.
(Chile).

Angela Natalia Toso Milos, Ph. D.
(Chile).

Raquel Yrigoyen Fajardo, Ph. D.
(Perú).

Yanira Zúñiga Añazco, Ph. D. (Chile).

Jaime Vintimilla Saldaña, Ph. D.
(Ecuador).

Diseño y Diagramación

Corrección de Estilo

PRESENTACIÓN

La *Revista Facultad de Jurisprudencia* de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (RFJ) es una publicación científica que se emite de manera bianual, respaldada por el Centro de Publicaciones y bajo el auspicio de la Dirección de Investigación de la Universidad. Su enfoque principal es el análisis del fenómeno jurídico desde diversas disciplinas, con un compromiso con la excelencia académica.

Cada número de la RFJ se estructura con una sección monográfica llamada “Dossier”, que aborda temáticas específicas de relevancia jurídica, y una sección abierta que acoge contribuciones variadas en el ámbito jurídico. Este formato permite abordar tanto cuestiones especializadas como aquellas de interés general en el ámbito legal.

La RFJ invita a autores y autoras a la presentación de propuestas originales, que pueden incluir artículos científicos, reseñas de libros y traducciones inéditas. Este formato inclusivo refleja la diversidad de enfoques y perspectivas que la revista busca incorporar para enriquecer el diálogo académico en el ámbito jurídico y de las ciencias sociales.

La propuesta editorial de la RFJ se alinea con la misión de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE). Busca no solo fomentar el avance y la comprensión del Estado de Derecho, sino también contribuir de manera rigurosa y crítica a la tutela de la dignidad humana y la preservación de la herencia cultural. A través de la publicación de artículos científicos de calidad, la RFJ se compromete a ser un agente activo en la promoción y fortalecimiento de estos valores no solo a nivel local, sino también a nivel nacional e internacional. En este sentido, la revista se erige como un instrumento clave para la difusión del conocimiento jurídico y la promoción de la reflexión crítica en temas fundamentales para la sociedad y el desarrollo humano.

NORMAS EDITORIALES DE LA REVISTA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA (RFJ) DE LA PONTIFICA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

PROCESO DE REVISIÓN Y SELECCIÓN

La RFJ lleva a cabo un riguroso proceso de revisión y selección de los artículos recibidos, cuya duración varía entre seis y veinticuatro meses. El equipo de Gestión Editorial realiza una evaluación inicial, considerando la calidad científica, la pertinencia con las temáticas de la revista y la actualidad de los resultados. El Comité Editorial, compuesto por el Consejo Editorial y el Equipo de Gestión, brinda soporte a los procesos de la revista.

El Consejo Editorial está formado por juristas nacionales e internacionales externos a la PUCE, actuando como evaluadores anónimos bajo el sistema de doble ciego. Tras la revisión inicial, el Equipo de Gestión puede sugerir modificaciones. Posteriormente, el manuscrito se somete a una evaluación doble ciego por dos pares académicos externos, quienes emiten conceptos como “Aprobado sin cambios”, “Aprobado sujeto a cambios menores”, “Aprobado sujeto a cambios mayores” o “Rechazado”.

En caso de controversias, el Editor en jefe y/o el Editor resuelven inicialmente, pudiendo solicitar una segunda o tercera evaluación. Se garantiza la anonimidad de autores y revisores en todo el proceso. El resultado se comunica al autor vía correo electrónico, permitiéndole realizar ajustes. Tras la confirmación de correcciones, se verifica su implementación. Aprobada esta fase, el artículo puede ser devuelto al autor para ajustes adicionales. De ser aprobado, las versiones finales son enviadas a diagramación. Una vez diagramado, los textos son sometidos por última vez por el Equipo de Gestión, antes de difundir el texto por medios digitales.

MANUSCRITO

El texto debe estar digitado a espacio y medio, en letra Garamond de tamaño 12, con pies de página en letra Garamond y tamaño 10. El documento debe tener una extensión entre 4000 y 15000 palabras y estar precedido de un breve resumen del trabajo en castellano e inglés que no supere las 250 palabras. En ambos resúmenes se deben indicar el objetivo, la metodología, los resultados y las conclusiones. Además, se deben incluir cinco o seis palabras clave para identificar las principales temáticas abordadas en castellano e inglés.

Los gráficos, mapas y fotografías deben ser enviados en una resolución mínima de 266 dpi en formato jpg o gif. Junto a los cuadros deben ir los anexos al documento, indicando el lugar donde se pondrán dentro del texto. Todos estos recursos se deben enumerar consecutivamente en numeración arábica e indicar con claridad la(s) fuente(s) correspondiente(s). En las tablas, se deben usar únicamente líneas horizontales de acuerdo con las normas APA séptima edición.

a. Para artículos originales (Dossier y sección abierta):

Artículos relacionados con las grandes áreas temáticas (dentro de la ciencia jurídica) que de manera general aborda la revista RFJ. Es decir, se aceptarán documentos originales que versen sobre investigaciones de diversos tipos donde el derecho posea una trascendencia significativa. Los artículos remitidos para esta sección no serán menor de 4000 palabras o doce páginas (en el recuento deberán incluir todas las palabras que figuren en el texto propuesto por los autores: sus nombres, títulos, resumen, otras). Deberán ser relevantes, originales y no estar sometidos a procesos de evaluación por ninguna otra publicación. En aras de asegurar la alta calidad de los contenidos publicados, serán remitidos por la RFJ para su evaluación de forma anónima (doble ciego). Deben contener una introducción, sección de desarrollo (con subtítulos) y conclusiones.

b. Para traducciones originales: traducciones relacionadas con las principales áreas temáticas que abarca la RFJ. En esta sección, se aceptarán documentos que aborden investigaciones relevantes que hayan sido originalmente escritas en otro lenguaje. Las traducciones enviadas para esta sección no deberán tener menos de 4000 palabras o doce páginas (en el recuento se deben incluir todas las palabras presentes en el texto propuesto por los autores, incluyendo sus nombres, títulos, resumen, entre otros). Deben ser relevantes, originales y no estar sujetas a procesos de revisión por ninguna otra publicación. Con el fin de garantizar la alta calidad de los contenidos publicados, la RFJ enviará los documentos para su evaluación de manera anónima (revisión por pares ciegos). Las traducciones deben contar con la autorización de el o la autora original y de su casa editorial de ser pertinente. El equipo de la RFJ podrá asistir al autor o autora en el proceso de conseguir la autorización para publicar la traducción.

c. Para reseñas de libros: Las reseñas deben proporcionar un análisis crítico y reflexivo sobre el contenido del libro, destacando su relevancia y contribución al campo jurídico. Estas contribuciones no deben ser inferiores a 3000 palabras. Al igual que con los artículos originales, las reseñas deben ser inéditas, relevantes y no estar bajo evaluación por ninguna otra publicación. Para garantizar la calidad de las contribuciones, la RFJ someterá las reseñas a un proceso de evaluación anónima (doble ciego). Las reseñas contendrán conclusiones donde se hablará del aporte de la obra jurídica reseñada, además de incluir observaciones personales.

Para enviar manuscritos a la RFJ para su publicación, es necesario que los mismos estén en formato Word e incluyan título, autor o autores y dirección de contacto, que debe incluir correo electrónico y dirección postal. También es importante indicar cuál autor será el corresponsal y se encargará de recibir y enviar la correspondencia.

Además, deben constar los datos centrales de los autores, que incluya la escolaridad máxima, la afiliación institucional, ciudad, estado o departamento, país y correo electrónico institucional. También se recomienda remitir el enlace de acceso al perfil ORCID, Scopus ID o ISI web ID.

CITACIÓN


Es importante que las referencias bibliográficas se hagan siguiendo las normas APA séptima edición (adaptación de la RFJ) y que todas las referencias tengan sangría francesa. Las citas bibliográficas de menos de 40 palabras se colocan dentro del texto, entre paréntesis, de la siguiente forma: (autor, año, página). Por ejemplo: (Muñoz, 1996, p. 30). Las citas que tengan más de 40 palabras se escriben aparte del texto, con sangría, sin comillas y sin cursiva. Al final de la cita debe colocarse el punto antes de los datos.

Las notas al pie de página deben ser numeradas en orden consecutivo y se utilizan de manera extraordinaria y solo para aclaraciones, comentarios, discusiones, envíos por parte del autor y deben ir en su correspondiente página, con el fin de facilitar al lector el seguimiento de la lectura del texto.

SECCIÓN II

Dossier

MECHANISMS TO MEASURE THE EFFECTIVENESS OF INTERNATIONAL TRIBUNALS AND ITS RELATIONSHIP WITH JUDGEMENT COMPLIANCE

 *María Helena Carbonell-Yáñez*

Instituto de Altos Estudios Nacionales

RESUMEN

In the last 80 years, international tribunals have proliferated to address various disputes, ranging from territorial to commercial matters. This development has sparked a debate between two opposing tendencies: one advocating for the strengthening of international tribunals and the other seeking to undermine their influence. Both views are based on the understanding that these tribunals are unlikely to disappear and can play significant roles in international affairs, especially in the context of human rights.

This paper presents a critical analysis of the effectiveness of international human rights tribunals, focusing particularly on the compliance with their judgments.

It argues that effectiveness is the essential criterion for evaluating the performance of these institutions, as their true impact can only be measured through the extent to which their decisions are implemented by State parties. The analysis emphasizes the need for a compliance-based approach to assess the performance of tribunals, using the Inter-American Human Rights Court as a central case study. This approach sheds light on the tension between idealism and reality in ensuring compliance with international human rights rulings.

ABSTRACT

En los últimos 80 años, los tribunales internacionales se han proliferado para abordar diversas disputas, que van desde asuntos territoriales hasta comerciales. Este desarrollo ha generado un debate entre dos tendencias opuestas: una que aboga por el fortalecimiento de los tribunales internacionales y otra que busca socavar su influencia. Ambas perspectivas se basan en la premisa de que estos tribunales son poco probables de desaparecer y pueden jugar un papel significativo en los asuntos internacionales. Este artículo presenta un análisis crítico de la efectividad de los tribunales internacionales de derechos humanos, centrándose particularmente en el cumplimiento de sus sentencias. Se argumenta que la efectividad es el criterio esencial para evaluar el desempeño de estas instituciones, ya que su verdadero impacto solo puede medirse a través del grado en que sus decisiones son implementadas por los Estados parte. Destaca la necesidad de un enfoque basado en el cumplimiento para evaluar el desempeño de los tribunales, utilizando la Corte IDH como caso central. Este enfoque pone de relieve la tensión entre el idealismo y la realidad en cuanto a garantizar el cumplimiento de las sentencias en materia de derechos humanos.

PALABRAS CLAVE: tribunales internacionales; acercamiento de cumplimiento de los objetivos; eficacia; Corte Interamericana de Derechos Humanos

KEYWORDS: International tribunals; compliance-based approach; effectiveness; Inter-American Court of Human Rights

JEL CODE: K33; K10

RECIBIDO: 13/11/2024

ACEPTADO: 03/12/2024

DOI: 10.26807/rfj.v2i16.517

INTRODUCTION

The international system created to solve international controversies is a mechanism to maintain peace and friendly relations between States. During the second half of the XX century, after the traumatic events of Second World War, the international community faced a new phenomenon: the proliferation of international tribunals in different regional, subregional and universal scenarios. This occurrence was due to several factors such as the expansion of the material regulation scope of Public International Law; to the increased number of economical regional integration agreements; amongst others. (Alter, 2008, pp. 33–34; Guzmán, 2008, p. 173; Jodoin, 2010, p. 1; Linton & Kebede Tiba, 2009, pp. 407–408; Romano, 1999, pp. 728–736)

Authors such as Shany assert that there has been a change in the balance of international power that grants more weight to the judicial Branch in comparison to “legislative” and “executive” branches of the international community. (Shany, 2016, p. 1) Linton and Kebede Tiba maintain that we can identify a system (of jurisdictional nature) for the peaceful settlement of international disputes that has reached a high degree of maturity. (Linton & Kebede Tiba, 2009, p. 411) This system is in the hands of international tribunals and, according to Sorensen, trusting their resolutions to determine the applicable law has become important and common in the international relations system. (Sorensen, 2011, p. 178)

The consolidation of international tribunals can be analyzed from two different perspectives. The first one has a formal and juridical approach. Posner and Yoo argue that the tribunals are growing more and more powerful keeping in mind that accepting their jurisdiction is becoming more and more mandatory. This argument doesn't seem to hold regarding international human rights tribunals except for the European Court of Human Rights (“ECtHR”).¹ For the African Court on Human and Peoples' Rights (“ACtHPR”) and the Inter-American Court of Human Rights (“ICtHR”) its jurisdiction is based on the State's volition.

¹ The ECtHR, after the entry into force of Additional Protocol No. 11, became the only international tribunal with a mandatory jurisdiction to all member States of the Council of Europe.

The second approach justifies this consolidation of international tribunals on the expansion of the material regulation scope of Public International Law. This phenomenon brings a fragmentation which is reflected on the rise of different tribunals, each with its own specific set of rules and tasks. This shows a lack of an understanding to create a single centralized justice administration system. (Posner & Yoo, 2005, p. 11)

Tomuschat explains that “(i)nternational courts and tribunals (“ICT”) are permanent judicial bodies made up of independent judges who are entrusted with adjudicating international disputes on the basis of international law according to a pre-determined set of rules of procedure and rendering decisions which are binding on the parties (Judicial Settlement of International Disputes).” (Alter, 2008, p. 34; Sorensen, 2011; Tomuschat, 2008, p. 179; Voeten, 2012, p. 422)

Romano adds two additional criteria: that the ICT was not created to address a particular issue (no more ad hoc tribunals), and that it solves disputes where at least one of the parties is a State. (Romano, 1999, p. 715) Guzmán, on the other hand, tries to relate international tribunals to national ones; (Guzmán, 2008, p. 185) However this obviates some substantial differences between national and international courts.

As has been said before, these international courts and tribunals (“ICT”) solve international disputes applying a wide range of Public International Law rules regarding topics as taxes, boundaries, human rights, amongst others. They not only interpret the existing rules but also developing their scope through their judgements. Having this in mind, the second criteria added by Romano seems to fade in a context where atypical subjects on International Law acquire rights and obligations, and, in many cases, have locus standi in front of international bodies (capacity to appear before the court).

In this scenario where ICT far from disappearing tend to become stronger, it is necessary to analyze their work to determine their effectiveness and the benefits of maintaining organs that, in many cases, imply high costs for the international community. Usually, research on ICT are centered on their creation and design (from a historical and procedural perspective) or on their working and relationship with other bodies from a judicial independence perspective (other ICT that solve controversies on the same area or

with the same parties) (Jodoin, 2010, pp. 1–2).

This paper is focused on the effectiveness of ICT and the relation with compliance with its judgements. I maintain that effectiveness is essential to measure its performance regarding States and those who use it. This has already been addressed by International Relations scientists. But legal doctrine has some methodological limitations because there is no clear definition of effectiveness, in many cases, confusing it with related but different concepts (Pellet, 2009; Shany, 2016).

WHAT IS EFFECTIVENESS?

Nowadays, there are two major approaches from different theoretical frameworks that, we consider, don't allow a global analysis on the effectiveness of international tribunals. On one side, there are those authors who analyze them through the relation between ICT and some of the authorized actors, such as States, persons, and companies. On the other hand, other authors identify the effectiveness of ICT as the compliance with their judgements. On the first group we can find Posner and Yoo who emphasize the use that the States make of those tribunals and their structure emphasizing judicial independence (they even propose a series of mechanisms to measure that independence), as central to assess the effectiveness of ICT. They argue that States create these entities because it is in their interest to have somebody to deliver a somewhat neutral analysis on the facts and the applicable law. Even if the international tribunal renders a “negative” decision, the benefits of having independent mechanisms to solve international controversies will still be greater than the losses for the “losing” State. The authors conclude that non-independent tribunals, those controlled by the States, would be effective because they will be used more because they will render more favorable judgements and will not risk international cooperation. (Posner & Yoo, 2005, pp. 15–18, 21, 26–27)

On the other hand, Helfer and Slaughter criticize this argument mentioning some methodological problems in the definition of both the independent and dependent variables of their study. They conclude that independent tribunals (outside the control of

the State of on which they exert limited control) will be effective, admitting that this is an “elusive” concept that cannot be measured simply through judicial independence as argued by Posner and Yoo. (Helfer & Slaughter, 2005)

Regarding the effectiveness of international human rights tribunals, it is necessary to make two initial remarks. The first one is related to the limited juridical personality (recognition as a person before the law) of the human being in an international level and the restricted access to these tribunals. Only in the European Human Rights System, persons can appear directly before the ECtHR. In the African System, a person can do it only if the State has accepted that possibility according to article 34(6) of the Additional Protocol 1 to the African Charter. In the Interamerican System, a person cannot present a case before the IACtHR. Having in mind these limitations, regarding the effectiveness of international human rights tribunals as identical to the use the victims make of them presents a very narrow definition of effectiveness.

The second initial remark is related to the first one and addresses one of the consequences of using the narrow definition mentioned above. By employing “use” as a synonym of “effectiveness”, multiple elements are left behind. Amongst them is the fact that not all the different forums for human rights protection will issue a decision similar in nature (i.e. mandatory or not); the lack of knowledge of all the available forums by victims; and the requisite of exhaustion on local remedies. Guzmán seems to share this opinion when affirming that usage rates are not an indicator to measure the tribunal’s effectiveness nor the impact it may have on the conduct of the State. (Guzmán, 2008, p. 187)

Helfer, Slaughter and Pellet (Pellet, 2009) seem to navigate between the first group of authors and one that regard the compliance with treaties or judgements issued by a tribunal as identical to its effectiveness. So, when defining effectiveness, they refer to the tribunal’s capacity to force, directly or indirectly (through external pressure), to the “losing” State to comply with its decision through the modification of its conduct. (Helfer & Slaughter, 2005, pp. 917–919) It seems that they favor an equivalence (or a very close relation at least) between compliance and the effectiveness of an international tribunal.

Other authors such as Jacobson, Brown Weiss, Rodríguez Rescia, Baillet and

Hillebrecht base their arguments on a definition of effectiveness that implies a very close relation to compliance with its decisions. (Baillet, 2013; Hillebrecht, 2009; Jacobson & Brown Weiss, 2000; Rodríguez Rescia, 1997) For Hillebrecht, compliance is essential for legitimacy, the moral authority and effectiveness of international tribunals. She asserts that a tribunal whose decisions are not complied with can't be considered as legitimate and, in the long run, won't be effective. On the other hand, Jacobson and Brown Weiss, in a study of compliance with environmental international agreements, almost use effectiveness and compliance as synonyms, without suggesting an independent definition of the first one but defining it in relation to compliance of the obligations stated on the primary norma (whether from a treaty of international customary law). However, as we will later see, the effectiveness of the international tribunal can't solely be understood as compliance with its judgements. This idea seems to be shared by Jacoby and Hawkins (Hawkins & Jacoby, 2010, pp. 39–41), Guzmán (Guzmán, 2008, p. 187) (parcialy), Alter (Alter, 2008, p. 52), and Shany (Shany, 2004, 2016).

On the other hand, González-Salsberg seems to partially agree with this position but considers and additional element: the relation between compliance with the tribunal's decisions and the objectives of the system on which said tribunal is based upon. Even if he mentions this element he doesn't determine the causal connection between the two. For him, the effectiveness can be understood as the degree on which these institutions play a crucial role on the conduct of international actors (such as States), but he asserts that it should be measured based on the compliance of the ITC decisions. (González-Salzberg, 2010, p. 121) As we will soon see, the effectiveness of and international tribunal can't be reduced to compliance with its judgements.

In other branches of social sciences (other than Law) there are theoretical frameworks to measure the effectiveness of an organization (national or international). Nonetheless, there is no consensus. It is necessary to mention there is very little on ITC and that academic research that analyze this topic tend to miss providing a clear theoretical framework and the measuring parameters. In the following paragraphs, we will review the main theories regarding measuring effectiveness of an organization; the goal-based approach, the open system approach, and the resources based approach

(Ashraf & Abd Kadir, 2012; Balduck & Buelens, 2008). (Shany, 2016, p. 16) Additionally, we can also identify the model-based approach, and the model based on the constituencies. In each section we will apply the main elements of the theoretical approach to international human rights tribunals to identify their strengths and weaknesses.

On the one hand, the open system approach considers an organization to be effective when it acts in a balanced and sustainable way with its environment (controlling it, to a certain extent). (Etzioni, 1960, pp. 261, 273; Shany, 2016, p. 14)

In this model, Martz says, for an organization to be effective it must acquire and transform inputs or contributions into products or services that stakeholders consider valuable. (Martz, 2008, p. 37) In applying this model to international courts, the inputs correspond to the cases submitted to them, and the final products will be the sentences issued by said court.

It is argued that this model has two shortcomings in the case of human rights courts. The first is that an effective court will be one that issues judgments responding to the interests of the parties involved, without taking into account their subsequent compliance. The right to access to justice does not end with the mere issuance of a judgment, but the judicial process will culminate with its execution. (Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 2009; Caso Hornsby Vs. Grecia. Fondo, 1997) If only the issuance of the sentence were taken into account, the findings would not reflect the reality of the administration of justice but would qualify a court as effective only based on the number of sentences issued. Another shortcoming of the model is that it does not take into account the primary beneficiaries of the organization because, according to Martz, they are not fundamental elements for assessing its effectiveness. (Martz, 2008, p. 41) This does not fit into the study of international human rights tribunals, since it is necessary to keep in mind that the primary beneficiaries are the rights holders. Without taking them into account in the evaluation process, it is not possible to evaluate their effectiveness. Similarly, it will be useful for the State to have a system that reviews when it has fulfilled its obligations in relation to the victims. In view of the above, this approach

could be viable for the evaluation of the effectiveness of interstate international tribunals, but not for international human rights courts.

On the other hand, the approach focused on a system of resources, the most widely accepted today (Balduck & Buelens, 2008, p. 5), considers the ability to obtain scarce and valuable resources and the survival of the organization as parameters to measure its effectiveness (Ashraf & Abd Kadir, 2012, p. 81). Regarding this approach, it should be noted that, in the case of international courts (whatever their *ratione materiae* competence), their survival is not equivalent to effectiveness (Shany, 2016, p. 16). The starting point, says Etzioni, is not the objective of the court itself but the process of achieving a certain objective through an appropriate use of the available resources. However, the author argues, many resources are allocated to activities or functions that do not necessarily seek to achieve the organization's objectives. (Etzioni, 1960, p. 262) It may be the case that a court is eliminated because it has fulfilled the task entrusted to it in its founding instrument, not because it is or has been ineffective. This is the case of the international criminal tribunals of Rwanda and the former Yugoslavia. (United Nations Security Council, 2010, 2016) Additionally, this approach does not consider external actors as a fundamental element for its effectiveness since, in this scenario, the organization (the court) exists as an autonomous entity, independent of external actors. (Ephraim Yuchtman & Seashore, 1967, p. 897)

As in the previous model, it is argued that there are two shortcomings in its application to the functioning of human rights courts. In the case of human rights violations, considering the victims at the merits stage, as well as in determining reparation measures, is essential. This approach does not consider the victims and their demands when assessing the effectiveness of the court, since they are configured as actors external to the organization. Additionally, it evaluates the court's capacity to negotiate and to acquire scarce and valuable resources (Ephraim Yuchtman & Seashore, 1967, p. 898).

These resources correspond to cases that are submitted to the international human rights courts. The principle of subsidiarity, a fundamental pillar of the international system for the protection of human rights, does not effectively allow for measuring its capacity to negotiate and “acquire” new cases. In the case of the IACtHR, the power to

refer cases is the exclusive power of the IACtHR (not counting the system of interstate petitions) and there is no negotiation process in which the former obtains cases from the latter. Likewise, the element of competence has no meaning in the study of human rights courts: each one in its region has no one to compete with in the process of “acquiring cases” since it is the only entity of this nature.

Thirdly, the process-oriented model emphasizes, as its name suggests, the internal processes and operation of the organization. For Shany, Ashraf, and Abd Kadir, effectiveness, in this scenario, is understood as a continuous process and not as a final state. (Ashraf & Abd Kadir, 2012, p. 81; Shany, 2016) This position, despite being based on the organization's objectives, does not focus on their finite fulfillment, but on the optimization of a process aimed at that fulfillment. The process-oriented model is based on three interrelated components: a) the notion of optimization of objectives (not their fulfillment); b) an open system perspective recognizing that the context limits or prevents the full fulfillment of certain objectives; and c) the emphasis on human behavior in the context of the organization. (Martz, 2008, pp. 42–45) One shortcoming of this approach is that it does not consider external forces that cannot be controlled by the organization. In this sense, in the case of international courts, political forces, outside their control, are essential to assess their functioning. Without taking this into account, the findings from the application of this model will not be complete.

On the other hand, the stakeholders (constituencies) model is based on the interest that people or groups have in the performance of the organization. (Ashraf & Abd Kadir, 2012, p. 81) An organization will be effective when it can satisfy the preferences of its “stakeholders”, doing what these people or groups want it to do. We consider some shortcomings of this approach: one regarding the means used to satisfy these needs; and the second one, the preference that will be given to certain needs over others.

There is no agreement on this matter, but Martz ventures to present a classification of constituencies to assess which interests should prevail. Thus, the author divides them into two groups, each of them composed of people/groups with specific interests that must be considered. First, those “members” of the organization who act legally on its behalf; and second, those external actors that are affected by the performance of said

organization. (Martz, 2008, pp. 45–49) An element that differentiates this approach from those presented above is the importance of the context in which the organization is anchored, given that the previous approaches leave aside the influence of the context on the functioning of the object of study.

Taking up Zammuto's point, Martz mentions four models within this approach. The first of them is the realist one, which recognizes that it is wrong to give preference to the interests of a particular group because it is considered the only correct one. The second is the power perspective: the organization should appease those interested parties that could threaten the survival of the organization. The third is the one founded on social justice, according to which effectiveness would be based on the extent to which the least favored interested parties, in our case, the victims of human rights, will be affected as little as possible by the actions of the court. Finally, the evolutionary perspective proposes that the effectiveness of the organization should be valued as a continuous and not a finite process.

Despite these considerations, this approach will value the survival of the organization as the last criterion, placing emphasis on the second of the elements mentioned. (Martz, 2008, p. 45) This approach does not allow for an adequate assessment of international human rights courts since it would place emphasis on the interests of States (those fundamental actors in the existence of the court) over those of the victims.

Once the different theoretical approaches related to the effectiveness of organizations and their viability for the case of international human rights courts have been reviewed, the goal-based approach is proposed as the one that is viable for the study of ITC.

GOAL-BASED APPROACH TO MEASURE EFFECTIVENESS OF INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS

Another model for assessing the effectiveness of an organization, whatever its nature (Etzioni, 1960, p. 258), is the goal-based approach. According to this proposal, an organization that meets its objectives is considered effective, these being part of its design

and structure (Perrow, 1961; Shany, 2016, p. 14). This model is based on two assumptions: the first is that these objectives are “specific, measurable and operational”; and the second is that the main actors in each organization are committed to fulfilling them. (Ashraf & Abd Kadir, 2012, p. 81; Balduck & Buelens, 2008, p. 4; Martz, 2008, pp. 32–33) In this case, good faith is presumed in the conduct of the main actors in the organization when it is considered a “rational and deliberative” entity (Martz, 2008, pp. 32–33)

It is precisely these two premises that are the focus of the main critics of this model. On one hand, it is argued that the lack of specificity in the design of the objectives directly affects the criteria for measuring their fulfillment. However, this lack of specificity is less real than it seems since it is possible to identify the objectives in various instruments or in the same practice of the institution. On the other hand, there is an alleged lack of impartiality in the design of the objectives since these reveal the interests of the main actors (Etzioni, 1960, pp. 258, 274; Martz, 2008, p. 35). In this sense, for Etzioni, the problem lies in the fact that the so-called “institutional objectives” are nothing more than the values that observers project onto the unit of analysis. The author goes on to state that this alleged lack of impartiality is not insurmountable, and mentions that to identify the objectives, it is necessary to have proof that those are in fact the objectives of the organization. (Etzioni, 1960, p. 274) This is achieved through, among others, the specific methodology that seeks to avoid the preferences of those who study the organization.

According to Shany, to measure the fulfillment of the objectives of an international court and, therefore, measure its effectiveness, a study in three stages is necessary. The first of these is the identification of the objectives of the court studied; the second is the definition of measurement indicators, whether qualitative or quantitative; and the third is the establishment of a causal link between the conduct of the State and the functioning of a particular court.

HOW TO IDENTIFY THE OBJECTIVES OF AN INTERNATIONAL TRIBUNAL?

In this section and the next, the types of objectives that exist and the classification that will be used in the rest of the chapter are defined. In a second stage, the objectives of international jurisdictional bodies are proposed, with an emphasis on human rights courts.

A traditional proposal, taken up by Perrow, establishes that there are official objectives and operational objectives. The former are formally established in the constitutive instruments of the organization being analyzed and, therefore, are abstract and open-ended. In contrast, operational objectives are those that reflect the specific policies that the organization effectively prioritizes what the organization is trying to achieve. Understood as such, they become means to achieve official objectives and are defined by certain groups within the organization, responding to specific imperatives and contexts, unlike the former. Perrow points out that these become the unofficial uses that these groups give to the organization to achieve their own objectives (which do not always coincide with the official objectives of the organization). The author focuses on these two types of objectives; however, he admits the possibility that the organization carries out certain actions with a view to achieving the fulfillment of certain external objectives, specific to the system in which it is anchored. In this sense, Perrow states, it fulfills an “adaptive, gratifying, integrative and pattern-maintaining” function that is essential to achieve the official objectives. (Perrow, 1961, pp. 855–857)

In contrast to this traditional classification, Shany proposes a different one focused on three criteria from the perspective of the mandate providers (States). This is based on the fact that, in most international courts², it is the States that create them (they formulate mandates, finance the court and establish its objectives) and control their operation (they supervise, issue criteria on their performance and can even dissolve them), which makes it impossible to ignore them when assessing the effectiveness of such courts. As for the classification criteria, the author proposes that, depending on the source, the objectives can be external and internal. (Shany, 2016, pp. 18–19) The former are obligatory as they come from the principals and are included in the constitutive instruments of the organization. This means that any change sought must necessarily go through a review of

² A clarification should be made regarding the ad hoc international criminal tribunals. Although they were created by resolutions of the UN Security Council, the States (through the SC) remain the ones who control their operation.

the instrument, a procedure that is highly cumbersome and slow. On the other hand, the internal objectives are not obligatory and, because they are not included in the constitutive instrument of the organization, they can change quickly in response to specific needs.

According to the hierarchy relative to the level of abstraction as a classification criterion, the objectives may represent the ultimate goal of the organization or, on the other hand, be intermediate or strategic to achieve the final objective of the organization. The ultimate goals will be achieved in the long term while the others will be fulfilled in the short term. Finally, according to their form of articulation, the objectives may be explicit, implicit and derived from the practice of the organization. The explicit objectives are included in the constitutive instruments of the organizations while the other two can be identified in their practice or in instruments derived from the former. By being included in the constitutive instruments, these enjoy greater legitimacy since they come from the same States.

Both the classification presented by Shany and that of Perrow show some problems that do not have so much to do with the identification of the objectives themselves but with the interpretation made of them. In this sense, some of them may be stated using terms so broad that it is possible to reach different interpretations (even contradictory). This affects, on the one hand, the determination of indicators for their measurement, since it is not clear what is sought to be achieved. On the other hand, the adoption of strategic or operational objectives, which allow the achievement of the ultimate objectives, is harmed by the lack of a single and unequivocal interpretation. Finally, this translates into practical problems such as those related to the allocation of resources within an organization, since there is no hierarchy and, therefore, no prioritization in the fulfillment of the objectives because their content is not well defined.

Despite the individuality of each international court, it is possible to state that there are four generic objectives common to all international jurisdictional organizations, regardless of the subject matter they regulate. Each of them will be given greater or lesser weight depending on the specific objectives of the court, which prevents a general study of them without considering the particularities of each unit of analysis. In the following pages, each of these objectives is presented in a general manner, and then we focus on the

case of international human rights courts. Common generic objectives are: support for international norms; resolution of legal disputes; support for the regime to which a particular court belongs; and legitimization of public authority. (Shany, 2016, p. 38; Slaughter, 1994, pp. 114–122)

The first of these is based on the aforementioned densification of the international normative system. Faced with this proliferation of norms, international actors create institutions charged with ensuring their compliance. These can be judicial in nature (international courts) or quasi-judicial in nature (such as the bodies created under human rights treaties within the UN). Whatever their nature, their objective is to support compliance with international norms to strengthen, consolidate and, in the long run, ensure the functioning of the international system.

For Guzmán, through the fulfillment of this generic objective, it will even be possible to generate what he calls a “de facto international common law,” through a strengthening of the norms of International Law that the court supervises, interprets and applies. It is worth clarifying this issue: when it is said that one of the common objectives of international courts is to ensure compliance with a norm, it should not only be understood formally but with emphasis on the underlying primary obligation. The effectiveness of the court, then, for Guzmán, considers its ability to guarantee compliance with the substantive obligation contained in the primary obligation. (Guzmán, 2008, pp. 174, 178, 188) In terms of human rights, the obligations common to human rights contained in the American Convention on Human Rights (“ACHR”) are those of respect, guarantee, non-discrimination and development (or change) of regulatory frameworks (in addition, the inclusion of the obligation of non-recognition of a situation that violates human rights was proposed). In view of this, the objective of supporting the international standard would translate into support for compliance with these obligations, following the argument correctly raised by Guzmán.

This objective goes hand in hand with that of supporting the regime to which a particular court belongs. This is because all international courts operate within the framework of a specific regime. For example, the Court of Justice of the African Union and the ADHPR Court operate within the framework of the African Union; the European

Court of First Instance and the European Human Rights Convention (“EHRC”) operate within the framework of the European Union. As parts of that particular regime, ICT they must ensure that their objectives are met. (Guzmán, 2008, p. 174; Jodoin, 2010, p. 7; Shany, 2016, p. 44) Based on this, in the process of measuring the effectiveness of an international court, it is not only necessary to refer to the objectives set out in its constitutive instrument, but it is also necessary to make the link with those that the system considers relevant, in order to establish whether the court helps the system to meet these objectives.

Another of the generic objectives, the resolution of legal disputes, is framed within two of the fundamental principles that govern the international relations between States: the prohibition of the use of force and the peaceful settlement of disputes. This “disagreement on a point of law or, in fact, an opposition of legal theses or interests between two” (Case of the Mavrommatis Concessions in Palestine Case, 1925, pp. 11–12; Guzmán, 2008, p. 174; Novak Talavera & García-Corrochano, 2005, p. 15; Slaughter, 1994, pp. 114–122) or more subjects of international law may be resolved through diplomatic mechanisms (Novak Talavera & García-Corrochano, 2005, pp. 99–109) or judicial mechanisms (action of an international court through the determination of the applicable law). In the case of the determination of the international responsibility of the State by human rights courts, the situation is no longer conceived in the traditional terms of “dispute” or “conflict” since the relationship between the intervening parties is of an asymmetrical nature. This would be verified, for example, in the evidentiary regime before the IACtHR. (Neira Alegría et al. vs. Peru. Merits, 1995, paras. 65–66; Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Merits, 1988, paras. 135–136) For Shany, individual petitions and case resolution are support mechanisms for the objective of supporting the validity of international regulations, making the resolution of disputes an intermediate objective. (Shany, 2016, pp. 40–42, 107–109) This seems to align with Guzmán’s position mentioned in previous paragraphs. (Guzmán, 2008)

Finally, the fourth generic objective is to legitimize the public authority that created a particular court. Courts are expected to provide legitimacy to the actions of the social and political institutions of the system to which they belong (Shany, 2016, pp. 44–

46). In this sense, the actions of judicial bodies, whether national or international, contribute to the legitimation of an environment in which they are anchored. It is important to mention that the legitimation of the system is closely linked to the legitimacy of the court itself. Thus, if the body is not seen as legitimate, it will not be able to legitimize the actions of the other institutions that are part of the system to which it belongs.

THE GOALS OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TRIBUNALS: THE IACTHR

The protection of human rights in the Latin-American region has its milestone in the approval of the ACHR, but already at the beginning of the 20th century, the Latin American republics expressed the importance of respect for the rights of individuals in various international summits.³ Pan-Americanism, which began at the end of the 19th century, brought respect for human rights into diplomatic discussion.⁴ But it was in Chapultepec (Mexico), in 1945, during the Inter-American Conference on the Problems of War and Peace, that it became the prelude to the creation of the OAS. In Resolution XL, it was the first time that the need to have a system of protection of human rights based on a conventional instrument on the subject was discussed.

In Petropolis (Brazil), in 1947, the Inter-American Conference for the Maintenance of Peace and Security in the Continent was held, during which the Inter-American Treaty of Reciprocal Assistance (TIAR) was signed. And one year later, in 1948, during the IX Inter-American Conference, the OAS was created and the American Declaration of the Rights and Duties of Man (hereinafter “the DADDH”) was approved. In the final minutes of said meeting, the possibility of creating a jurisdictional system of

³ About the emergence of the Interamerican Human Rights Protection System, see: (Barbosa Delgado, 2002, pp. 71–78; Monterisi, 2009, pp. 36–38; Schneider, 2015, pp. 12–16)

⁴ For example, the First Pan-American Conference, held in Washington in 1889, outlined the principle of equality and non-discrimination by recognizing that foreigners have the same rights and obligations as nationals. The Sixth Pan-American Conference (1928) adopted the Havana Convention on Asylum, a topic that would be taken up again at the Seventh Pan-American Conference in Montevideo. In Lima, during the Eighth Pan-American Conference in 1938, several resolutions relating to specific human rights and a declaration on the defense of human rights were approved.

human rights was discussed. Additionally, the American Treaty on Pacific Solutions (which reaffirms the principle of peaceful settlement of international disputes), the International American Charter of Social Guarantees (or Declaration of the Social Rights of the Worker) and the Inter-American Convention on the Granting of Civil Rights to Women (in which its only relevant article established that the States Parties committed themselves to “grant women the same civil rights enjoyed by men”) were approved.

Although the DADDH was not approved as a treaty, in 1954, at the Tenth Inter-American Conference, held in Venezuela, Resolution XXXIX was approved on the possibility of creating a court on human rights and the need to have an international convention on human rights that would complement the DADDH. Within the framework of this concern for the protection of the person in the region, during the Fifth Meeting of Consultation of Ministers of Foreign Affairs (1959), the need for a convention on the subject was reaffirmed and, in Resolution III, the IACtHR was created (whose regulations were approved in 1960). Likewise, the Inter-American Council of Jurists was entrusted with developing a study on the relationship between democracy and human rights. In 1965, at the Second Extraordinary Inter-American Conference, held in Brazil, the powers of the IACtHR were expanded to be able to receive individual petitions of alleged violations of human rights. And in 1967, through the reform of the OAS Charter, the IACtHR became a principal organ of the OAS and indicated that an American convention should determine its structure, competence and operation (Article 150 of the OAS Charter).

In 1969, during the Specialized Conference on Human Rights, the ACHR was approved and entered into force in 1978. This instrument embodies more than 30 years of constant clash between the concern of the States for the protection and promotion of human rights in the region and their reluctance to cede spaces of their sovereignty to international entities. For Grossman, the process of creating the SIPDH responds to four needs: a) the first of these corresponds to the notion that the positive development of IHRL increases legitimacy beyond national borders; b) in its relationship with democracy, the SIPDH contributes to avoiding the deterioration and helping to improve democratic societies with the intervention of an international community interested in the protection

of human rights; c) these norms and institutions, arising from consensus between States, do not violate the principle of non-intervention in internal affairs. (Grossman, 1994)

During the first stage of the human rights protection system, it was plagued by ambiguities. These can be grouped into, on one hand, those that refer to the mechanisms used to create the system (which, many times, were carried out in response to global and regional historical events); and, on the other, those related to the functions performed by its organs. With the entry into force of the ACHR, an attempt was made to bring coherence to this system by creating a jurisdictional body with powers clearly established in its constitutive instrument that is binding on the parties.

Once the context in which the SIPDH was created has been analyzed, before moving on to its specific analysis, it is worth remembering that one of the strengths of the approach based on the fulfillment of objectives is that its application responds to the particularities of each of the organizations analyzed. This is because the measurement, although carried out through a specific methodology, will be based on the objectives identified for each unit of analysis. In this first stage, the study of the IACtHR is proposed through a classification based on the hierarchy relative to the level of abstraction, thus obtaining, on the one hand, ultimate or final objectives and, on the other, support or intermediate objectives (on the IACtHR, it is possible to review the study by Shany and Lovat) (Shany, 2016, pp. 253–276). This allows for analysis not only from the perspective of the mandate providers but also from the court itself, as well as its users. The final objectives will allow the evaluation of the position of the former, while the intermediate objectives collect those that the IACtHR itself sets or those that reflect the interests of the people who use the protection system.

To identify the final objectives, reference will be made to the constitutive instrument of the IACtHR. These types of objectives tend to be abstract and can suggest various interpretations. Reference will be made to official documents related to the IACtHR in which the mandate providers' intentions are expressed in relation to the identified objectives. For the intermediate ones, the Court's practice will be studied, as well as pronouncements it has made on the subject.

This paper proposes that the IACtHR will seek to achieve the aforementioned

generic objectives. The first of these is to support human rights law through the interpretation and application of the ACHR. This is reflected in article 62(3) of its own constitutive instrument in the following terms: “[t]he Court has jurisdiction to entertain any case concerning the interpretation and application of the provisions of this Convention submitted to it, provided that the States Parties to the case have recognized or recognize such jurisdiction, either by special declaration, as indicated in the preceding paragraphs, or by special convention.”

This is also contemplated in Article 1 of the Inter-American Court of Human Rights (approved by Resolution No. 448 adopted by the OAS General Assembly at its 9th session in 1979 and amended in 2009). This provision establishes that the Court is “an autonomous judicial institution whose objective is the application and interpretation of the American Convention on Human Rights.”

Additionally, the Court fulfills the objective of normative support in a system of rights protection that is broader than that formed by the ACHR. Thus, the Additional Protocol to the American Convention on Human Rights (also called the “San Salvador Protocol”) contemplates, in its Article 19(6), that the system of individual petitions will be activated for violations of the right to education (Article 13) and trade union rights (Article 8). This also occurs with the Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons, which, in its Article XIII, contemplates the possibility that the Inter-American Court of Human Rights may hear cases in which its violation is alleged. Regarding the Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women (or “Belem do Para Convention”), the Court’s role in normative support is present, not in the exercise of its contentious jurisdiction, but in its advisory jurisdiction, in accordance with article 11.

In the mentioned treaties, the States themselves, through instruments that make up the regime of protection of rights additional to the ACHR, have decided that the objective of the IACtHR is to support respect for international human rights standards. Despite the clarity regarding this objective, there are cases in which the Court has exceeded its original jurisdiction, interpreting and applying standards whose supervision would not be its direct responsibility. This happened with the Inter-American Convention

to Prevent and Punish Torture. In the *Castro Castro Penal* case, ratifying its previous jurisprudence (*Gutiérrez Soler v. Colombia*, 2005, para. 54; *Tibi v. Ecuador. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs*, 2004, paras. 62, 145, 159), the IACtHR stated that it

will exercise its material jurisdiction to apply the Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture and determine the responsibility of the State in accordance with this treaty, ratified by Peru on March 28, 1991, which was in force when the events occurred. Articles 1, 6 and 8 of the treaty oblige the States Parties to adopt all effective measures to prevent and punish all acts of torture within the scope of their jurisdiction. (*Miguel Castro Castro Prison v. Peru. Merits, Reparations and Costs*, 2006, para. 266)

On the other hand, considering that this is a court anchored to a regime, it is argued that it also seeks to strengthen it and help it achieve its objectives. Within the framework of the OAS, respect for human rights has been present since its formation. Already in 1945, at the Inter-American Conference on Problems of War and Peace, in Resolution XL, the States declared themselves in favor of the existence of a system for the protection of human rights (*Inter-American Conference on Problems of War and Peace*, 1945). In 1947, in the Inter-American Treaty of Reciprocal Assistance, the Latin American republics reaffirmed, in their Preamble, the importance of respect for human rights within the framework of the democratic system sought in the region. Additionally, in its founding instrument, the OAS establishes that one of its objectives is “to achieve an order of peace and justice, to promote their solidarity, to strengthen their collaboration and to defend their sovereignty, their territorial integrity and their independence” (*OAS Charter*, 1967). It continues in Article 3(1), stating that one of its principles is respect for “fundamental rights of the human person without distinction as to race, nationality, creed or sex” and that, according to Article 17, the “State shall respect the rights of the human person and the principles of universal morality.”

In 1959, the Fifth Meeting of Foreign Ministers approved the Santiago Declaration, which established that harmony among Latin American countries cannot be a reality without respect for democracy and human rights as one of its fundamental pillars. (*Fifth Meeting of Consultation of Foreign Ministers*, 1959) This importance was

reaffirmed with the approval of the ACHR and the creation of the IACtHR at the Specialized Conference on Human Rights held in Costa Rica in 1969. The Preamble of the ACHR establishes that its approval and the creation of the protection regime respond to the “purpose of consolidating in this continent, within the framework of democratic institutions, a regime of personal liberty and social justice, founded on respect for the essential rights of man”, anchored in the concern for respect and the guarantee of human rights in the American integration system. In this context, the IACtHR is configured as a jurisdictional body responsible for ensuring compliance with the international obligations on human rights contained in the ACHR and other instruments in which it is granted jurisdiction. Likewise, it will help legitimize and support the integration regime in which it is anchored.

On the other hand, with respect to the objective of resolving disputes, in the case of international human rights courts, the definition of disputes must be qualified since there is no equal relationship between two equal entities. In the case of interstate petitions, one could indeed be configured in the traditional sense, considering which the objective of resolving disputes will gain importance. However, it is possible to affirm that, in individual petitions, there is a discussion on points of fact and law that the jurisdictional body must resolve. Likewise, it is possible to argue that the controversial nature is present when the ACHR itself provides for the possibility that the IACtHR may make itself available to the parties (State and IACtHR) to reach a friendly settlement agreement, in accordance with Article 63 of the IACtHR. In this sense, the Court must achieve the objective of resolving the disputes submitted to it, recognizing the particularities of litigation in human rights matters.

This paper proposes that one of the intermediate objectives to achieve the objective of normative support, support for the system and resolution of disputes is the reparation of victims. In this sense, although achieving respect and guarantee of human rights in the region is the final objective of the IACtHR, it is done through reparation of victims of human rights violations. Cavallaro and Brewer agree on this point (Cavallaro & Brewer, 2008). This is particularly important, considering the predominance of the exercise of the Court's contentious jurisdiction (compared to the few advisory opinions it

has issued to date, in relation to the cases resolved). This reparation is the corollary of the State's international responsibility, and its modalities will be reflected in the judgment issued by the Court. Thus, to achieve its final objective, the Court must, in the first instance, achieve reparation for the victims through the implementation of the measures it has ordered in each case.

Based on the previous arguments, this research will focus on the study of compliance with reparation measures understood as an intermediate objective of the IACtHR that will allow it to achieve its ultimate objective of promoting respect for and guaranteeing human rights in the region, becoming an effective organization. To this end, the following section develops the second stage of the methodology proposed by Shany for measuring the effectiveness of international courts, starting from the definition of compliance based on the different theories relating to compliance with International Law.

THEORY ON COMPLIANCE WITH INTERNATIONAL JUDGEMENTS. WHAT IS COMPLIANCE?

As early as 1979, Henkin stated that almost all nations comply with almost all their international obligations almost all the time. (Henkin, 1979, p. 47) This reading shows that, despite the proliferation of international agreements, this has not meant full compliance with them. This point is especially important in those obligations that protect the person in the international sphere. The commitment to international standards on human rights does not reach full compliance and, in part, this is because the protection system is State-centric. On this, Komanovics reaffirms that the main problem is that the will of the State remains the central axis in International Law. (Komanovics, 2006, pp. 326–327)

Generally, studies on compliance with Public International Law are rooted in the issue of legality, since the rule of law is based on the idea that everyone must obey the law. (Huneeus, 2015, p. 440) But this should not be limited to the law formally understood but must be extended to the rulings of judicial bodies, as a source of law with *inter parte* effect. These courts are charged with maintaining peaceful coexistence through the

resolution of disputes and as mentioned above, the exercise of the right to access justice does not end with the decision they will deliver but must include compliance with said ruling by those responsible. (Huneeus, 2015, pp. 444–445)

Compliance with the State's international obligations is understood as the conformity between the State's conduct and what the law expects of it. However, this conformity may be the result of several things, even by mere coincidence. In this sense, Huneeus proposes, contrary to what was proposed by Raustiala and Slaughter (Raustiala & Slaughter, 2002, p. 539), as well as by Chayes and Handler Chayes (Chayes & Handler Chayes, 1993), a tripartite definition of compliance: the existence of (a) State conduct that (b) coincides with what the international norm expects of the State and (c) the existence of a causal link between (a) and (b) (Huneeus, 2011, pp. 438–443). According to Huneeus, based on this relational conception, in order to assess compliance with a reparation measure, it is necessary to carry out a three-stage process: (i) it is necessary to identify the measure or measures ordered in order to subsequently (ii) assess the State's behavior and (iii) compare the result of (i) with the result of (ii) (Huneeus, 2015, pp. 443–444). These three stages encounter their obstacles in certain factors that seem to influence compliance with the measures. Thus, for example, the first step may be difficult to accomplish due to the very design of the reparation measures; and the second may face a lack of access or lack of rigor in the information on the actions carried out by the State.

Hillebrecht also favors the need for a causal link in his study of compliance with obligations arising from EHR Court judgments (Hillebrecht, 2009, 2014). Jacoby and Hawkins agree in pointing out that “when a state persists in a certain behavior long enough for an international court to rule against that state's practices, and the country subsequently changes its practices, we assume that the court's ruling helped trigger that change in behavior, even if other factors may have been important.” (Hawkins & Jacoby, 2010, pp. 39–40)

Jacobson and Brown seem to take a similar position. In their study of compliance with procedural and substantive obligations, they assess the actions taken by States in response to the entry into force of environmental treaties. For the authors, such actions would not exist if the treaty did not impose them on the Parties (Jacobson & Brown Weiss,

2000), thus confirming the existence of a causal link. Dothan agrees with this, for whom international courts must ensure that the State complies with its judgments in order to modify its behavior (Dothan, 2013, p. 458).

Other authors such as Langer and Hansbury do not clearly define what they understand by compliance but seem to assume a causal relationship between the State's conduct and the decision of the IACtHR (Langer & Hansbury, 2012). In his study on the relationship between the Judiciary and the IACtHR, Huneeus states that compliance with an international judgment occurs when "a State carries out the actions ordered by a judgment against it, or refrains from carrying out actions prohibited by said judgment," and specifies that compliance can also be understood as implementation (Huneeus, 2011, pp. 504–505).

Finally, in this research, compliance with a judgment will be understood when "a State or other party subject to the court carries out the actions required by a court judgment or refrains from carrying out actions prohibited by said judgment" (Huneeus, 2015, p. 442). In this sense, the causal relationship must be present since the State's behavior changes based on the judgment.

Regarding the measurement of said compliance, this is usually dichotomous: the obligation is fulfilled, or it is not fulfilled. This is verified, for example, in the study carried out by Hillebrecht on the EHR Court (Hillebrecht, 2014). Staton and Romero criticize this approach by pointing out that it does not consider other important factors such as the time it takes the State to comply with the ordered measures. Based on this, the authors, although they continue to base their study on a dichotomous vision of compliance, add a variable to their study: resistance (time it takes to implement the reparation measures). (Romero & Staton, 2011, p. 9) For their part, Jacoby and Hawkins, in a comparative study between the IACtHR and the ECtHR, propose that it should be a tripartite study, including partial compliance as one of the most common (Hawkins & Jacoby, 2010). Huneeus supports this position and suggests that compliance should be seen as a process that, although it has two extremes (complies/does not comply), allows for intermediate responses (Huneeus, 2015, p. 444).

Komanovics, in the case of the UN HRC, proposes one of the most comprehensive

measurements using five levels: satisfactory response/action, partially satisfactory, unsatisfactory, non-cooperation with the Committee, measure contrary to the HRC recommendations (Komanovics, 2006, p. 334). Similarly, Viljoen and Louw, in their study of compliance with the decisions of the ADHP Commission, present five categories for analysis, starting from the conception of compliance as a “dynamic process”: total compliance; partial compliance; non-compliance; situational compliance; and “unclear cases”.

The first category consists of compliance with all the ordered measures or an unequivocal manifestation that it will comply, and the State has taken significant steps to do so. Non-compliance occurs in the case where the State has not complied with any of the recommendations of the ADHP Commission. Partial compliance, on the other hand, requires that the State has complied with some of the reparation measures and the implementation process continues. Regarding situational compliance, the authors argue that the dramatic change of government has repercussions on the political will to comply with the Commission's decisions. Finally, in the “unclear cases”, the information is insufficient (non-existence of files, difficulties in finding the victims or their representatives, communication problems, lack of continuity of the State agents involved in the process before the Commission) and it is not possible to clearly determine whether and to what extent the reparation measures have been complied with. (Viljoen & Louw, 2007, pp. 5–8)

The model proposed by Jacoby and Hawkins analyzes, based on the above, four types of partial compliance: divided decisions; state substitution; slow-motion compliance; and ambiguous compliance in the face of the complexity of the measure. Regarding the first point, the authors point out (and the data presented in later parts of this work confirm it) that States, in the checklist model, comply with certain measures but not with others, and this affects the overall assessment of whether the State complies with its international obligations in a dichotomous paradigm. Regarding state substitution, it is proposed that the State replaces one of the measures ordered by the IACtHR with another of a similar nature but that does not correspond exactly to what was ordered by the Court. Slow-motion compliance differs from the first category because the State states

that it will fully comply with a specific measure but in a longer time than expected. As for the latter, compliance is difficult because the measure itself implies difficult behavior on the part of the State either because it exceeds its capabilities or because the measure itself is unclear (what the Court seeks is not clearly defined in the decision). (Hawkins & Jacoby, 2010, pp. 77–83)

In the regional human rights courts, there are two compliance regimes. (Hawkins & Jacoby, 2010, p. 43) In the American case, a checklist system is set up in which the IACtHR orders a series of specific measures that must be complied with by the State, and will assess, through a report, the total, partial or null compliance of each of them. The measurement of compliance in the case of the IACtHR is based on the measure ordered and the information it collects from the State, the victims and their representatives and the IACtHR. In contrast, in the European system, a delegation regime is established in which the Court will delegate to the State the assessment of the appropriate reparation measures, and supervision will be in the hands of a third party not part of the process, i.e. the Council of Ministers.

IDENTIFICATION OF INDICATORS FOR MEASURING COMPLIANCE WITH THE JUDGMENTS OF INTERNATIONAL COURTS AS AN INTERMEDIATE OBJECTIVE

Regarding the effectiveness of ITC, we must identify those indicators necessary to measure the degree of compliance with the objectives of each tribunal/court. In this work compliance with the judgments is understood as an intermediate or supporting objective for the achievement of the final objectives of each court. To measure them, it is possible to follow Shany's approach, for whom the indicators can be structural, related to its process, related to its products and related to its results (or outputs). The former refer to the powers or capacities that the ITC has and that will be used to fulfill its objectives. The process refers to the way in which its resources are used and how these favors or impedes the fulfillment of its objectives. As for the products, it is considered that the sum of the structural and process aspects is what generates products that, in turn, cause results.

The products, in the case of international courts, correspond to the judgments that they issue in the resolution of the cases submitted to their knowledge. (Shany, 2016, pp. 49–61)

There are also other approaches to analyze compliance that are related to this intermediate objective. In some cases, a merely quantitative study is presented on which reparation measures are being complied with, without going into depth about the reasons for these degrees of compliance. This is present even in the monitoring or follow-up systems of international courts. Similarly, there are other approaches that seek to identify certain factors that may influence compliance with these measures, without being exhaustive. (Helfer & Slaughter, 2005, pp. 273–391; Tan, 2005) These, as will be seen in the following pages, correspond to the indicators that Shany proposes, although they are not categorized in the same way.

The state of the art shows that there are approaches to compliance with results that say a lot and little at the same time, mainly because they use of unclear terminology (using terms such as “acceptable level”, “impressive” rates (Tan, 2005, p. 10), “low rates” (Baillet, 2013, p. 483), “lack of compliance” (Rodríguez Garavito & Kauffman, 2015, p. 282), “satisfactory” (Komanovics, 2006, p. 340)) without specifying specifically what it means.

To assess compliance with their own judgments, ITC use their own measurement models, as mentioned above. However, there is no clear classification methodology, and the results are unfriendly to users, which prevents these conclusions from being useful tools to assess compliance with the system's objectives. In the European case, the supervision of implementation is the responsibility of an independent body of the EHRC: the Council of Ministers of the Council of Europe. The mechanism used by this body is equally ambiguous. The results of these analyses are not in a centralized database, and, with the elimination of the European Commission, the number of cases does not allow for the permanent updating of this information (it has not been updated since 2006). In practice, there are three classification parameters: compliance with individual measures (based on eleven parameters); compliance with general measures; and pending compliance.

From the academic point of view, the model proposed by Hillebrecht (Hillebrecht, 2009) is one of the most comprehensive. Although her study is comparative between the IACtHR and the ECtHR, the author proposes that this model can be used to assess compliance with any international judgment that includes reparation measures (for example, the African Court). Her proposal consists of three levels: micro, intermediate and macro. The micro level is composed, on the one hand of compensation measures (economic in nature); and, on the other, of individual measures of a non-economic nature. If there is full payment of the amount set by the court, the value corresponds to 1 or 100%; if the money has not been disbursed, the value is 0 or 0%. This value (or percentage) will vary depending on the amount that has been paid. As regards individual non-economic measures, the assessment is easier in the case of the IACtHR since it specifically determines which measures the State must comply with (unlike its European counterpart). The author proposes a two-step study: the first consists of identifying the universe of measures ordered by the court; and the second, identifying the percentage of compliance (1 or 100% will be compliance with all measures).

The second or intermediate level is composed of the aggregate of the components of the micro level (average, if the measures are given equal weight) and the percentage of compliance with the non-repetition measures ordered. As regards the latter, there is a difficulty in measuring them since many of them are repeated in various cases that arise from situations or contexts of systematic violations of human rights. Based on this, the author proposes that, first, the universe of measures be identified to subsequently eliminate those that are repeated in the sentences issued by the courts (for example, the modification of regulations).

Finally, the macro level consists of an aggregate (average) of the results of the components of the intermediate level. This level can be disaggregated for studies with material, temporal or global delimitations. One problem that the author herself identifies is the lack of considerations regarding the time in which the ordered measures are fulfilled. Furthermore, the limitation of this model is that it does not explain why the State complies with the ordered reparation measures or what factors influence said compliance. From reading Hillebrecht's text, the model focuses on the measure itself, from an analysis

that would seem to aim to go beyond the merely quantitative, but which does not allow determining those factors that influence compliance with the reparation measures ordered by ITC.

MODELS BASED ON FACTORS THAT INFLUENCE COMPLIANCE WITH THE REPARATION MEASURES ORDERED BY ITC

The following paragraphs present the development of a model based on the factors that influence compliance with the obligations contained in decisions of ITC, seeking the reasons why certain reparation measures are complied with and others are not. This proposal is based on the following assumptions. The first is that compliance with the ordered reparation measures is not unidimensional but is influenced by cultural, social, political and economic factors. The second is that, despite its preponderance in the levels of studies on the subject, the analysis of compliance, as mentioned, cannot be dichotomous. Thus, it is proposed, coinciding with Huneeus, Jacoby and Hawkins, as well as with the IACtHR itself, that partial compliance is a temporary stage until reaching full compliance. (Hawkins & Jacoby, 2010, pp. 36–37; Huneeus, 2015)

Another element to consider is that this proposal is based on the consideration that the existing measurement models do not cover all the factors that influence the measurement of compliance. In this context, it is proposed that it is possible to divide them in relation to the court that orders the reparation. Thus, there are two types of factors: external and institutional. Viljoen and Louw agree when they state that there are certain factors “inherent to the institutions [...] and others that fluctuate from case to case.” (Viljoen & Louw, 2007, pp. 12, 15–16) External factors can be measured through the following variables: international pressure on the State; the performance of civil actors; those elements that are specific to the case; those specific to the State; and those that are inherent to the court issuing the decision. As for institutional factors, these include: the nature of the body (taking into account the maturity of the body); the nature of the decision; the process of determining responsibility (brief reasoning, limited reasoning, substantial reasoning); the deficit of legitimacy; the lack of political will within the body;

the existence and nature of a follow-up mechanism; and the procedure (considering the length of the process and the participation of the State).

Helfer and Slaughter argue, on the other hand, that there are factors under the control of the States that created ITC (its composition through the constitutive instrument and the selection process; its capacity to operate; its capacity to carry out an independent investigation; the nature of the instruments that the court applies). They also identify those under the control of the ITC (independence and impartiality; expansion of its powers or incrementalism; quality of reasoning; judicial cross-fertilization and judicial dialogue; manner in which judges and the court render their opinions); and those that are outside the control of the States and the ITC (nature of the violations; autonomous national institutions committed to fulfilling obligations; cultural and political homogeneity of the States). (Helfer & Slaughter, 1997)

For Shany, some of the structural indicators are present in the proposals mentioned above. Admitting that they are not the only possible ones, the author mentions the jurisdictional powers (scope of the jurisdiction of the ITC); the capacity of the staff; the resources available; structural independence; the potential for use; reputation; and the relationship with other institutions. (Shany, 2016, pp. 58–59, 99) Contrary to this, we argue that the “potential for use” does not constitute an independent indicator but goes hand in hand with the so-called “jurisdictional powers”, since the potential for use depends on the powers that the mandate providers have granted them. Likewise, “structural independence” indicator should be unified with the “staff capacity” indicator, since it is stated that the second is a consequence of the first. It is also considered that the author leaves aside the power to supervise compliance with the court's decisions (supervisory power) as a structural indicator that should be considered.

CONCLUSION

This paper uses a relational definition of compliance with obligations arising from the rulings of international courts. Following Neuman's approach, compliance is understood as the implementation of the judgement showing a causal link between the

obligation (reparation of victims) and the conduct of the State (Neuman, 2014, p. 337). To measure compliance, we proposed to use the goal-based approach since its elements can be molded to fit the particularities of international human rights courts.

BIBLIOGRAPHY

Alter, K. (2008). Agents or Trustees? International Courts in their Political Context. *European Journal of International Relations*, 14(1), 33–63.

Ashraf, G., & Abd Kadir, S. bte. (2012). A review on the models of organizational effectiveness: A look at Cameron’s model in higher education. *International Education Studies*, 5(2), 80–87.

Baillet, C. M. (2013). Measuring compliance with the Inter-American Court of Human Rights: The ongoing challenge of judicial independence in Latin America. *Nordic Journal of Human Rights*, 31 (4), 477–495.

Balduck, A.-L., & Buelens, M. (2008). A Two-Level Competing Values Approach to Measure Nonprofit Organizational Effectiveness. Working paper 2008/510. Facultad de Economía de la Universidad de Gent.

Barbosa Delgado, F. (2002). Litigio interamericano. Perspectiva jurídica del sistema de protección de derechos humanos. Universidad de Bogotá.

Caso Acevedo Buendía y Otros (“Cesantes y Jubilados de La Contraloría”) Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 198 (1 July 2009).

Caso Hornsby Vs. Grecia. Fondo (19 March 1997).

Etzioni, A. (1960). Two approaches to organizational analysis: A critique and a suggestion. *Administrative Science Quarterly*, 5(2), 257–278.

González-Salzberg, D. (2010, July). The effectiveness of the Inter-American Human Rights System: A Study of the American States’ Compliance with the Judgments of the Inter-American Court of Human Rights. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 15, 115–142.

Guzmán, A. T. (2008). International Tribunals: A Rational Choice Analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, 157, 171–235.

Hawkins, D., & Jacoby, W. (2010). Partial compliance: A comparison of the European and Inter-American Courts of Human Rights. *Journal of International Law and International Relations*, 6(1), 35–85.

Helfer, L., & Slaughter, A.-M. (1997). Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication. *The Yale Law Journal*, 107, 273–391.

Helfer, L., & Slaughter, A.-M. (2005). Why States Create International Tribunals: A Response to Professors Posner and Yoo. *California Law Review*, 93, 899–956.

Hillebrecht, C. (2009). Rethinking compliance: The challenges and prospects of measuring compliance with international human rights tribunals. *Journal of Human Rights Practice*, 1(3), 362–379.

Huneus, A. (2015). Compliance with international court judgments and decisions. In C. Romano, K. Alter, & Y. Shany (Eds.), *The Oxford Handbook of International Adjudication* (pp. 348–463). OUP.

Jacobson, H. K., & Brown Weiss, E. (2000). A framework for analysis. In H. K. Jacobson & E. Brown Weiss (Eds.), *Engaging countries: Strengthening compliance and effectiveness with environmental accords* (pp. 1–18). MIT Press.

Jodoin, S. (2010). Understanding the behavior of international courts. An examination of the decision-making at the ad-hoc international criminal tribunals. *Journal of International Law and International Relations*, 6(1), 1–34.

Komanovics, A. (2006). Transition from commitment to compliance: The efficacy of international human rights tribunals. *Anuario Da Faculdade de Direito Da Universidade Da Coruña*, 20, 321–349.

Linton, S., & Kebede Tiba, F. (2009). The International Judge in an Age of Multiple International Courts and Tribunals. *Chicago Journal of International Law*, 9(2), 407–470.

Martz, W. A. (2008). *Evaluating Organizational Effectiveness*. Dissertations. Western Michigan University. Scholar Works at WMU.
[p://scholarworks.wmich.edu/dissertations/793](http://scholarworks.wmich.edu/dissertations/793)

Monterisi, R. (2009). *Actuación y procedimiento ante la Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos*. Librería Editorial Platense.

Pellet, A. (2009). Remarques sur l'(in)efficacité de la Cour internationale de Justice et d'autres juridictions internationales. In *Liber Amicorum Jean-Pierre Cot – Le procès international* (Bruylant, pp. 192–213). Bruylant. <http://pellet.actu.com/wp-content/uploads/2016/02/PELLET-2009-Inefficacit%C3%A9-de-la-Cour-internationale-de-justice.pdf>

Posner, E. A., & Yoo, J. C. (2005). Judicial independence in international tribunals. *California Law Review*, 93(1), 3–72.

Rodríguez Garavito, C., & Kauffman, C. (2015). De las órdenes a la práctica: Análisis y estrategias para el cumplimiento de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos. In *Desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Nuevos tiempos, viejos retos* (DeJusticia, pp. 277–316). Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJusticia.

Rodríguez Rescia, V. M. (1997). *La ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Investigaciones Jurídicas S.A.

Romano, C. (1999). The proliferation of international judicial bodies: The pieces of the puzzle. *International Law and Politics*, 31, 709–751.

Schneider, J. (2015). *Reparation and enforcement of judgements. A comparative analysis of the European and Inter-American human rights systems*. GmbH.

Shany, Y. (2004, October). *Compliance with decisions of international courts as indicative of their effectiveness: A goal-based analysis—Research paper No. 04-10*. International Law Forum of the Hebrew University of Jerusalem Law Faculty.

Shany, Y. (2016). *Assessing the effectiveness of international courts*. OUP.

Sorensen, M. (2011). *Manual de Derecho Internacional Público*. Fondo de Cultura Económica.


Tan, M. H.-M. (2005, March 10). *Compliance theory and the ICtHR*. Working Paper 502. Bepress Legal Series.

Tomuschat, C. (2008). *International courts and tribunals*. In *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* ((versión digital)). OUP.

Viljoen, F., & Louw, L. (2007). State compliance with recommendations of the African Commission on Human and Peoples' Rights. *American Journal of International Law*, 101(1), 1–34.

Voeten, E. (2012). International judicial independence. In J. Dunoff & M. A. Pollack (Eds.), *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of the Art* (pp. 421–444). Cambridge University Press.

**MEDIDAS CAUTELARES DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS: PERSPECTIVAS PARA SU CUMPLIMIENTO
EN EL CASO ECUATORIANO**

 *Felipe Castro-León*

Pontificia Universidad Católica del Ecuador

RESUMEN

El presente artículo analiza las medidas cautelares emitidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el contexto de la protección de derechos fundamentales, con especial atención al caso ecuatoriano. A través del estudio del caso Fernando Villavicencio, en el que la Corte Constitucional del Ecuador resolvió mediante acción por incumplimiento la Sentencia No. 25-14-AN y acumulado, se examina la eficacia de las medidas cautelares en la protección de derechos y su aplicación en la normativa interna.

ABSTRACT

This article analyzes the precautionary measures issued by the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) in the context of the protection of fundamental rights, with special attention to the Ecuadorian case. Through the study of the Fernando Villavicencio case, in which the Constitutional Court of Ecuador resolved through a compliance action the Judgment No. 25-14-AN and its accumulation, it examines the effectiveness of precautionary measures in protecting rights and their application in domestic regulations.

PALABRAS CLAVE: Medidas cautelares, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Corte Constitucional, acción por incumplimiento, derechos humanos.

KEYWORDS: Precautionary measures, Inter-American Commission on Human Rights, Constitutional Court, action for non-compliance, human rights.

JEL CODE: K32; K41

RECIBIDO: 24/12/2024

ACEPTADO: 25/12/2024

DOI: 10.26807/rfj.v2i16.519

INTRODUCCIÓN

El presente artículo busca analizar el rol que tienen las medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante “SIDH” o “Sistema Interamericano”). En tal sentido, se abordará el rol que tiene la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “CIDH”), así como los requisitos fundamentales para que las pueda conceder.

En función de lo anterior, se abordará la normativa internacional pertinente. En concreto, se desarrollarán las normas convencionales que reconocen a las como una práctica en la región de más de 30 años. Si bien la atribución de la CIDH ha sido cuestionada debido a que no se encuentra expresamente prevista en un tratado internacional ratificado por los Estados de la Organización de Estados Americanos (en adelante “OEA”), la práctica a nivel internacional más bien demuestra una aceptación generalizada como un mecanismo para la protección de los derechos humanos en la región.

Una vez desarrollados estos aspectos, se desarrollará el mecanismo contemplado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano para hacer cumplir estas decisiones. Al respecto, se analizará la acción por incumplimiento como una garantía jurisdiccional contemplada en la Constitución del Ecuador.

Posteriormente, se analizará la Sentencia No. 25-14-AN/21 y acumulado emitida por la Corte Constitucional. Este caso se refiere a las medidas cautelares concedidas por la CIDH en favor de Cléver Jiménez, Fernando Villavicencio y Carlos Figueroa en el año 2014. En dicho caso, se presentaron dos demandas de acción por incumplimiento razón por la cual la Corte Constitucional resolvió su procedencia.

En función de lo anterior, por medio del análisis de un caso concreto, se podrá analizar las perspectivas del cumplimiento de las medidas cautelares en el Ecuador. De tal manera, se desarrollará a la acción por incumplimiento como un mecanismo adecuado para el efecto, así como el rol que tiene la CIDH para que se lo pueda activar a nivel interno.

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Las medidas cautelares son mecanismos de protección con la que cuentan las personas para evitar que existan vulneraciones a sus derechos humanos reconocidos en el SIDH. La emisión de estas medidas le corresponde a la CIDH, mismas que se encuentran reguladas en el artículo 25 del Reglamento de la CIDH que dispone:

“1. Con fundamento en los artículos 106 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, 41.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 18.b del Estatuto de la Comisión y XIII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Comisión podrá, a iniciativa propia o a solicitud de parte, solicitar que un Estado adopte medidas cautelares. Tales medidas, ya sea que guarden o no conexidad con una petición o caso, se relacionarán con situaciones de gravedad y urgencia que presenten un riesgo de daño irreparable a las personas o al objeto de una petición o caso pendiente ante los órganos del Sistema Interamericano”. (2013)

La redacción de este artículo responde a una reforma realizada en el año 2013, misma que fue aprobada por la CIDH en su 147 periodo ordinario de sesiones. El contexto de esta reforma se debió al denominado proceso de fortalecimiento del SIDH. Tal como lo menciona Simón Confirti, este proceso respondió a los cuestionamientos que se realizaron sobre las competencias, facultades, procedimientos, prácticas y decisiones de la CIDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”) (Conforti, 2013, p. 27).

Entre los aspectos que se cuestionaron en dicha época fue justamente si la CIDH tenía o no competencia para emitir medidas cautelares. En concreto, se sostenía que dicha atribución no se desprendía de una norma convencional, sino reglamentaria interna de la CIDH.

En efecto, de una primera lectura del artículo 25 del Reglamento, se desprende que la posibilidad de conceder medidas cautealres no está reconocida expresamente ni en la Carta de la Organización de Estados Americanos ni en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “CADH”), normas convencionales del Sistema Interamericano. En el caso del artículo 106 de la Carta de la OEA creó que la CIDH con la función de “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia”. Por su parte, el artículo 41 numeral b de la CADH desarrolla establece de forma concreta que la CIDH puede

formular recomendaciones respecto de la adopción de medidas en favor de los derechos humanos. Esta norma se reproduce en el artículo 18.b del Estatuto de la Comisión.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo XIII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas señalado en el Reglamento de la CIDH contempla la posibilidad de tramitar peticiones y comunicaciones en casos de desaparición forzada de personas. En el caso de las medidas cautelares, las incluye de forma expresa como una posibilidad que tienen las personas para solicitarlas conforme el trámite desarrollado en las normas interamericanas.

En definitiva, más allá del origen normativo de las medidas cautelares, son una realidad en el Sistema Interamericano. Tal como lo menciona Liliana Tojo, el artículo 25 “recoge una práctica ya instalada que se remonta al Reglamento aprobado en el año 1980 y que guarda estrecha relación con la puesta en funcionamiento de la Corte IDH, la cual, como ya se indicó, cuenta entre sus atribuciones el dictado de medidas provisionales” (2019, p. 919).

Finalmente, las medidas cautelares deben diferenciarse de las medidas provisionales, pese a que su naturaleza es la misma. En virtud del artículo 63 de la CADH las medidas provisionales corresponden otorgar a la Corte IDH en situaciones de extrema gravedad y urgencia para evitar daños irreparables a los derechos. Estas medidas se distinguen de aquellos casos que están ya en conocimiento de la Corte IDH y aquellos que no. En los primeros de ellos corresponde solicitar a las víctimas o presuntas víctimas y en el segundo a la CIDH, conforme el artículo 27 del Reglamento de la Corte IDH.

LOS REQUISITOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Del propio Reglamento de la CIDH se pueden desarrollar los requisitos que se deben reunir para que la CIDH otorgue medidas cautelares. En virtud de lo anterior, se procederá a analizar el artículo 25 del Reglamento. El numeral 1 del artículo 25, además de los fundamentos jurídicos internacionales que permiten a la CIDH conceder medidas cautelares, especifica que las mismas pueden otorgarse de oficio o a petición de parte. En

el caso de las solicitudes de parte, en la Resolución 3/2018 la CIDH reconoció el incremento exponencial de las mismas, razón por la cual creó dentro de la Secretaría Ejecutiva una Sección de Medidas Cautelares para que las analice (CIDH, 2018).

Otro aspecto señalado en el numeral 1 del artículo 25 se refiere a que las medidas cautelares no necesariamente deben guardar relación con una petición individual. Esto quiere decir que las peticiones que se tramitan de conformidad con el artículo 44 y siguientes de la CADH pueden o no plantear una solicitud de medidas cautelares de forma conjunta a la de revisión de la situación de vulneración a derechos humanos. En el otro sentido, una situación que requiera la necesidad de medidas cautelares no deriva necesariamente en la tramitación de una petición individual.

En cuanto a los requisitos para que procedan medidas cautelares, los numerales 1 y 2 del artículo 25 señalan que debe tratarse de situaciones que “presenten un riesgo de daño irreparable a las personas”. En tal sentido, la CIDH debe evaluar tres aspectos: i) gravedad de la situación; ii) urgencia de la situación; y, iii) daño irreparable.

En cuanto a la gravedad de la situación, el numeral 2 del artículo 25 señala que debe tratarse de un serio impacto que el acto u omisión puede tener sobre los derechos protegidos por la CADH o que, si se trata de un caso pendiente de tramitarse en el Sistema Interamericano, tenga un impacto en el mismo. Sobre este último aspecto, por ejemplo, de la propia página de la CIDH se desprende que estas medidas pueden servir para impedir la ejecución de decisiones de diferente índole “cuando se alega que su ejecución podría tornar ineficaz una eventual decisión de la CIDH sobre una petición individual” (CIDH, 2024). En concreto, se menciona casos en los que la CIDH ha instado al Estado suspender la aplicación de la pena de muerte para que las presuntas vulneraciones a derechos puedan ser analizadas en las peticiones individuales (CIDH, 2024).

Por otro lado, para valorar la situación de gravedad, la CIDH ha tomado en cuenta aspectos contextuales (Tojo, 2019, p. 919). De esta forma, por ejemplo, en el Segundo Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas, señaló aspectos como el tenor de las amenazas, los antecedentes de agresiones, actos directos de agresión, incremento de amenazas o la incitación a la violencia (CIDH, 2011, p. 390).

Sobre la urgencia, el Reglamento menciona que la CIDH analiza si de la información proporcionada se desprende que el riesgo o la amenaza son inminentes y pueden materializarse. En función de lo anterior, por ejemplo, la Resolución 3/2018 planteó situaciones en las que las medidas cautelares se desactivaron en relación con la información proporcionada. La razón detrás se debe principalmente al paso del tiempo, mismo que puede ser un indicador que señale la reducción del riesgo o amenaza. Entre los casos donde se desactivaron las solicitudes a la luz de la resolución están aquellas donde no se haya solicitado información al Estado o no se cuente con información actualizada de al menos 6 meses y aquellas donde se haya solicitado información y no se contó con respuesta en el plazo establecido.

Finalmente, el daño irreparable se refiere a afectaciones a los derechos humanos que, por su propia naturaleza, no son susceptibles de reparación, restauración o adecuada indemnización. Uno de los casos más recurrentes que han motivado a la CIDH para emitir medidas cautelares son aquellos en los que la vida o integridad de las personas se ha visto comprometida. En función de lo anterior, la Resolución 3/2018 expresamente señaló casos en los cuales no se estaría frente a esta situación:

“Considera en este sentido que, en general, el mecanismo de medidas cautelares no ha sido estimado idóneo para abordar solicitudes que versan estrictamente sobre asuntos o pretensiones tales como: i) supuestas faltas al debido proceso y protección judicial en el marco de procesos penales o civiles (Artículos 8 y 25 de la CADH y Artículo XVIII de la Declaración Americana); ii) determinar la compatibilidad en abstracto de una normativa a la Convención Americana u otros instrumentos aplicables; iii) pago de compensaciones pecuniarias, que incluyen procesos civiles, mercantiles y pensiones; iv) despidos alegadamente injustificados de empresas privadas o públicas de funcionarios no electos popularmente, pago de salarios, determinaciones sobre ascensos y vacaciones; v) embargos de carácter mercantil o civil y desalojos en los que no se alegan situaciones de riesgo adicionales al derecho a la propiedad privada; vi) solicitudes de recursos o apoyos económicos; y vii) trámites meramente administrativos, entre los que se incluyen, la emisión de certificaciones, hacer expeditos procedimientos y resoluciones declaratorias” (CIDH, 2018).

Si se observa en perspectiva general dichos casos, podemos afirmar que se refieren a situaciones en las que existe aún la posibilidad para que los Estados puedan reparar los derechos que posiblemente se han vulnerado. Por lo tanto, no entran dentro del margen general de posibilidades que la CIDH contempla para concederlas.

Finamente, uno de los requisitos contemplados en el numeral 3 del artículo 25 es que las personas que se beneficien de las medidas cautelares deben ser determinados o determinables. Lo anterior no excluye que la petición sea presentada por terceros, mismos que deben incluir la información sobre los potenciales beneficiarios (Tojo, 2019, p. 919).

Ahora bien, este requisito de los beneficiarios determinado o determinables sigue la misma lógica del artículo 44 de la CADH plantea respecto de quienes pueden plantear peticiones individuales al Sistema Interamericano. En tal sentido, la CIDH en dichos casos ha señalado que “para que una petición sea admisible deben existir víctimas concretas, individualizadas y determinadas, o se refieran a un grupo de víctimas específico y definido compuesto de individuos determinables” (Caso Mario Roberto Chang Bravo vs. Guatemala, 2008, p. 38). Esto quiere decir, para la determinación de beneficiarios, el Reglamento señala criterios como la ubicación geográfica o su pertenencia o vínculo a un grupo, pueblo, comunidad u organización, lo cual permite justamente establecer de quienes se trata.

Los requisitos antes desarrollados responden a la naturaleza de estas medidas. Es decir, se tratan mecanismos de protección para las personas en las Américas que buscan evitar que violaciones a sus derechos humanos les ocasionen daños irreparables. A partir del proceso de fortalecimiento del SIDH, lo que se ha buscado es dar una mayor racionalidad al otorgamiento de medidas y de esta forma no desnaturalizar a este mecanismo.

EL PROCEDIMIENTO DE MEDIDAS CAUTELARES ANTE EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

El artículo 25 del Reglamento de la CIDH contempla igualmente algunas fases internas que debe seguir la CIDH en la tramitación de las medidas cautelares. En cuanto a los aspectos formales de la solicitud, el numeral 4 del artículo 25 señala que deben presentarse a la CIDH, señalando de forma expresa:

“a. los datos de las personas propuestas como beneficiarias o información que permita determinarlas;

- b. una descripción detallada y cronológica de los hechos que sustentan la solicitud y cualquier otra información disponible; y
- c. la descripción de las medidas de protección solicitadas”. (2013)

Una vez recibida la solicitud de medidas cautelares, el numeral 5 del artículo 25 dispone que la CIDH debe requerir al Estado señalado la información sobre la situación demandada. La salvedad de requerir información se encuentra cuando exista la necesidad de actuación mucho más efectiva “cuando la inmediatez del daño potencial no admita demora”. En principio, todas las situaciones que requieran medidas cautelares necesitan actuación inmediata, sin embargo, esta disposición permitiría afirmar que existen casos que requieren actuación más inmediata que otros.

Adicional a los requisitos esenciales que forman parte de la naturaleza de las medidas cautelares, están los criterios que debe analizar la CIDH conforme el numeral 6 del artículo 25. Entre dichos criterios se contempla la denuncia previa ante autoridades nacionales, la identificación individual de los beneficiarios y su expresa conformidad si es presentada por un tercero, salvo que la ausencia de consentimiento esté justificada.

Una vez que se ha procedido con el análisis de la solicitud, el numeral 7 del artículo 25 señala que la CIDH debe emitir un resolución que contemple las siguientes posibilidades: otorgamiento, ampliación, modificación y levantamiento. Esta obligación incluida en la reforma de 2013 le establece a la CIDH una carga de argumentación sobre las medidas cautelares. En contraste con lo ocurrido en situaciones anteriores, la CIDH podía conceder medidas cautelares sin la necesidad de señalar las razones para hacerlo.

En función de lo anterior, cuando la CIDH ha otorgado medidas cautelares debe evaluar periódicamente su cumplimiento. En tal sentido, conforme los numerales 9, 10 y 11, el Estado puede solicitar su levantamiento o la CIDH puede directamente dar seguimiento a las mismas.

De igual manera, por medio de la reforma de 2013 se buscó dar una mayor claridad al procedimiento adoptado por la CIDH. Si bien muchos de estos pasos o etapas buscan aterrizar en la subsidiariedad del SIDH (Faúndez Ledesma, 2004, pág. 296), pueden a la vez significar que situaciones en las que se requiere premura y actuación inmediata por la CIDH se dilaten.

En todo caso, el impacto de las medidas cautelares de la CIDH no deja de ser significativo. Conforme el último informe anual publicado por la CIDH, en el 2023 recibieron 1133 nuevas solicitudes de medidas cautelares (CIDH, 2023, pág. 697) y concedió y/o amplió en el mismo periodo de tiempo 52 medidas para la protección de 13040 personas o colectivos identificables (CIDH, 2023, pág. 701).

ECUADOR, LOS SISTEMAS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS MEDIDAS CAUTELARES

Ecuador se ha caracterizado a nivel internacional de suscribir una serie de tratados internacionales en materia de Derechos Humanos. Por ejemplo, en el ámbito de Naciones Unidas, el Ecuador es el primer país del mundo en ratificar 27 convenios internacionales en esta materia (Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, 2024). De igual manera, en el SIDH ha ratificado los instrumentos de derechos humanos, tal como se desprende del sitio web del Departamento de Derecho Internacional de la OEA (OEA, 2024).

En función de lo anterior, el Ecuador se ha comprometido respetar y garantizar en su territorio los derechos humanos reconocidos en dichos tratados internacionales. En efecto, de conformidad con el artículo 26 de la Convención de Viena de Derechos de los Tratados, los tratados que entran en vigor “obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

A nivel del sistema interamericano, esta obligación de cumplir con los tratados internacionales ha sido desarrollado por medio del concepto de control de convencionalidad. Al respecto, la Corte IDH ha señalado consistentemente en su jurisprudencia que: “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos y autoridades están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, lo que exige tomar en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que de este ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (Caso Pérez Lucas

y otros Vs. Guatemala, 2024, p. 238).

Lo anterior quiere decir que los Estados incluido el Ecuador, cuando han ratificado un tratado internacional, cualquiera que éste sea, debe cumplirlos de forma directa e inmediata. Incluso, debe adoptar las interpretaciones desarrolladas por los órganos encargados de velar su cumplimiento. En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicable al caso ecuatoriano, básicamente nos referimos a los tratados ratificados por el Estado y las organizaciones internacionales creadas en el seno de Naciones Unidas (ONU) y la Organización de Estados Americanos (OEA).

En este marco, cabe señalar que cuando hablamos del sistema universal de derechos humanos (ONU) nos referimos a toda la estructura que se encarga de velar por el cumplimiento de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de los tratados específicos en la materia. De forma concreta, al Examen Periódico Universal asupciado por el Consejo de Derechos Humanos, a los procedimientos especiales (relatorías, grupos de trabajo y expertos independientes), los mandatos especiales y los órganos de los tratados de derechos humanos (Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2024). Por su parte, en el SIDH aterrizamos en la CIDH y la Corte IDH como órganos de protección, promoción y difusión de los derechos humanos en las Américas.

En el caso de las medidas cautelares, éstas se emiten dentro de un sistema de protección de derechos humanos como el SIDH. Tanto la Carta de la OEA como de la CADH, principales tratados internacionales del SIDH, establecen la capacidad de la CIDH para promover la observancia, defensa y respeto de los derechos humanos. En este contexto, las medidas cautelares buscan evitar prevenir que se vulneren los derechos reconocidos en dichos tratados e instrumentos internacionales.

Por consiguiente, cuando la CIDH adopta una decisión que concede una medida cautelar, los Estados están obligados a cumplirla. En otras palabras, dado que los tratados internacionales del SIDH le otorgan a la CIDH la atribución de proteger los derechos en la región, las medidas cautelares deben observarse como mecanismos para garantizar su cumplimiento efectivo. En definitiva, tal como lo señala el artículo 29 de la CADH, no pueden interpretarse sus disposiciones en el sentido que se suprima o limite el ejercicio de los derechos reconocidos en ella, lo cual incluye a las decisiones que adoptan los

organismos encargados de velar por su cumplimiento como la CIDH.

LA ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO COMO MECANISMO PARA HACER EFECTIVAS LAS DECISIONES DE LOS ÓRGANOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como ya se ha dejado sentado, el Ecuador forma parte de dos sistemas internacionales de protección, el Universal y el Interamericano. Estos sistemas se componen de órganos que adoptan decisiones para proteger, promover y desarrollar los derechos humanos reconocidos en tratados e instrumentos internacionales. Para hacer efectivas estas decisiones, el constituyente ecuatoriano ha visto la necesidad de crear un mecanismo de ejecución de dichas decisiones denominado acción por incumplimiento.

Al respecto, el artículo 93 de la Constitución del Ecuador establece que el objeto de la acción por incumplimiento es “la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible”. Esto quiere decir que se puede perseguir mediante esta acción el cumplimiento de: (i) normas jurídicas y (ii) sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos. Esta acción la conoce y resuelve la Corte Constitucional del Ecuador.

Sobre el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, la Corte Constitucional ha señalado que para que proceda esta acción, además de los requisitos legales determinados, se debe establecer si la decisión fue emitida por un organismo internacional de derechos humanos (Sentencia No. 13-21-AN/23, 2023, pág. 16). Para el efecto, la Corte Constitucional debe analizar la naturaleza de la decisión cuyo cumplimiento se demande. Esto incluye el análisis del sistema de protección al que pertenece el organismo del que emana la decisión y las competencias derivadas de los tratados internacionales que las reconocen. En esta línea, la Corte Constitucional al hablar de las decisiones que emite la CIDH por ejemplo ha señalado que:

“Precisamente, a la luz del principio de derecho internacional público, *pacta sunt servanda*, todo tratado en vigor ratificado por el Estado debe ser cumplido de buena fe, sin que sea lícito invocar las disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Por ende, el Estado ecuatoriano se encuentra vinculado por las obligaciones internacionales asumidas al ratificar la CADH, lo cual implica que se han de adoptar las medidas para cumplir las recomendaciones de los informes de fondo de la CIDH, publicados y definitivos” (Sentencia No. 13-21-AN/23, 2023, pág. 18).

Otro aspecto fundamental es que la decisión cuyo cumplimiento se demande contenga obligaciones claras, expresas y exigibles. Sobre este aspecto, la Corte Constitucional ha diferenciado el tipo de obligaciones que se derivan de las normas que integran el sistema jurídico interno de aquellas decisiones de organismos internacionales de derechos humanos:

“97. Como se ha venido desarrollando en la presente sentencia, la Corte debe tener en cuenta la naturaleza de las decisiones internacionales en materia de derechos humanos y sus diferencias respecto a las normas que integran el sistema jurídico. Las decisiones de los organismos internacionales de derechos humanos establecen obligaciones para el Estado ecuatoriano como sujeto de derecho internacional y no especifican las entidades que deben cumplir la obligación. De ahí que, como ha señalado la Corte Interamericana, los Estados deben identificar los mecanismos de su ámbito interno que les permitan cumplir con sus obligaciones internacionales de forma más adecuada. Por este motivo, estas decisiones se emiten con un mayor grado de generalidad y abstracción, que contrasta con la especificidad que puede encontrarse en las normas infraconstitucionales

98. Por lo anterior, para verificar si una obligación internacional es clara, expresa y exigible, la Corte considera adecuado evaluarlas bajo un umbral inferior a las normas infraconstitucionales, para tomar debida cuenta del mayor grado de abstracción y generalidad con el que suelen emitirse este tipo de decisiones internacionales” (Sentencia No. 28-19-AN/21, 2021, pág. 21).

Lo anterior aterriza en que la Corte Constitucional analiza la existencia de obligaciones claras, expresas y exigibles de las decisiones de organismos internacionales de derechos humanos bajo un umbral de lo abstracto y general. Para el efecto, considera la naturaleza y el contexto en que se emiten este tipo de decisiones, es decir el ámbito internacional. Por lo tanto, los organismos internacionales no podrán determinar de forma específica la institución, mecanismo o proceso específico del Estado cuya decisión se trate, basta con que la obligación sea clara, expresa y exigible.

Para el efecto, la misma Corte Constitucional ha contemplado que la obligación

es: (i) clara cuando los elementos de la obligación (sujetos activo y pasivo y objeto de la obligación) están determinados o fácilmente determinables; (ii) expresa cuando está redactada en términos que permitan identificar la conducta determinada para el Estado sin que sea implícita o sea producta de una inferencia indirecta; y, (iii) exigible cuando no está sujeta a plazo o condición que esté pendiente de verificarse (Sentencia No. 28-19-AN/21, 2021, pág. 21).

De lo anterior, se desprende que la acción por incumplimiento se trata de un mecanismo que el Estado ecuatoriano ha prevista para cumplir con sus obligaciones derivadas de los tratados internacionales de derechos humanos. Si bien contempla requisitos fundamentales para que proceda dicha garantía, son razonables en la medida que permiten determinar las decisiones de los organismos correspondientes a la protección de derechos humanos y que de las mismas se deriven obligaciones a cumplir.

ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE MEDIDAS CAUTELARES DE LA CIDH: SENTENCIA NO. 25-14-AN/21 Y ACUMULADO

La Sentencia No. 25-14-AN/21 y acumulado emitida por la Corte Constitucional dentro de una acción por incumplimiento se remonta a la Resolución No. 6/2014 de 24 de marzo de 2014 mediante la cual la CIDH concedió medidas cautelares en favor de Cléver Jiménez, Fernando Villavicencio y Carlos Figueroa. En concreto se decidió lo siguiente:

“40. En vista de los antecedentes señalados, la CIDH considera que el presente asunto reúne prima facie los requisitos de gravedad, urgencia e irreparabilidad contenidos en el artículo 25 de su Reglamento. En consecuencia, la Comisión solicita al Estado de Ecuador que suspenda inmediatamente los efectos de la decisión de 14 de enero de 2014, emitida por el Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, hasta que la CIDH se haya pronunciado sobre la petición individual P-107-14” (Resolución No. 6/2014, 2014, pág. 26).

La decisión de la Corte Nacional de Justicia se refiere al proceso penal por delito

de injuria judicial que inició el entonces presidente de la República Rafael Delgado en contra de Cléver Jiménez, Fernando Villavicencio y Carlos Figueroa debido a la denuncia de delitos de lesa humanidad presentada en relación con la revuelta policial que tuvo lugar el 30 de septiembre de 2010. Dicha decisión ratificó la condena emitida en contra de los procesado a 18 meses de pena privativa de libertad.

La CIDH consideró que la imposición de una pena privativa de libertad “genera un grave riesgo de daño irreparable a la libertad de expresión y del derecho de petición en sus dos dimensiones” (Resolución No. 6/2014, 2014, pág. 14). Esto se debe a que se consideró que la condena puede producir un efecto silenciador sobre las personas, es decir autocensura antes de denunciar algo que tenga que ver con funcionarios públicos por medio a las represalias (Resolución No. 6/2014, 2014, pág. 14). Sin perjuicio de lo anterior, el estado no cumplió con las medidas cautelares por lo que Jiménez, Villavicencio y Figueroa tuvieron que huir a la selva a esconderse (Plan V, 2015).

Es así que el 6 de mayo de 2014 y el 17 de diciembre de 2014 se presentaron dos demandas de acción por incumplimiento, casos que fueron signados con los números 25-14-AN y 44-14-AN. Pese a lo anterior, mediante Resolución No. 88/2018 de 3 de diciembre de 2018, la CIDH levantó las medidas indicando que quedaron sin objeto al cerrarse el proceso penal (Resolución 88/2018, 2018, pág. 5). Posteriormente, bajo la nueva conformación de la Corte Constitucional, el 29 de septiembre de 2021 se resolvió el incumplimiento de las medidas cautelares pese a que las mismas fueron dejadas sin efecto.

El primer aspecto que salta a la luz de este caso es el tiempo que la Corte Constitucional tomó para emitir su decisión. Si bien en 2019 existió un proceso de cambio total de la conformación de los jueces y juezas que integraban la Corte, desde 2014 hasta 2021 pasaron más de 7 años, lo cual privó del objeto útil a esta garantía para los beneficiarios de las medidas cautelares. Más aún, tomando en cuenta que entre los requisitos de este tipo de casos es la urgencia con la que se debe actuar a fin de evitar un daño irreparable. Sin perjuicio de lo anterior, no deja de ser importante la existencia de esta garantía como tal y más aún respecto de este tipo de decisiones sobre lo cual se procederá a analizar.

En primer lugar, se analiza el objeto de la acción por incumplimiento. Es decir, se determina si la decisión cuyo cumplimiento se demandó es posible hacerlo mediante esta garantía. Si bien conforme el artículo 25 del Reglamento de la CIDH se menciona de forma expresa que la decisión sobre medidas cautelares se lo realiza mediante resolución, en la Sentencia No. 24-14-AN/21 y acumulado la Corte Constitucional reconoció que este tipo de decisiones son susceptibles de la acción por incumplimiento. De forma concreta señaló que:

“40. De lo expuesto, se puede verificar que la decisión de la CIDH, organismo internacional de derechos humanos, cuyo cumplimiento se persigue mediante estas acciones contiene una obligación de hacer. De manera concreta, la Resolución No. 6/2014 contempla que el Estado suspenda los efectos de la sentencia de 14 de enero de 2014 emitida por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia hasta que la CIDH se pronuncie sobre la petición individual presentada por los accionantes. Además, se observa que los beneficiarios de dicha decisión son Fernando Villavicencio, Cléver Jiménez y Carlos Figueroa” (Sentencia No. 25-14-AN/21 y acumulado, 2021, pág. 11).

Sobre lo anterior, se desprende en un primer momento que tanto la Constitución del Ecuador como la LOGJCC determinan que mediante acción por incumplimiento se persigue el cumplimiento, entre otros, de “informes” de organismos internacionales de derechos humanos. Sin perjuicio de aquello, a la luz de la Sentencia No. 24-14-AN/21 y acumulado la Corte Constitucional también reconoció que “resoluciones” como las que se emiten respecto de las medidas cautelares son susceptibles de esta garantía.

Uno de los aspectos que la Corte Constitucional reconoció en la Sentencia No. 24-14-AN/21 y acumulado fue precisamente la capacidad que tiene la CIDH para emitir estas medidas y el rol que ocupa dentro del SIDH. Por lo tanto, se transforma la acción por incumplimiento justamente en una garantía que busca que los derechos y las reparaciones ordenadas por los organismos internacionales de derechos humanos se cumplan dentro de nuestro sistema jurídico. En definitiva, la jurisprudencia constitucional le otorga a las resoluciones sobre medidas cautelares adoptadas por la CIDH como decisiones de

organismos internacionales que pueden contener obligaciones respecto del Ecuador y que en función del *pacta sunt servanda* deben cumplirse.

Otro elemento importante de esta decisión es justamente reconocer la existencia de obligaciones claras, expresas y exigibles en una resolución cuya naturaleza en el ámbito internacional es de recomendación. Más allá del nombre o la formalidad de diferenciar estos dos conceptos, la Corte Constitucional en el fondo lo que está indicando es que pese a que se tratan técnicamente como recomendaciones de un organismo internacional de derechos humanos, son decisiones que buscan que se cumplan con las disposiciones de los tratados internacionales vinculantes que el Estado se ha obligado cumplir. En el caso referente a la Sentencia No. 24-14-AN/21 y acumulado estamos refiriéndonos a derechos reconocidos en la CADH y desarrollados en la jurisprudencia interamericana que, en el caso concreto de Jiménez, Villavicencio y Figueroa se debían respetar.

Bajo lo anterior, la Corte Constitucional determinó en la Sentencia No. 24-14-AN/21 y acumulado que las medidas cautelares emitidas por la CIDH contenían una obligación clara por cuanto se determinó un sujeto pasivo (Corte Nacional de Justicia), un sujeto activo (Jiménez, Villavicencio y Figueroa) y el objeto de la obligación (suspender los efectos de la sentencia emitida en contra de los beneficiarios de las medidas cautelares) (2021, pág. 11). De igual manera, señaló que la obligación era expresa por estar redactada en términos precisos y específicos toda vez que se identificó la decisión cuyos efectos debían suspenderse (2021, pág. 11). Finalmente, la obligación contenida en las medidas cautelares es exigible porque no estaba sujeta a plazo o condición pendiente de verificarse (2021, pág. 11).

En función de lo anterior, pese al levantamiento de las medidas cautelares por parte de la misma CIDH, la Corte Constitucional no dejó de reconocer que la misma se incumplió en su momento. De forma concreta, la Corte señaló que:

“48. Por lo tanto, pese a que la decisión de la CIDH cuyo cumplimiento se persigue en esta acción dejó de generar efectos jurídicos, al momento de estar vigente no fue cumplida por las respectivas autoridades del Estado. Concretamente, entre el 24 de marzo de 2014 y el 3 de diciembre de 2018, no se suspendieron los efectos de la decisión emitida el 14 de enero de 2019 por la Corte Nacional de Justicia que resolvió el recurso de casación dentro del proceso penal No. 0826-2012” (Sentencia No. 25-14-AN/21 y acumulado, 2021, pág. 13).

En suma, este caso refleja la exigibilidad de las medidas cautelares en el sistema jurídico ecuatoriano. Más allá de las discusiones sobre la posibilidad de la CIDH para emitir las o no, este tipo de mecanismos sugieren que esta discusión puede ser superada. En definitiva, en el fondo lo que se busca con las medidas cautelares es el cumplimiento de obligaciones derivadas de tratados internacionales que los propios Estados se han comprometido en respetar.

En tal virtud, la acción por incumplimiento es un mecanismo que reconoce la posibilidad de lograr que este tipo de medidas se cumplan efectivamente. Sin embargo, una de las preocupaciones que pueden poner en riesgo esta afirmación es justamente lo que ocurrió en la Sentencia No. 25-14-AN y acumulado que fue el paso del tiempo.

CONCLUSIONES

El análisis realizado en este artículo refleja la importancia de las medidas cautelares como un mecanismo existente en el SIDH que busca la efectividad de los derechos reconocidos en los tratados internacionales que los Estados de las Américas han ratificado. Se trata de un mecanismo cuya naturaleza busca evitar que ocurran vulneraciones a derechos.

A partir de la práctica y la normativa internacional vigente se observa cómo la CIDH debe actuar cuando emite una resolución de medidas cautelares. Más allá de los cuestionamientos respecto de la capacidad que tiene este organismo para emitir las, no se debe desconocer que a lo largo de más de 30 años se ha consolidado como un mecanismo internacional que busca la protección a los derechos humanos.

En el caso concreto de Ecuador, se puede observar que la legislación interna reconoce un mecanismo denominado como acción por incumplimiento para lograr el efectivo cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado. Las medidas cautelares de la CIDH no escapan de esta posibilidad.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador ha fundado una línea en la que las medidas cautelares pueden ser cumplidas mediante la acción por incumplimiento. Justamente en la Sentencia No. 25-14-AN y acumulado reconoció que

las medidas cautelares son decisiones de organismos internacionales cuyo cumplimiento se puede demandar.

Uno de los aspectos que la CIDH en el caso ecuatoriano debe considerar es que para ser susceptibles de cumplir las medidas cautelares deben contener obligaciones claras, expresas y exigibles. Si bien la propia Corte Constitucional ha reconocido que pueden ser abstractas y generales las medidas cautelares, no deja de ser importante que la CIDH especifique en las resoluciones que adopte en relación a Ecuador lo siguiente: la medida cautelar debe considerar de forma clara los beneficiarios, el obligado (en general puede ser el Estado ecuatoriano o de ser posible una institución encargada); no debe inferirse o interpretarse de qué se trata la medida cautelar; y la medida cautelar no debe estar sujeta a plazo o condición pendiente de verificarse.

En virtud de lo anterior, estas perspectivas a considerar por la CIDH en las medidas cautelares que adopte en el caso ecuatoriano pueden fortalecer el SIDH. Más aún, para considerar la posibilidad que existan mecanismos que a nivel nacional le van a dar ese carácter obligatorio a las medidas cautelares.

Sin perjuicio de lo anterior, no deja de ser preocupante en cambio el rol que tiene la Corte Constitucional. Al respecto, la CIDH puede cumplir con su rol de emitir resoluciones que buscan evitar que se vulneren de forma grave los derechos reconocidos en el SIDH. Sin embargo, la Corte Constitucional a nivel interno tiene la tarea de priorizar o evaluar sus prácticas procesales a la hora de garantizar decisiones que se emitan de forma celeridad para que las medidas cautelares no pierdan su efecto útil.

En definitiva, en el presente artículo se ha podido desarrollar la importancia de las medidas cautelares. Sin embargo, este tipo de decisiones deben ir acompañadas de un sistema jurídico que garantice el cumplimiento de las mismas. En el caso ecuatoriano, la acción por incumplimiento es una herramienta importantísima, pero debe fortalecerse a la hora de ser utilizada finalmente por los beneficiarios que son todas las personas.

BIBLIOGRAFÍA

Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (18 de diciembre

de 2024). Sistema Universal de protección de Derechos Humanos. Obtenido de <https://hchr.org.mx/puntal/prevencion-y-proteccion/proteccion-a-periodistas-en-riesgo/instancias-internacionales-2/sistema-universal-de-proteccion-de-derechos-humanos/>

Conforti, S. (2013). Estudio acerca del denominado proceso de fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: implicancias políticas y jurídicas. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 25-44.

Faúndez Ledesma, H. (2004). *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana . (18 de diciembre de 2024). Ecuador, primer país del mundo en ratificar los 27 tratados de Naciones Unidas sobre derechos humanos. Obtenido de Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana : <https://cancilleria.gob.ec/2020/12/08/ecuador-primer-pais-del-mundo-en-ratificar-los-27-tratados-de-naciones-unidas-sobre-derechos-humanos/>

OEA. (23 de diciembre de 2024). Departamento de Derecho Internacional. Obtenido de https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_texto_materia.asp#DEREHUM OEA:

Plan V. (25 de enero de 2015). Así fue la odisea de Carlos Figueroa.

Tojo, L. (2019). Funciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En C. Steiner, & M.-C. Fuchs, *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Segunda edición (págs. 896-960). Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

CASOS Y DECISIONES JUDICIALES

Caso Mario Roberto Chang Bravo vs. Guatemala, Informe No. 57/08, Petición 283-06 (CIDH 24 de julio de 2008).

Caso Pérez Lucas y otros Vs. Guatemala, Serie C No. 536 (Corte IDH 4 de septiembre

de 2024).

CIDH. (10 de mayo de 2018). Resolución No. 3/2018.

CIDH. (17 de diciembre de 2024). Las medidas cautelares: práctica como garantía de respetar los derechos fundamentales y prevenir daños irreparables. Obtenido de CIDH: <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/CIDH/decisiones/MC/sobre-cautelares.asp>

CIDH. (2011). Segundo Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas. Washington D.C.: CIDH.

CIDH. (2023). Informe Anual 2023. Washington D.C.: CIDH.

Resolución No. 6/2014, Medida Cautelar No. 30-14 (CIDH 24 de marzo de 2014).

Resolución 88/2018, Medida Cautelar No. 30-14 (CIDH 3 de diciembre de 2018).

Sentencia No. 25-14-AN/21 y acumulado, Caso No. 25-14-AN y Caso No. 44-14-AN (Corte Constitucional del Ecuador 29 de septiembre de 2021).

Sentencia No. 13-21-AN/23, Caso No. 13-21-AN (Corte Constitucional del Ecuador 30 de agosto de 2023).

Sentencia No. 28-19-AN/21, Caso No. 28-19-AN (Corte Constitucional del Ecuador 29 de septiembre de 2021).

**DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS: DE LOS PRINCIPIOS
RECTORES DE NACIONES UNIDAS A LOS ESTÁNDARES DE LA
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

 *Lucia Abad-Quevedo*

Universidad de Salamanca

 *Teodoro Verdugo-Silva*

Universidad de Cuenca

RESUMEN

Este trabajo de investigación explora las nuevas perspectivas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, centrándose en la evolución y la integración de estándares en materia de Empresas y Derechos Humanos en la jurisprudencia regional.

A través de un enfoque analítico, se analiza un conjunto de cuatro sentencias clave emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos entre 2015 y 2023. Estas decisiones ilustran cómo la Corte ha incorporado los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de las Naciones Unidas, consolidando un marco regional en la protección de los derechos humanos frente a las actividades empresariales. Este marco establece obligaciones claras para los Estados, quienes deben legislar y supervisar adecuadamente las actividades empresariales.

ABSTRACT

This research explores new perspectives of the Inter-American Human Rights System, focusing on the evolution and integration of standards on Business and Human Rights in regional jurisprudence.

Through an analytical approach, a set of four key judgments issued by the Inter-American Court of Human Rights between 2015 and 2023 is analyzed. These decisions illustrate how the Court has incorporated the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights, consolidating a regional framework for the protection of human rights in the face of business activities. This framework establishes clear obligations for States, who must adequately legislate and supervise business activities.

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos, empresas, instrumentos internacionales, tribunal internacional, derecho de empresa.

KEYWORDS: Human rights, companies, international instruments, international court, business law.

JEL CODE: K33; K41, L22

RECIBIDO: 30/10/2024

ACEPTADO: 03/11/2024

DOI: 10.26807/rfj.v2i16.519

INTRODUCCIÓN

En años recientes, el discurso empresarial y de derechos humanos ha emergido como una “joven interdisciplina” (Wettstein, 2015, citado en Londoño-Lázaro, Thoene y Pereira-Villa, 2017, p. 438). A nivel internacional, a partir de los diversos procesos de apertura económica se comenzó a exigir un control más riguroso sobre las operaciones de las grandes empresas en materia de derechos humanos. Esta preocupación surge, principalmente, por la necesidad de proteger a comunidades vulnerables de los impactos negativos de prácticas empresariales, generando un debate en distintos sectores – jurídicos, activistas de derechos humanos, entre otros– en favor de un marco normativo que promueva la protección efectiva de derechos en el contexto de actividades empresariales. Así, se busca establecer la responsabilidad de los Estados y las empresas en la protección, respeto y reparación de los derechos humanos, destacando el deber estatal de prevenir, mitigar y remediar los daños derivados de dichas actividades (Cantú, 2015; Iglesias, 2020; Soares, Brito y Miranda, 2021).

En este escenario, surgen los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de Naciones Unidas (en adelante PRNU o Principios Rectores) como catalizadores del debate proporcionando un marco de referencia para establecer responsabilidades tanto para los Estados como para las empresas en materia de derechos humanos, subrayando la obligación de prevenir, mitigar y reparar los daños ocasionados por las actividades empresariales (Cantú, 2015; Iglesias, 2020; Soares, Brito y Miranda, 2021).

En este contexto, el régimen de Empresas y Derechos Humanos (en adelante EDH) en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH o el Sistema) ha ganado importancia en las últimas décadas, a partir de la implementación de los Principios Rectores en los dos principales órganos del SIDH como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH o la Comisión) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o la Corte) desarrollados a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH o la Convención) y otros instrumentos que protegen derechos humanos en la región.

La CIDH ha fortalecido la implementación de los Principios Rectores a través de

dos acciones clave. Primero, mediante la creación de la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (en adelante REDESCA). Luego, por medio de REDESCA, con la elaboración del informe sobre empresas y derechos humanos, el cual establece directrices para promover el debate sobre este tema dentro del SIDH. Este informe busca armonizar los Principios Rectores y otras normativas aplicables en el sistema, especialmente en consonancia con la CADH.

El desarrollo de estándares vinculantes en materia de EDH en la jurisprudencia de la Corte IDH representa un avance significativo en la protección de los derechos humanos frente a las actividades empresariales en América Latina. La jurisprudencia de la Corte ha comenzado a establecer las obligaciones de los Estados de regular y supervisar adecuadamente las actividades empresariales para prevenir violaciones de derechos humanos. Asimismo, ha delineado las responsabilidades de las empresas, especialmente en sectores donde los riesgos de violaciones son más altos, como la minería, la salud y el trabajo en condiciones peligrosas.

A través de la integración de los PRNU y la CADH, la Corte ha subrayado la importancia de una regulación y supervisión efectiva por parte de los Estados, al mismo tiempo que ha destacado las responsabilidades de las empresas. Las decisiones que se estudiarán en este documento (*Kalina Lokono vs. Surinam, Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus vs. Brasil, Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras, y Olivera Fuentes vs Perú*) muestran que es posible avanzar hacia un régimen más robusto de EDH en la región, en el que tanto los Estados como las empresas asuman un papel activo en la protección de los derechos humanos.

En este sentido, el presente documento realizará una descripción de los principales aportes en materia de empresas y derechos humanos en el sistema universal, es decir, se detallará el contenido clave de los PRNU. A partir de ello, se analizará cómo el SIDH ha reconocido la relevancia de estos principios, inicialmente mediante las contribuciones de la CIDH y, posteriormente, a través de la jurisprudencia de la Corte IDH. En este marco, se examinan los avances en materia de empresas y derechos humanos a través de los PRNU y su adaptación en los diferentes órganos del SIDH, tanto en la CIDH como en la Corte IDH. A continuación, se hace énfasis en la dimensión contenciosa del sistema,

destacando los estándares desarrollados en EDH desde 2015, año en que la Corte, por primera vez y de manera explícita, menciona la responsabilidad empresarial en la interpretación de la Convención y la obligación del Estado de supervisar las actividades empresariales hasta el año 2023. Finalmente, en la sección de discusión se compararán los estándares establecidos, los avances, similitudes y diferencias, para evaluar el desarrollo futuro de los aportes en materia de EDH.

APUNTES METODOLÓGICOS

Esta investigación se desarrolla desde una perspectiva analítica, basada principalmente en la revisión de las sentencias relevantes emitidas por la Corte IDH para observar como se ha logrado implementar los PRNU y sugerencias realizadas por la CIDH. Este enfoque metodológico permite identificar las tendencias y patrones en la evolución de los estándares interamericanos, mientras que el análisis jurisprudencial desglosa los aspectos más relevantes de las decisiones judiciales que han marcado el desarrollo de la doctrina en materia de derechos humanos.

La literatura que ha estudiado estándares interamericanos sobre derechos humanos y empresas es variada y amplia, pero el trabajo desarrollado por Londoño-Lázaro, Thoene, y Pereira-Villa (2017) se presenta como uno de los aportes que de forma rigurosa han estudiado el régimen de empresas y derechos en el continente. No obstante, los aportes realizados hasta 2016 ofrecen la oportunidad de complementar el análisis. Además, dado que el enfoque principal de esta investigación es la jurisprudencia interamericana, se desarrollará un análisis integral de los estándares elaborados entre 2015 y 2023.

Para el análisis de los aportes realizados por la Corte IDH la selección de sentencias se basa en los siguientes criterios: 1) aquellos casos en que se haya abordado de manera explícita la intersección entre empresas y derechos humanos, independientemente del tipo de empresa; y, 2) en los cuales se haya hecho referencia a los PRNU en el contexto de las obligaciones estatales y empresariales de respetar, proteger, y cumplir los derechos humanos. Estos criterios permiten observar el desarrollo continuo de la jurisprudencia de la Corte IDH en torno a PRNU y su relación con la

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Los casos seleccionados – por orden cronológico– son: 1) *Kaliña y Lokono vs. Surinam* (2015), primer caso contencioso en abordar explícitamente la relación empresas y derechos humanos, mencionando que las empresas no solo deben respetar los derechos humanos, sino también protegerlos, asumiendo deberes de prevención y mitigación de daños. 2) *Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus vs. Brasil* (2018), reiteró la obligación del Estado de supervisar actividades empresariales de riesgo, sin transferirle automáticamente responsabilidad por violaciones de las empresas. 3) *Buzos Miskitos vs. Honduras* (2021), subrayó los tres pilares de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos (PRNU), que incluyen el deber de los Estados de prevenir, investigar, y reparar daños causados por empresas. 4) *Olivera Fuentes vs. Perú* (2023), abordó la responsabilidad empresarial en la protección de derechos de personas LGBTIQ+, especialmente en la cadena de suministro, enfatizando la obligación de las empresas de respetar estos derechos en sus actividades comerciales.

La selección de los casos previamente descritos responde a la relevancia que estas sentencias han tenido en el desarrollo de los estándares de responsabilidad empresarial y la supervisión estatal en el marco del SIDH. Estos casos ejemplifican la relación entre derechos humanos, actividad empresarial, y la obligación estatal de regular y supervisar adecuadamente las prácticas corporativas que puedan afectar los derechos fundamentales de poblaciones vulnerables, como los pueblos indígenas y los trabajadores en condiciones precarias.

PRINCIPIOS RECTORES SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS: CATALIZADORES DEL DEBATE

El sistema universal de derechos humanos de Naciones Unidas a través de diversos instrumentos y mecanismos ha establecido principios clave que buscan garantizar que las actividades empresariales no vulneren derechos humanos y que, en caso de hacerlo, se proporcionen mecanismos efectivos para la reparación (Wrzoncki y Zarama, 2019). Entre los instrumentos que abordan la relación entre empresas y derechos humanos se encuentran las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, la

Declaración Tripartita de la Organización Internacional del Trabajo sobre Empresas Multinacionales, los Estándares de Desempeño de la Corporación Financiera Internacional, entre otros (Cantú, 2015; Wrzoncki y Zarama, 2019).

En este marco, uno de los avances más relevantes en este ámbito ha sido la adopción de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en 2011 (Wrzoncki y Zarama, 2019; Castillo, 2022). Los PRNU establecen un marco basado en tres pilares esenciales: (1) el deber de los Estados de proteger los derechos humanos, que implica crear regulaciones y mecanismos efectivos para asegurar que las empresas respeten los derechos fundamentales; (2) la responsabilidad corporativa de respetar los derechos humanos, que obliga a las empresas a evitar violaciones y mitigar cualquier impacto negativo que sus operaciones puedan generar; y (3) el acceso a remedios efectivos, asegurando que tanto los Estados como las empresas ofrezcan soluciones justas y adecuadas para las víctimas de abusos a los derechos humanos (Principios Rectores de Empresas y Derechos Humanos, 2011).

No obstante, uno de los desafíos más persistentes ha sido la falta de carácter vinculante de los PRNU (Londoño-Lázaro, Thoene y Pereira-Villa, 2017), que si bien han proporcionado un marco de referencia que promueven la responsabilidad empresarial y el respeto a los derechos humanos, su falta de obligatoriedad ha generado críticas, ya que no imponen sanciones ni mecanismos de cumplimiento claros para las empresas que incumplen con los estándares internacionales. Asimismo, se ha criticado la falta de mecanismos claros de monitoreo y seguimiento, lo que dificulta evaluar el cumplimiento y promover la rendición de cuentas efectiva. A pesar de estas limitaciones, los PRNU han sido un catalizador para el diálogo internacional sobre empresas y derechos humanos, pues han impulsado la creación de políticas nacionales e internacionales, marcos normativos y políticas públicas que buscan alinear las actividades empresariales con los principios de derechos humanos.

En el ámbito interamericano, desde el año 2001, la Asamblea General ha adoptado diversas resoluciones que debaten y promueven una conducta empresarial responsable (Iglesias, 2020; Soares, Brito y Miranda, 2021; Castillo, 2022). En este marco, la

Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (en adelante OEA) adoptó la Resolución AG/RES. 2840 (XLIV-O/14), en la que establece un marco que asigna cierto valor jurídico a los PRNU, impulsando no solo la regulación de la conducta estatal sino también la responsabilidad empresarial en el respeto a los derechos humanos y busca para promover la responsabilidad social empresarial en la región con el objetivo de fortalecer la implementación de los PRNU, estableciendo un marco más amplio y comprensivo para abordar las obligaciones empresariales en relación con los derechos humanos.

En este contexto, la Asamblea General de la OEA solicitó a la CIDH llevar a cabo una investigación sobre los estándares interamericanos relacionados con empresas y derechos humanos (Wrzoncki y Zarama, 2019; Soares, Brito y Miranda, 2021), cuestión que condujo a la creación de la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (en adelante REDESCA). La CIDH, en el marco de su plan estratégico 2017-2021 (CIDH, 2017, pp. 35-36), creó en 2017 la REDESCA (Iglesias, 2020)

El propósito de la creación de la REDESCA era elaborar un informe temático que aclarara las obligaciones de los Estados según los instrumentos internacionales clave de derechos humanos y la jurisprudencia, estableciendo así “mínimos exigibles” tanto para los Estados como para las empresas en lo que respecta al respeto y garantía de los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales.

La REDESCA elaboró el informe temático titulado “Empresas y derechos humanos: Estándares interamericanos de la CIDH”, mismo que se basó en el diálogo y la colaboración con múltiples actores de la región y sistematiza y analiza diversas decisiones del SIDH relacionadas con la temática (Iglesias, 2020, p. 353). Este informe es único en su tipo en la región y constituye una contribución sustancial para la discusión integral sobre la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos, así como para la creación de iniciativas normativas y políticas, tanto a nivel regional como nacional (Iglesias, 2020).

El informe se centra principalmente en el primer pilar de los PRNU, que establece el deber de los Estados de proteger los derechos humanos. Aunque se podría argumentar

que se da menor relevancia al segundo pilar, que se refiere a la responsabilidad corporativa de respetar los derechos humanos, el informe sí incluye recomendaciones específicas en este sentido.

El informe está estructurado en torno a tres pilares esenciales que delinear las obligaciones de los Estados: respetar, garantizar y proteger los derechos humanos en relación con las actividades empresariales. Cada uno de estos pilares se desglosa en responsabilidades concretas que buscan mejorar la rendición de cuentas y prevenir las violaciones de derechos humanos causadas por las empresas. De este modo, el informe se convierte en una herramienta de referencia fundamental para que los Estados fortalezcan sus marcos legales y regulatorios, asegurando que las actividades empresariales no perjudiquen los derechos humanos.

La obligación de respetar implica que los Estados deben evitar cualquier acción que directamente viole los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales. Esto significa, entre otras cosas, no firmar acuerdos comerciales o de inversión que entren en conflicto con las obligaciones internacionales de derechos humanos, ni cooperar con empresas que cometan abusos. El informe subraya que el Estado puede ser considerado responsable cuando las empresas actúan bajo su control o siguiendo sus instrucciones, lo que refuerza la necesidad de separar claramente las esferas de actuación estatal y empresarial en pro de los derechos humanos.

Por su parte, las obligaciones de garantizar y proteger requieren que los Estados implementen marcos normativos que regulen adecuadamente las actividades empresariales. Esto incluye la adopción de leyes y políticas que prevengan las violaciones de derechos humanos, además de mecanismos de supervisión efectivos para monitorear las acciones empresariales. El informe insiste en que las medidas preventivas deben ser proporcionales a los riesgos específicos de cada empresa, lo que implica que el enfoque regulatorio debe adaptarse a la naturaleza y el impacto potencial de las actividades empresariales en cada contexto.

A pesar de que el informe se centra en el deber del Estado de proteger los derechos humanos, también incluye recomendaciones claras sobre la responsabilidad de las empresas y su papel en los abusos de derechos humanos. La evolución de las resoluciones

de la OEA ha contribuido a fortalecer la responsabilidad social empresarial en la región, promoviendo una mayor coherencia entre los Estados y las empresas en el cumplimiento de los estándares internacionales, particularmente los PRNU.

El informe de la CIDH y REDESCA no solo establece estándares interamericanos sobre la relación entre empresas y derechos humanos, sino que también se presenta como una herramienta clave para los Estados en la adopción de políticas públicas que fortalezcan la protección de los derechos humanos. Al abordar de manera exhaustiva las obligaciones de respetar, garantizar y proteger, el informe resalta la importancia de la prevención, la supervisión efectiva y el acceso a reparaciones, sentando las bases para un enfoque regional integral y coherente en materia de derechos humanos y actividades empresariales efectivas para las víctimas.

La CIDH ha resaltado consistentemente que el deber principal recae sobre los Estados, conforme a la CADH, y que estos deben adoptar leyes y políticas públicas que garanticen el respeto y la protección de los derechos humanos en el ámbito empresarial. Entre las obligaciones de los Estados se incluyen la supervisión, fiscalización y, en caso de violaciones, la investigación, sanción y reparación correspondientes. En algunos casos, el informe sugiere que la CIDH podría remitir asuntos a la Corte IDH cuando se identifiquen mecanismos legales que impidan a las víctimas acceder a una reparación efectiva.

El Informe “Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y su REDESCA marca un paso significativo en el desarrollo de estándares regionales sobre la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos. Aunque no es vinculante ni legalmente ejecutable, el informe tiene un impacto considerable, al establecer directrices claras para que los Estados miembros de la OEA desarrollen políticas y leyes que aseguren el respeto y la protección de los derechos humanos en el contexto de actividades empresariales. Este documento proporciona un marco esencial que busca influir en las decisiones de los Estados y guiar el comportamiento empresarial hacia un mayor respeto por los derechos fundamentales.

CONSTRUCCIÓN DE ESTÁNDARES INTERAMERICANOS EN EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS: UN ANÁLISIS DE CASOS CONTENCIOSOS (2015-2023) DE LA CORTE IDH

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha examinado casos contenciosos que reflejan la importancia de los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales. Estos casos han subrayado la obligación de los Estados de regular y supervisar la conducta empresarial para prevenir violaciones a los derechos humanos. Aunque la Corte IDH, según su jurisdicción *ratione personae* (Londoño-Lázaro, Thoene y Pereira-Villa, 2017), no tiene competencia para juzgar a entidades no estatales (CADH, arts. 44 y 62), estos principios han permitido avanzar hacia una supervisión indirecta de las actividades empresariales. A través de estos fallos, la Corte ha contribuido a la creación de estándares interamericanos sobre empresas y derechos humanos, fundamentados en instrumentos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los PRNU (Londoño-Lázaro, Thoene y Pereira-Villa (2017)).

La Tabla 1 resume las decisiones clave emitidas por la Corte en materia de EDH, destacando los puntos importantes abordados en cada caso. Estas sentencias reflejan la obligación de las empresas de respetar y proteger los derechos humanos, así como la responsabilidad de los Estados de crear marcos normativos eficaces, implementar mecanismos de debida diligencia y garantizar la supervisión de actividades empresariales riesgosas. Desde la obligación de prevenir violaciones hasta el reconocimiento de grupos vulnerables, los fallos de la Corte IDH han ido evolucionando y adaptándose a contextos específicos, fortaleciendo así la protección de los derechos humanos en el ámbito empresarial.

ACTIVIDADES EMPRESARIALES, PREVENCIÓN DE DAÑOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS: KALIÑA LOKONO VS. SURINAM

La primera referencia explícita de la Corte IDH a estándares en materia de derechos humanos y empresas, y en particular a los PRNU, se observa en el caso *Kalina Lokono vs. Surinam*. En este caso, la Corte estableció que las empresas no solo tienen la obligación de respetar los derechos humanos, sino también de protegerlos, lo que implica obligaciones de prevención, mitigación y responsabilidades por sus actividades (párrafos

224 y 225) (MacKay,2018).

En este fallo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos abordó, entre otros temas, la responsabilidad del sector privado en la violación de los derechos indígenas. Aunque el enfoque primario de la sentencia fue la restitución de tierras y el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos Kaliña y Lokono, el caso también subrayó que las actividades empresariales, especialmente en el sector extractivo, no pueden ignorar los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. Este precedente sugiere que las empresas que operan en tierras indígenas están obligadas a respetar estos derechos, y que los Estados tienen la responsabilidad de regular dichas actividades para evitar la explotación y violación de derechos, incluso si existen acuerdos comerciales o de inversión que parezcan otorgarles protección.

En este caso, la responsabilidad del Estado no se basaba directamente en los Principios Rectores, ya que la Corte Interamericana de Derechos Humanos solo tiene competencia para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, la Corte ha sostenido que puede recurrir a otros instrumentos internacionales para enriquecer su análisis sobre si un Estado ha cumplido con su deber de proteger los derechos humanos conforme a la Convención Americana (MacKay,2018).

En este sentido, la Corte al analizar la falta del Estado en asegurar que las empresas respetaran los Principios Rectores, concluyó que esta omisión constituía una violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En su análisis, la Corte transformó el Principio 18, originalmente orientador, en una obligación estatal. Este principio establece que las empresas deben identificar y evaluar los riesgos de impacto negativo sobre los derechos humanos tanto por sus propias actividades como por sus relaciones comerciales, prestando especial atención a las personas vulnerables o marginadas. El proceso debe incluir la consulta con los afectados y expertos en derechos humanos, y realizarse periódicamente a lo largo del ciclo de vida de la actividad empresarial, adaptándose a los cambios en el entorno y en las operaciones. Con este enfoque, se busca asegurar que las actividades empresariales respeten los derechos humanos en cualquier contexto, promoviendo así una evaluación integral y continua de sus impactos (Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, 2011).

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la falta de cumplimiento, o de exigencia a las empresas para que respeten los principios rectores en casos comparables al de Kaliña y Lokono, puede considerarse una violación de las obligaciones estatales bajo la Convención Americana. Dado que la interpretación de las responsabilidades de los Estados respecto a las acciones de actores privados ha ido más allá del sistema interamericano, los defensores de derechos humanos deben insistir en que los Estados Parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otros instrumentos de derechos humanos garanticen la protección de los derechos fundamentales, lo cual incluye asegurarse de que las empresas cumplan con las responsabilidades establecidas en los principios rectores.

Por lo tanto, el caso de los pueblos Kaliña y Lokono no solo refuerza la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, sino que también ejemplifica la manera en que los principios internacionales sobre derechos humanos, como los Principios Rectores, pueden influir en las decisiones judiciales para garantizar un entorno de respeto y protección de los derechos indígenas frente a actividades empresariales.

ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO, INTERSECCIONALIDAD Y REGULACIÓN ESTATAL: EMPLEADOS DE LA FÁBRICA DE FUEGOS EN SANTO ANTONIO DE JESÚS Y OTROS VS. BRASIL

La Corte IDH analizó este caso enfocándose en la obligación del Estado de regular y fiscalizar las actividades peligrosas realizadas por entidades privadas. En su sentencia, desarrolló también el alcance del derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias como un componente esencial del derecho al trabajo, además de reafirmar la prohibición del trabajo infantil. Asimismo, se evaluó el contexto de discriminación estructural e interseccional al que se enfrentaban las víctimas, y destacó la falta de debida diligencia de las autoridades en la investigación de los hechos.

En el caso *Fábrica de Fuegos vs. Brasil*, la Corte reafirmó la obligación de los Estados de regular, supervisar y fiscalizar las actividades empresariales que impliquen riesgos significativos para la vida y la integridad de las personas. El tribunal destacó que el Estado tiene el deber de establecer un marco normativo efectivo que regule actividades peligrosas, en particular en el sector privado, para prevenir violaciones a los derechos

humanos. En el caso específico de Brasil, aunque existía un marco regulador adecuado, el Estado incumplió sus deberes de inspección y supervisión al no asegurar condiciones seguras en la fábrica, lo cual derivó en una serie de violaciones a los derechos humanos, como los derechos a la vida, a la integridad personal y a condiciones de trabajo seguras. La Corte subrayó que el deber de regulación en actividades empresariales peligrosas incluye no solo la creación de normas adecuadas, sino también la implementación de mecanismos de control efectivos que garanticen el cumplimiento de dichas normas, especialmente en contextos de alta vulnerabilidad social.

En este marco, la Corte IDH estableció que el deber de los Estados de regular, supervisar y fiscalizar implica la adopción de medidas concretas frente a actividades que suponen un riesgo significativo para la integridad de las personas. En particular, enfatizó que el deber de garantía, consagrado en la CADH, requiere que los Estados actúen diligentemente para evitar que terceros vulneren derechos fundamentales al ejercer actividades empresariales de alto riesgo (párrafo 18). La Corte ha sostenido que la obligación de garantía, consagrada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no se limita únicamente a la relación entre los agentes estatales y las personas bajo su jurisdicción; también se extiende a la obligación de prevenir que terceros, en la esfera privada, vulneren los derechos protegidos (Corte IDH, 2020a, párr. 117). Este caso plantea una cuestión central sobre la imputabilidad al Estado de violaciones de derechos humanos ocurridas en el ámbito laboral privado, una problemática que la Corte ha abordado previamente en casos como *Hacienda Brasil Verde vs. Brasil* y *Lagos del Campo vs. Perú*.

Respecto al deber de regular, la Corte IDH estimó que los Estados tienen la obligación de contar con un marco legislativo eficaz respecto a las actividades peligrosas (párr. 119), incluyendo políticas que exijan a los actores empresariales la implementación de mecanismos de debida diligencia y autorregulación, que permitan prevenir y mitigar los riesgos a la integridad Comité DESC. Observación General No. 24 (Corte IDH, 2020a, párr. 16). Este deber se encuentra reforzado por el art. 7.c de la Convención Belem Do Pará, que exige a los Estados incluir en su legislación interna normas que permitan prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

En ese sentido, el Estado debió contar con un marco legislativo que reconociera dicha actividad como peligrosa, y exigiera a las empresas dedicadas a este rubro, la implementación de mecanismos de debida diligencia y autorregulación. El deber de supervisar y fiscalizar comprende a los servicios ofrecidos por particulares, por ejemplo, de acuerdo a la mencionado en la sentencia *Ximenes Lopes vs. Brasil* párrafo 141, y no se agota con la sola verificación de la existencia de riesgos para los derechos humanos en el marco de actividades empresariales; sino que exige el deber de formular medidas efectivas dirigidas a prevenirlos. Por ello, una vez identificado el riesgo, los Estados deben asegurarse de que las empresas implementen las medidas de corrección correspondientes contenido en el informe sobre empresas y derechos humanos de la REDESCA.

Aunqu la Corte ya había desarrollado una doctrina significativa en relación con los derechos sociales, especialmente en el derecho a la salud, este es el primer caso en el que amplía y profundiza dicha doctrina en el contexto de la seguridad y salud laborales. La Corte afirma que el Estado tiene el deber de regular, supervisar y fiscalizar actividades peligrosas en el ámbito privado, y que el incumplimiento de estas obligaciones puede llevar a que el Estado sea responsable de las violaciones ocurridas dentro de una empresa privada.

Para aplicar este criterio a los hechos del caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos evaluó el marco regulatorio vigente en Brasil en ese momento, así como el cumplimiento estatal de sus obligaciones de supervisión y fiscalización en el ámbito de la salud y seguridad en el trabajo, especialmente en actividades peligrosas. La Corte se basó en criterios del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en convenios de la Organización Internacional del Trabajo, como el Convenio No. 81 sobre Inspección del Trabajo y el Convenio No. 155 sobre Salud y Seguridad de los Trabajadores. Si bien el tribunal consideró que el marco legal era adecuado, dado que el funcionamiento de la empresa contaba con autorización estatal expresa, concluyó que Brasil incumplió sus deberes de inspección laboral de manera ostensible. La falta de supervisión y fiscalización adecuada resultó en una completa ausencia de medidas preventivas, lo que derivó en la responsabilidad del Estado por las violaciones a los

derechos a la vida, integridad personal y condiciones de trabajo seguras y satisfactorias para las víctimas.

En relación con el derecho a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, la Corte reafirma su protección como derecho autónomo bajo el artículo 26 de la CADH, tal como se había señalado en la sentencia *Spoltore vs. Argentina* (Corte IDH, 2020b, párr. 84). En el caso de la *Fábrica de Fuegos vs. Brasil* (párr. 164), la Corte subraya que los Estados tienen la obligación de contar con un sistema de inspección eficiente que garantice el cumplimiento de estas condiciones.

Otro aspecto relevante abordado en esta sentencia, retomando en parte las consideraciones del caso *Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, es la prohibición del trabajo infantil, especialmente en sus peores formas, que incluye actividades peligrosas. Para definir el alcance de las obligaciones estatales en la protección de la niñez bajo el artículo 19 de la CADH, la Corte se apoya en la Convención sobre los Derechos del Niño, la interpretación del Comité de los Derechos del Niño y los convenios de la Organización Internacional del Trabajo sobre la prohibición del trabajo infantil. Adicionalmente, esta sentencia es el análisis de la discriminación estructural e interseccional que sufrieron las víctimas, en las que se conjugaron factores como el género (ya que la mayoría de las trabajadoras eran mujeres), la raza (siendo en su mayoría afrodescendientes) y la condición socioeconómica (viviendo todas las víctimas en situación de pobreza) (Dias Oliveira, 2023).

La Corte sostuvo que el conocimiento previo del Estado sobre la pobreza y vulnerabilidad de las víctimas generaba la obligación de adoptar medidas para garantizar una igualdad real y efectiva, lo que incluía asegurar el acceso a un trabajo decente y seguro. Esta responsabilidad estatal se extiende más allá de la supervisión y fiscalización en el lugar de trabajo, ya que se basa en la falta de medidas proactivas que hubieran evitado la exposición de las trabajadoras a condiciones laborales riesgosas e indignas.

En esta línea, y de manera similar al caso *Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, la Corte incluyó un análisis de contexto para captar la situación descrita. La Corte identificó una conexión entre la pobreza en Santo Antônio de Jesus y el incumplimiento estatal, al señalar que esta población estaba sometida a una discriminación económica estructural

(Dias Oliveira, 2023). Como resultado de esta discriminación, una actividad económica de alto riesgo se estableció en la zona, ofreciendo empleos peligrosos como la única opción laboral para personas con bajo nivel de escolaridad, percibidas socialmente como poco confiables y, por tanto, sin posibilidad de acceder a otras fuentes de ingreso (Corte IDH, 2020a, párr. 188). De este modo, las trabajadoras se vieron obligadas a aceptar trabajos en condiciones de vulnerabilidad extrema, sin la debida instrucción ni protección en sus actividades laborales.

Además de esta discriminación económica estructural, la Corte observó una confluencia de tipos específicos de discriminación —económica y social— que amplificaban la vulnerabilidad de las personas afectadas, en especial las mujeres afrodescendientes, en situación de pobreza, incluidas algunas embarazadas y niñas. Esta superposición de factores generaba una forma particular de discriminación interseccional que incrementaba la exclusión y el riesgo para estas personas (Corte IDH, 2020a, párr. 190).

En el ámbito de los derechos humanos, la igualdad es un principio fundamental. La brecha de género, por ejemplo, ilustra cómo estas desigualdades afectan la capacidad de mujeres y hombres para gozar de sus derechos en condiciones de igualdad ante la ley y en la práctica. Las políticas públicas tienen, entonces, el deber de reflejar y promover esta igualdad en todas las esferas sociales y políticas (Castañeda, 2021). Es aquí donde el enfoque de interseccionalidad cobra relevancia. En casos recientes, la Corte constató que las víctimas se enfrentaban a discriminaciones estructurales e interseccionales, que no se limitan a una mera suma de vulnerabilidades, sino que generan una discriminación específica y única, derivada de la interacción entre diversas formas de opresión (Corte IDH, 2020a; Dias Oliveira, 2023).

Por ello, la Corte constató que “las presuntas víctimas estaban inmersas en patrones de discriminación estructural e interseccional” (Corte IDH, 2020a, párr. 197), y utilizó la noción de interseccionalidad para explicar cómo la superposición de discriminaciones, basadas en las identidades y condiciones socioeconómicas de las personas afectadas, generó una situación de vulnerabilidad compleja y acentuada (Dias Oliveira, 2023). Esta superposición de discriminaciones no se limita a una simple suma

de vulnerabilidades; por el contrario, creó un tipo único de discriminación que no habría existido sin la combinación específica de factores presentes en este caso (Corte IDH, 2020a, párr. 191).

Este análisis, la Corte pudo atribuir responsabilidad al Estado brasileño por la explosión en la fábrica de fuegos artificiales y, conforme al artículo 26 de la CADH, concluyó que las trabajadoras formaban parte de un grupo marginado, en una situación de pobreza estructural, compuesto en su mayoría por mujeres y niñas afrodescendientes. La Corte subrayó que el Estado, a pesar de este contexto, no implementó ninguna medida para enfrentar ni revertir esta discriminación. Al permitir la instalación y funcionamiento de la fábrica en una zona con una población vulnerable, el Estado asumió una obligación reforzada de fiscalizar las condiciones de trabajo y garantizar la adopción de medidas de seguridad efectivas. La identificación de este patrón de discriminación interseccional permitió a la Corte emitir recomendaciones de no repetición, con el fin de proponer soluciones que aborden los problemas de fondo planteados (Dias Oliveira, 2023).

REGULACIÓN, SUPERVISIÓN Y VIGILANCIA: CASO BUZOS MISKITOS (LEMOTH MORRIS Y OTROS) VS HONDURAS

Tras las diversas iniciativas tendientes a que las empresas puedan responder internacionalmente por vulneraciones a derechos humanos, consiste en que cuando tratamos con países con dificultades de control efectivo sobre su territorio y población, bajo nivel de control de las actividades particulares y necesidad de inversiones, las compañías privadas pueden ejercer un control efectivo de tal magnitud sobre las personas que escapa de la supervisión del Estado (Cabezas, 2020). En este caso, la Corte IDH analiza la ausencia de control por parte del Estado de Honduras, las empresas pesqueras tienen una facultad ilimitada en la práctica para disponer de los individuos, quienes, debido a la extrema pobreza y el aislamiento, son forzados a desempeñar un trabajo en condiciones infrahumanas en un esquema de contratación donde las empresas son la única autoridad real (Albán, 2020).

En este contexto, el presente caso marca un hito en el ámbito de los derechos

humanos y empresas. Por primera vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece normas claras sobre las responsabilidades de las empresas en relación con los derechos humanos, además de reforzar las obligaciones de los Estados al respecto.

En este sentido, la sentencia tiene tres aspectos de relevancia. Primero, las “normas miskito” que se consideran parte integral de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos según la Convención Interamericana de Derechos Humanos, teniendo prioridad sobre otras fuentes de derecho interno. Segundo, se ordena a Honduras regular la industria pesquera y supervisar la situación de los buzos miskitos, estableciendo la obligación general de los Estados de promulgar leyes de derechos humanos y diligencia debida ambiental en el contexto empresarial. Y tercero, esta sentencia sienta un precedente que influye en la jurisprudencia de la Corte, como se evidencia en casos posteriores.

En cuanto a las responsabilidades de los Estados, la sentencia establece que deben prevenir violaciones de derechos humanos por parte de empresas privadas, incluyendo aquellas con operaciones transnacionales, mediante medidas legislativas y otros enfoques efectivos. También deben implementar políticas de derechos humanos, realizar diligencia debida y proporcionar acceso a mecanismos judiciales para las víctimas. Respecto a las empresas, se establece que deben evitar contribuir a violaciones de derechos humanos, adoptar medidas preventivas, evaluar riesgos continuamente y reparar daños causados por sus actividades.

A pesar de estos avances, la jurisdicción de la Corte se limita a los Estados, lo que significa que sus sentencias solo son vinculantes para los Estados y no para actores privados como las empresas, por la puntualización mencionada previamente. Para abordar esta limitación y garantizar la rendición de cuentas, se sugiere que los Estados adopten normas legalmente vinculantes a nivel nacional (a través de leyes de diligencia debida obligatoria en derechos humanos) e internacional (mediante tratados vinculantes sobre Empresas y Derechos Humanos).

Esta sentencia permite para definir las responsabilidades de los Estados y las empresas en relación con los derechos humanos, y su impacto continuará moldeando la jurisprudencia, la legislación y la práctica en este campo en las Américas y más allá.

Respecto de los elementos jurídicos, la Corte IDH se basa en la aplicación práctica de los PRNU, haciendo una aplicación de los estándares de los PRNU en relación con la Convención Americana, la Corte IDH señala que las empresas son las primeras encargadas de tener un comportamiento responsable en las actividades que realicen (Corte IDH, 2021, párr. 98). Apoya dicha aseveración tomando en consideración que los Estados deben adoptar medidas destinadas a que las empresas: (i) cuenten con políticas apropiadas para la protección de los derechos humanos; (ii) incorporen prácticas de buen gobierno corporativo con enfoque derechos humanos; (iii) cuenten con procesos de diligencia debida para la identificación, prevención y corrección de violaciones a los derechos humanos, así como para garantizar el trabajo digno y decente; y, (iv) cuenten con procesos que permitan a la empresa reparar las violaciones a derechos humanos que ocurran con motivo de las actividades que realicen (Corte IDH, 2021, párr. 100). Estas obligaciones provienen precisamente del Pilar dos de los PRNU, lo que ya ha sido referido por la Corte en casos anteriores.

La Corte reitera el deber del Estado de prevenir toda violación de los derechos humanos por parte de las entidades privadas que operan bajo su jurisdicción (para. 48). Utilizando el primer y el tercer pilar de los PRNU, la Corte IDH establece que dicho deber incluye la adopción de leyes y políticas específicas, incluida la diligencia debida (Corte IDH, 2021, para. 49) y mecanismos de reparación (para. 50). Si bien es importante la referencia a la inclusión de deberes concretos, la Corte IDH no hace una aplicación concreta a la situación de los buzos Miskitos.

La Corte IDH, en la sentencia Buzos Miskitos, destacó los tres pilares fundamentales de los Principios Rectores: (i) el deber del Estado de proteger los derechos humanos, (ii) la responsabilidad de las empresas de respetarlos, y (iii) el derecho de acceso a mecanismos de reparación. Estos pilares establecen principios esenciales para definir el alcance de las obligaciones de los Estados y las empresas en materia de derechos humanos (Corte IDH, 2021, párr. 47).

En este contexto, la Corte enfatizó que los Estados deben implementar medidas que garanticen que las empresas adopten políticas y prácticas adecuadas para la protección de los derechos humanos. En primer lugar, se requiere que las empresas

cuenten con políticas específicas orientadas a proteger estos derechos. En segundo lugar, deben incorporar prácticas de buen gobierno corporativo que prioricen un enfoque de partes interesadas (*stakeholder*), fomentando una gestión empresarial que promueva el respeto y el cumplimiento de las normas de derechos humanos. En tercer lugar, las empresas deben establecer procesos de diligencia debida para identificar, prevenir y corregir cualquier violación de derechos humanos, asegurando también condiciones laborales dignas y justas. Finalmente, las empresas tienen la obligación de disponer de mecanismos para reparar cualquier daño a los derechos humanos derivado de sus actividades, especialmente cuando afecte a personas en situación de pobreza o pertenecientes a grupos vulnerables (Corte IDH, 2021, párr. 49). Estas disposiciones buscan asegurar que tanto Estados como empresas asuman un rol activo en la promoción y protección de los derechos humanos, especialmente en contextos donde las actividades empresariales pueden tener un impacto significativo en comunidades vulnerables.

La Corte IDH utiliza el segundo pilar de los PRNU para afirmar que las empresas son las primeras responsables de garantizar que sus actividades respeten los derechos humanos (Corte IDH, 2021, párr. 51). Esto incluye medidas como políticas internas que se evalúen constantemente, estrategias de mitigación y mecanismos de rendición de cuentas, incluyendo a sus cadenas de suministro (Corte IDH, 2021, párr. 52). Una vez más, este lenguaje amplio perjudica su impacto en el caso concreto y la Corte IDH no tiene en cuenta otros instrumentos sobre EDH y estándares laborales reconocidos internacionalmente.

Por último, la Corte IDH no ordenó ninguna medida específica que obligara a Honduras a promulgar leyes o políticas específicas aplicables a todas las empresas en torno a EDH. Una medida de esta naturaleza podría haber contribuido a prevenir futuras violaciones de derechos por parte de actores empresariales. La única referencia a este tema es un comentario sobre una reparación relativa a la adopción de planes de certificación para la pesca segura (Corte IDH, 2021, párr. 162.6.k), donde la Corte establece que Honduras debe adoptar una nueva normativa de pesca que incluya “políticas de derechos humanos, procesos de diligencia debida y procesos para remediar las violaciones de derechos humanos” (Corte IDH, 2021, párr. 138). La Corte especifica que

las empresas deben hacerse cargo del costo financiero de la implementación de nuevos mecanismos de seguridad y supervisión. Sin embargo, dado que la orden de adoptar una nueva normativa pesquera no forma parte de las órdenes contenidas en la parte resolutive de la sentencia, es dudoso que el Estado haga cumplir este requisito a las empresas. A pesar de este vacío, la Corte IDH podría monitorear el cumplimiento de esta medida en las audiencias de supervisión de cumplimiento de sentencia que se lleven sobre este caso.

POBLACIÓN LGBTIQ, EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS: CASO OLIVERA FUENTES VS PERÚ

En los fundamentos de esta sentencia, la Corte Interamericana establece principios clave en varias áreas. En cuanto a igualdad y no discriminación, se enfatiza que el principio de interés superior de la niñez no debe utilizarse para justificar actos discriminatorios (Corte IDH, 2023, párr. 120). Asimismo, se reconoce la obligación de los Estados de adoptar medidas correctivas para asegurar la igualdad y el goce efectivo de derechos para todos los individuos, independientemente de su condición (Corte IDH, 2023, párr. 86).

En relación con las empresas y los derechos humanos, la Corte establece la obligación de estas de respetar los derechos de las personas LGBTIQ+, tanto en sus relaciones internas, que incluyen a sus trabajadores, como en sus relaciones externas con proveedores, distribuidores y consumidores (Corte IDH, 2023, párrs. 102-103). A este respecto, también se subraya el papel de las autoridades en el desarrollo de políticas y la supervisión de las actividades empresariales, con el fin de eliminar cualquier práctica o actitud discriminatoria contra la comunidad LGBTIQ+ ((Corte IDH, 2023, párrs. 104 y 108).

En cuanto a la valoración de la prueba en casos de discriminación, la sentencia incorpora la inversión de la carga probatoria en favor de las personas LGBTIQ+ (Corte IDH, 2023, párrs. 108-109). También, la Corte señala la importancia de evaluar los testimonios dentro del contexto de discriminación, rechazando cualquier infravaloración del testimonio debido a la orientación sexual, identidad de género o expresión de género

de la persona (Corte IDH, 2023, párr. 116).

Para analizar la posible responsabilidad en materia de derechos humanos de un supermercado, la Corte Interamericana se basa en el deber de garantía de los Estados, el cual incluye la responsabilidad de supervisar el comportamiento de los particulares dentro de su jurisdicción. En este caso, la Corte utiliza tanto fundamentos jurídicos como consideraciones sobre el contexto social. En cuanto a los elementos jurídicos, se centra en los PRNU, aplicándolos en el marco de la Convención Americana y haciendo referencia al caso *Buzos Miskitos (Lemoth Morris) vs. Honduras*. Según estos estándares, la Corte enfatiza que las empresas deben asumir, en primera instancia, una conducta responsable en sus operaciones (Corte IDH, 2023, párr. 98). Este deber empresarial incluye: (i) implementar políticas adecuadas para la protección de los derechos humanos; (ii) adoptar prácticas de gobernanza corporativa con enfoque en derechos humanos; (iii) llevar a cabo procesos de diligencia debida para identificar, prevenir y remediar posibles violaciones a derechos humanos, asegurando condiciones laborales dignas; y (iv) establecer mecanismos para reparar cualquier violación de derechos humanos vinculada a sus actividades (Corte IDH, 2023, párr. 100). Estas responsabilidades corresponden al segundo pilar de los PRNU, un estándar que la Corte ha referido en casos previos.

Para vincular estos principios con los derechos de la población LGBTQ+, la Corte recurre a instrumentos de *soft law*, como los Principios de Conducta para las Empresas en la Lucha contra la Discriminación de Personas LGBTQ+, promovidos por la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos desde 2017, y los Principios de Yogyakarta. Con base en estos instrumentos, la Corte subraya que las empresas deben evitar la discriminación de proveedores, distribuidores y clientes LGBTQ+ al brindar acceso a productos y servicios. Esta responsabilidad va más allá de prevenir actos de discriminación directa e incluye enfrentar la violencia, el acoso, la intimidación, los malos tratos, la incitación a la violencia y otros abusos que puedan surgir en relación con sus productos, servicios o relaciones comerciales.

La Corte Interamericana señala que, en Perú, las personas de la comunidad LGBTQ+ han enfrentado un estigma profundamente arraigado en la sociedad, así como estereotipos negativos que perpetúan actos de discriminación en el trabajo, en el mercado

y en la comunidad en general. Para erradicar estas prácticas y alcanzar una igualdad material que vaya más allá de la formal, es fundamental la participación activa de toda la sociedad, especialmente del sector empresarial. Este sector no solo tiene la capacidad, sino también la responsabilidad de promover un cambio positivo para la comunidad LGBTIQ+.

En los casos que abordan actos de discriminación por parte de empresas, la Corte subraya que estas están en la mejor posición para demostrar que sus decisiones están fundamentadas en criterios objetivos y no en motivos discriminatorios. La Corte ha establecido la “inversión de la carga de la prueba” o “carga dinámica de la prueba” en situaciones donde el demandante presenta indicios suficientes de discriminación. Por ejemplo, en el caso en cuestión, la Corte identificó como tales indicios: i) un reportaje posterior que evidenciaba un trato diferenciado de la empresa hacia una pareja heterosexual y ii) documentos y cartas presentados por la empresa en respuesta a la demanda, los cuales reflejaban estereotipos que no fueron considerados en el proceso administrativo ni judicial, resultando así irrazonable que el demandante, el señor Olivera, tuviera que presentar pruebas adicionales que estaban en posesión del supermercado.

Otro aspecto relevante de esta sentencia es el nuevo alcance de la responsabilidad empresarial en sus relaciones comerciales. La Corte enfatiza que las empresas deben respetar los derechos humanos de las personas LGBTIQ+ no solo en el ámbito laboral, sino también en todas sus operaciones y relaciones comerciales, garantizando que proveedores, distribuidores y clientes tengan acceso a sus productos y servicios sin discriminación.

Es importante señalar que, desde los eventos ocurridos en 2004, se han logrado avances tanto normativos como en políticas que abordan el papel de las empresas en relación con las afectaciones que sus actividades pueden causar a los derechos humanos. En efecto, los Principios Rectores han establecido un estándar interpretativo a nivel internacional, con implicaciones prácticas en el ámbito nacional. Entre las medidas de no repetición, se incluyó el diseño y la implementación de una política pública destinada a supervisar y garantizar que las empresas y sus trabajadores cumplan con la legislación nacional, así como con los estándares interamericanos sobre igualdad y no discriminación

de las personas LGBTIQ+ (Corte IDH, 2023, párr. 64).

DISCUSIÓN

Los documentos y resoluciones adoptados por la CIDH han jugado un papel clave en la creación de un marco de responsabilidad tanto para los Estados como para las empresas que ha sido posteriormente una guía para la Corte IDH como el informe temático desarrollado por la REDESCA. La CIDH subraya que los Estados deben implementar mecanismos de supervisión efectivos y adoptar políticas públicas claras para prevenir abusos. Este enfoque establece un marco que no solo permite la identificación de violaciones, sino que también ofrece una guía para los Estados en la creación de mecanismos de reparación y justicia para las víctimas, un aspecto que la Corte IDH ha recogido en su jurisprudencia.

Los informes y resoluciones de la CIDH han sido un recurso fundamental para la Corte IDH en la interpretación de los derechos contenidos en la CADH. En casos relacionados con empresas, como *Kaliña y Lokono vs. Surinam*, la Corte ha tomado en cuenta los estándares propuestos por la CIDH para definir las obligaciones estatales de protección de los derechos de las comunidades afectadas por actividades empresariales, en particular extractivas. La jurisprudencia de la Corte ha desarrollado este derecho como un estándar obligatorio, vinculando directamente la protección de los territorios indígenas con las obligaciones estatales de supervisión y control sobre las empresas.

Además de los casos extractivos, otras sentencias de la Corte IDH han seguido la línea establecida por los informes de la CIDH en materia de responsabilidad estatal frente a violaciones de derechos humanos por parte de empresas. En el caso *Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus vs. Brasil*, la Corte aplicó criterios de supervisión estatal propuestos por la CIDH para analizar la negligencia del Estado en la fiscalización de las condiciones laborales de los trabajadores. Esta decisión refuerza la idea de que, aunque las empresas privadas son actores clave, la principal responsabilidad de proteger los derechos humanos recae en el Estado. Asimismo, el caso *Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras* representa otro ejemplo en el que la Corte IDH

aplicó estándares interamericanos de la CIDH sobre la responsabilidad estatal en contextos de empresas transnacionales. La Corte destacó la obligación del Estado de regular las actividades de estas empresas y garantizar que las violaciones de derechos humanos no queden impunes.

En cuanto a la evolución de los estándares de derechos humanos en las sentencias de la Corte IDH revela una tendencia progresiva en la protección de los derechos humanos en el contexto empresarial. Las sentencias de la Corte IDH han logrado una creciente armonización de los estándares de los PRNU con la CADH, especialmente en lo que respecta a la responsabilidad de las empresas de respetar y proteger los derechos humanos. Sin embargo, algunos fallos, como el de los Buzos Miskitos, presentan estándares más concretos por parte de las empresas y establecer mecanismos de reparación y el de Olivera Fuentes, aportan especificidad en áreas particulares, como la protección contra la discriminación, consolidando un marco jurídico interamericano en materia de empresas y derechos humanos.

Al analizar las sentencias clave, es posible trazar un recorrido claro desde las primeras preocupaciones sobre la prevención de riesgos hasta los estándares más avanzados de no discriminación y supervisión estatal activa, mostrando la creciente sofisticación en el tratamiento de los derechos humanos a lo largo de los años.

La evolución de los criterios de derechos humanos en el ámbito empresarial, según las sentencias seleccionadas de la Corte IDH, refleja un avance significativo en la protección de estos derechos frente a actividades empresariales. Utilizando un gráfico de plano cartesiano con el eje X representando las sentencias analizadas presentadas por orden cronológico (2015, 2020, 2021, 2023) y el eje Y señalando los criterios claves (prevención de riesgos, diligencia debida, no discriminación, supervisión estatal), se pueden identificar tendencias claras que demuestran un progreso en la jurisprudencia interamericana.

Aunque la evolución de los estándares de derechos humanos en las sentencias de la Corte IDH es evidente, la pregunta es si esta evolución ha sido suficiente frente a la magnitud de los desafíos que enfrentan las comunidades vulnerables en América Latina. Si bien los criterios como la prevención de riesgos, la diligencia debida y la supervisión

estatal son avances significativos, la implementación práctica de estos estándares sigue siendo desigual en los Estados miembros de la OEA. Además, las empresas que operan en contextos de alta vulnerabilidad social y económica, como los pueblos indígenas o las personas LGBTIQ+, siguen beneficiándose de vacíos normativos y una falta de mecanismos efectivos de cumplimiento. La CIDH ha jugado un papel crucial en el desarrollo de mecanismos de supervisión, pero la realidad es que muchas veces los Estados carecen de la voluntad política o los recursos necesarios para implementar estas sentencias de manera efectiva.

Por tanto, aunque la tendencia es alentadora, el impacto real en la vida de las comunidades afectadas depende de la capacidad de los Estados y las empresas para asumir estas responsabilidades de manera concreta y continua. Las decisiones de la Corte IDH y los mecanismos de la CIDH deben ir acompañados de un cambio estructural en las dinámicas de poder, donde la protección de los derechos humanos no sea una carga reactiva, sino una prioridad central en todas las actividades empresariales.

Para contrastar los estándares desarrollados por la Corte IDH en materia de empresas y derechos humanos, es clave observar cómo estos se han armonizado en las diversas sentencias y qué elementos innovadores se han introducido en cada una. La Corte ha empleado los PRNU como marco fundamental para definir las obligaciones tanto de las empresas como de los Estados. Sin embargo, la especificidad de estos estándares varía dependiendo del caso, y algunos fallos presentan elementos más avanzados o innovadores.

A lo largo de varios casos, la Corte IDH ha mantenido un enfoque consistente al armonizar los estándares de los PRNU con las obligaciones impuestas por la CADH. En *Kalina y Lokono vs. Surinam* (2016), la Corte hace una referencia implícita a los PRNU al señalar que las empresas deben no solo respetar los derechos humanos, sino también protegerlos, lo que implica obligaciones de prevención y mitigación (párrafos 224 y 225). La Corte establece que las actividades empresariales, especialmente en sectores extractivos, deben respetar los derechos de los pueblos indígenas, un estándar que alinea con los PRNU, aun cuando estos no son mencionados explícitamente.

En el caso *Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesús vs.*

Brasil, la Corte es más clara al establecer la necesidad de que los Estados implementen marcos legislativos que regulen actividades peligrosas realizadas por empresas, exigiendo mecanismos de diligencia debida. Aquí, el estándar es armonizado con el deber del Estado de garantizar la protección de los derechos humanos en actividades de alto riesgo, una extensión del primer pilar de los PRNU (obligación del Estado de proteger los derechos humanos).

En *Buzos Miskitos vs. Honduras*, la Corte introduce normas claras sobre las responsabilidades de las empresas, alineando de manera más directa los tres pilares de los PRNU con las obligaciones de los Estados y empresas en contextos de vulnerabilidad. La sentencia refuerza el deber de los Estados de prevenir violaciones a los derechos humanos por parte de empresas y, al mismo tiempo, establece que las empresas deben evitar contribuir a esas violaciones, adoptando medidas preventivas y evaluando continuamente los riesgos. Este caso marca un avance en la armonización de los PRNU con la CADH, en tanto la Corte expande la noción de responsabilidad empresarial al exigir procesos de reparación cuando ocurren violaciones.

De entre las sentencias analizadas, la de los *Buzos Miskitos vs. Honduras* es la más innovadora, ya que introduce por primera vez un conjunto de obligaciones específicas para las empresas en relación con los derechos humanos, conocido como “normas miskito”. Estas normas incluyen la adopción de políticas de derechos humanos, diligencia debida y mecanismos de reparación, y se alinean de manera explícita con los PRNU. La Corte da un paso adelante al exigir no solo la regulación estatal, sino también la acción directa de las empresas para prevenir y corregir violaciones de derechos humanos. Además, la sentencia incluye una novedad importante: la participación de las empresas en la implementación de nuevos mecanismos de seguridad, haciendo que asuman responsabilidad financiera por las violaciones. Esta medida refuerza el rol activo de las empresas en la protección de los derechos humanos, más allá de la mera observación de las leyes estatales. Por otro lado, la sentencia del caso *Olivera Fuentes vs. Perú* sobre la discriminación de la población LGBTIQ+ es otro ejemplo de estándares específicos aplicados a empresas. La Corte refuerza la idea de que las empresas no solo deben evitar la discriminación, sino también adoptar medidas activas para prevenirla y

corregirla. Este estándar es altamente específico, ya que aborda directamente la no discriminación en las relaciones comerciales y laborales, estableciendo la carga de la prueba para las empresas cuando se trata de actos de discriminación.

En este contexto, en términos de similitudes, las sentencias estudiadas sostienen que las empresas deben respetar los derechos humanos y que los Estados tienen el deber de regular y supervisar las actividades empresariales para evitar violaciones. También coinciden en promover mecanismos de debida diligencia y autorregulación dentro de las empresas, así como en subrayar la necesidad de reparar los daños causados en caso de vulneración de derechos.

Sin embargo, las diferencias en cada caso surgen a partir de los contextos específicos de vulnerabilidad y de las particularidades de las poblaciones afectadas. En *Kaliña Lokono vs. Surinam*, la Corte IDH se enfoca en la protección de los derechos de comunidades indígenas, especialmente en relación con la tenencia de tierras y el impacto de actividades extractivas, obligando al Estado a regular las actividades empresariales en territorios indígenas. En *Empleados de la Fábrica de Fuegos vs. Brasil*, el enfoque se amplía a las condiciones laborales en actividades peligrosas, incluyendo un llamado a prevenir la violencia de género. *Buzos Miskitos vs. Honduras*, por su parte, define estándares en contextos donde el Estado tiene un control limitado, resaltando la importancia de mecanismos específicos como las “Normas Miskito” para mitigar riesgos en sectores de alta vulnerabilidad. En el caso *Olivera Fuentes vs. Perú* introduce un enfoque novedoso en cuanto a la protección contra la discriminación de personas LGBTIQ+, estableciendo una inversión de la carga de la prueba en casos de discriminación empresarial hacia este grupo.

Los nuevos estándares emergentes, especialmente en el caso de Olivera Fuentes, indican un avance hacia un enfoque más integral y específico en la protección de los derechos de grupos históricamente marginados. La inversión de la carga probatoria y el uso de instrumentos de *soft law*, como los Principios de Conducta para las Empresas en la Lucha contra la Discriminación de Personas LGBTIQ+, ilustran un esfuerzo por abordar de manera más efectiva la discriminación en el ámbito empresarial.

Los nuevos estándares reflejan un avance en la especificidad y adaptabilidad de

las obligaciones de empresas y Estados según el contexto de vulnerabilidad de cada caso. Estos estándares incluyen el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, la aplicación de mecanismos de seguridad laboral en entornos de trabajo peligrosos, la certificación de actividades empresariales en sectores riesgosos, y, recientemente, la incorporación de la no discriminación hacia personas LGBTIQ+ en el acceso a servicios y productos empresariales.

La tabla 2 destaca las similitudes entre los casos descritos y analizados previamente, subrayando un enfoque común hacia la igualdad y no discriminación, así como la obligación de los Estados de garantizar los derechos humanos. En todos los casos, se enfatiza la importancia de establecer políticas empresariales que respeten los derechos, lo que muestra un consenso creciente sobre la necesidad de una mayor responsabilidad empresarial en la protección de los derechos humanos:

Se puede observar que las sentencias de la Corte IDH relacionadas con las actividades empresariales han evolucionado, adoptando como referencia los estándares establecidos desde 2015. La Corte no solo aplica estos estándares, sino que también los adapta a cada caso específico, analizando detenidamente la situación de las víctimas. Este enfoque permite establecer una relación más robusta entre los Principios Rectores, la CADH y otros instrumentos de derecho internacional, tanto vinculantes como no vinculantes (*hard* y *soft law*). De este modo, la Corte busca brindar un mayor alcance y protección a los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales.

CONCLUSIONES

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha logrado avances notables en la intersección entre empresas y derechos humanos, gracias a los esfuerzos de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Uno de los aportes más importantes ha sido el desarrollo de estándares interamericanos que establecen un marco normativo para regular las actividades empresariales, particularmente en sectores como el extractivo. La CIDH ha jugado un papel central a través de informes temáticos y audiencias que abordan violaciones de derechos humanos en territorios indígenas y afrodescendientes, destacando

la necesidad de que los Estados asuman la responsabilidad de proteger a las comunidades vulnerables frente a los abusos empresariales.

El SIDH ha promovido la implementación de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos en la región, subrayando la importancia de la responsabilidad estatal y empresarial. Los fallos de la Corte IDH han sentado precedentes claros en cuanto a la obligación de los Estados de proteger a sus ciudadanos no solo de las violaciones de derechos humanos cometidas por el propio Estado, sino también de las perpetradas por empresas que operan bajo su jurisdicción. Estas decisiones judiciales han fortalecido la rendición de cuentas y la capacidad de los Estados para supervisar las actividades empresariales, estableciendo un marco legal robusto que fomenta la responsabilidad de las empresas en el respeto a los derechos humanos.

La creación de la REDESCA ha sido un avance clave para abordar la relación entre empresas y derechos humanos en el SIDH. El informe “Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos” establece directrices claras para que los Estados adopten políticas públicas eficaces que regulen las actividades empresariales y aseguren la protección de los derechos humanos. Esta herramienta se ha convertido en una referencia esencial para guiar a los Estados y las empresas hacia un mayor compromiso con el respeto de los derechos fundamentales en sus operaciones.

La jurisprudencia de la Corte IDH como se ha mostrado ha avanzado significativamente en la relación entre derechos humanos y empresas. En el caso de *Kaliña Lokono vs. Surinam*, la Corte subrayó la obligación de las empresas no solo de respetar, sino también de proteger los derechos humanos, alineando sus decisiones con los PRNU. Este fallo reafirma que las empresas, especialmente en sectores extractivos, deben evitar violar los derechos de las comunidades indígenas, lo que refuerza el deber del Estado de regular y supervisar sus actividades.

A pesar de este progreso, la Corte IDH sigue adoptando una perspectiva centrada principalmente en el Estado, lo que se debe en parte a factores estructurales. Aunque la Corte ha reconocido la responsabilidad de las empresas, la falta de un marco normativo vinculante en el ámbito interamericano limita su capacidad para exigir obligaciones directas a las corporaciones. Los avances en la parte argumentativa de sus fallos no

siempre se reflejan en la parte resolutive, lo que subraya una oportunidad pendiente para fortalecer la implementación de estos estándares en el ámbito local.

La evolución de los estándares interamericanos sobre empresas y derechos humanos, tal como se refleja en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, indica un avance significativo en la responsabilidad estatal y empresarial en la protección de los derechos fundamentales. A través de un marco normativo más integral, que abarca desde la prevención de riesgos hasta la no discriminación, ambas instituciones han establecido criterios claros que buscan garantizar que el desarrollo económico no comprometa los derechos de comunidades vulnerables, como los pueblos indígenas y afrodescendientes.

Las sentencias analizadas evidencian una creciente armonización de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos con las obligaciones establecidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues muestran cómo la Corte ha integrado los principios rectores en su jurisprudencia, exigiendo no solo la responsabilidad del Estado en la regulación y supervisión de las actividades empresariales, sino también la acción proactiva de las empresas para prevenir y remediar violaciones a los derechos humanos.

Sin embargo, a pesar de estos avances normativos, persisten desafíos significativos en la implementación práctica de estos estándares. La falta de voluntad política y de recursos en muchos Estados miembros de la OEA limita la efectividad de las decisiones de la Corte y de las recomendaciones de la CIDH. Además, las empresas que operan en contextos de alta vulnerabilidad continúan aprovechando vacíos normativos, lo que pone en riesgo los derechos de las comunidades afectadas.

Por lo tanto, si bien se observa una tendencia alentadora hacia la protección de los derechos humanos en el ámbito empresarial, el verdadero impacto de estas reformas depende de un cambio estructural en las dinámicas de poder. Esto implica que tanto los Estados como las empresas deben asumir responsabilidades concretas y sostenibles, priorizando la protección de los derechos humanos en todas sus actividades. La labor de la CIDH y la Corte IDH debe ser complementada con un compromiso decidido de los Estados y las empresas para que la protección de los derechos humanos sea no solo un

principio legal, sino una prioridad central en la práctica.

Para avanzar en la agenda regional de empresas y derechos humanos, es necesario establecer estándares mínimos comunes y articular estos esfuerzos con marcos globales como la Agenda 2030. Esto permitirá un enfoque más coordinado y eficiente, evitando la dispersión de esfuerzos y asegurando que las acciones sean replicables y sostenibles. Además, la inclusión de enfoques diferenciados que atiendan a poblaciones vulnerables como minorías étnicas, la niñez y las personas LGBTIQ+, así como la perspectiva de género, debe ser una prioridad en cualquier política regional o nacional que busque regular la actividad empresarial en relación con los derechos humanos.

La región está en un proceso de adaptación y avance hacia un marco normativo más sólido que regule las actividades empresariales y proteja los derechos humanos. A medida que la Corte IDH y otros mecanismos supranacionales continúen desarrollando estos estándares, será crucial que los Estados y las empresas asuman un papel más activo en su implementación, asegurando el respeto y la garantía de los derechos fundamentales de todas las personas.

El análisis de la evolución de los estándares de derechos humanos en las sentencias de la Corte IDH y los mecanismos de la CIDH muestra un claro progreso hacia una mayor protección de los derechos humanos en el ámbito empresarial, pero también expone los desafíos persistentes en la implementación de estas medidas. La tendencia hacia una mayor inclusión, con un enfoque en la no discriminación y la responsabilidad estatal, representa un avance significativo. No obstante, para que este progreso tenga un impacto real, será fundamental fortalecer los mecanismos de supervisión y asegurar que las empresas y los Estados actúen de manera conjunta y efectiva en la protección de los derechos de las comunidades vulnerables en América Latina.

BIBLIOGRAFÍA

Cabezas Albán, V. D. (2020). El caso de los buzos miskitos: un laboratorio vivo para auditar la adaptabilidad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Derecho PUCP*, (84), 47-67. <https://dx.doi.org/10.18800/derechopucp.202001.002>

Castillo Aguirre, D. M. (2022). Estándares Interamericanos sobre empresas y Derechos Humanos. Obligaciones estatales frente a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. *Iuris Dictio*, (29), 13. <https://doi.org/10.18272/iu.v29i29.2358>

Castañeda Rivas, M. L. (2021). Derechos humanos y perspectiva de género. *Revista Facultad De Jurisprudencia PUCE*, 2(9), 123 - 138. <https://doi.org/10.26807/rfj.v2i9.424>

CIDH, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Universalización del sistema interamericano de derechos humanos*. Washington D. C.: CIDH.

CIDH, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2017). *Plan estratégico 2017-202*. Washington D. C.: CIDH.

Corte IDH. (2006). Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.

Corte IDH. (2015). *Pueblo Kaliña y Lokono vs. Surinam*. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es>

Corte IDH. (2020a). *Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus vs. Brasil* (Sentencia de 15 de julio de 2020). Corte IDH. (2020).

Corte IDH. (2020b). Caso Spoltore Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de junio de 2020. Serie C No. 404.

Corte IDH. (2021). Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) Vs. Honduras. Sentencia de 31 de agosto de 2021.

Corte IDH. (2023). *Oliveira Fuentes y otros vs. Perú*. Sentencia de 27 de abril de 2023. Serie C No. 479. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es>

Comité DESC. (2017). Observación General No. 24, “Las obligaciones de los Estados en virtud del PIDESC en el contexto de las actividades empresariales”, UN Doc. E/C.12/GC/24.

Cantú Rivera, H. (2015). La OCDE y los derechos humanos: el caso de las Directrices para Empresas Multinacionales y los Puntos de Contacto Nacional. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, XV, 611-658. Recuperado de:

<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=402741202016>

Días Oliveira, S. L. (2023). Interseccionalidad y el caso de los empleados de la fábrica de fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil: Un análisis jurisprudencial. *Revista de Derecho (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho)*, (28), e3107. <https://doi.org/10.22235/rd28.3107>

Iglesias Márquez, D. (2019). Hacia la adopción de un tratado sobre empresas y derechos humanos: viejos debates, nuevas oportunidades. *Deusto Journal of Human Rights*, 4, 145-176. <http://dx.doi.org/18543/djhr-4-2019pp145-176>

Iglesias Márquez, D. (2020). Estándares interamericanos sobre empresas y derechos humanos: Nuevas perspectivas para la conducta empresarial responsable en las Américas. *Anuario De Derechos Humanos*, 16(2), 347–379. <https://doi.org/10.5354/0718-2279.2020.57394>

Londoño-Lázaro, M., Thoene, U., & Pereira, C. (2017). The Inter-American Court of Human Rights and Multinational Enterprises: Towards Business and Human Rights in the Americas? *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 16(3), 437-463. <https://doi.org/10.1163/15718034-12341360>

MacKay, F. (2018). The case of the Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname and the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Convergence, divergence and mutual reinforcement. *Erasmus Law Review*, 11(1), 31-42.

Naciones Unidas. (2011). *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"*. Nueva York y Ginebra. https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf

Organización de los Estados Americanos. (2014). Resolución de la Asamblea General relacionada con la “Promoción y protección de los derechos humanos en las empresas”, *AG/RES. 2840 (XLIV-O/14)*.

REDESCA. *Informe sobre Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos*.

Smart, S. (2024, octubre 1). Derechos humanos y empresas: análisis de

jurisprudencia en el Sistema Interamericano. *Nova Centre on Business, Human Rights and the Environment Blog*.

<https://novabhre.novalaw.unl.pt/%F0%9F%87%AA%F0%9F%87%B8-derechos-humanos-y-empresas-analisis-de-jurisprudencia-en-el-sistema-interamericano/>

Soares, A. O., Brito Perillo, J. P., & Miranda de Oliveira, S. (2021). Avances del Sistema Interamericano en Derechos Humanos y Empresas: el informe de REDESCA. *Homa Publica - Revista Internacional De Derechos Humanos Y Empresas*, 5(1), e:074. Recuperado de <https://periodicos.ufjf.br/index.php/HOMA/article/view/34260>

Wettstein, F. (2015). Responsabilidad corporativa: todos los ojos puestos en los derechos humanos. *Business and Human Rights Journal Blog*. Recuperado de <http://blog.journals.cambridge.org/2015/06/08/business-and-human-rights/>

Wrzoncki, E., & Zarama, G. (2019). Empresas y derechos humanos en América Latina y el Caribe: Retos y oportunidades para la adopción e implementación de planes de acción nacionales. Instituto Danés de Derechos Humanos. https://www.humanrights.dk/files/media/document/~%2019_02922-15%20empresas_y_derechos_humanos_en_america_latina_y_el_caribe%20-fd%20461987_1_1.pdf

ANEXOS

Tabla 1

Síntesis sentencias sobre EDH de la Corte IDH

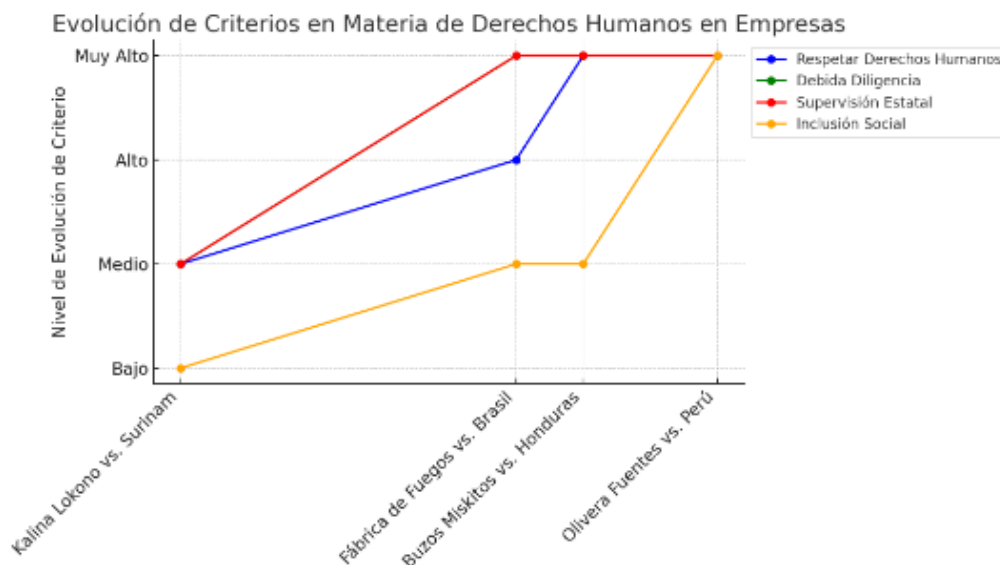
Nombre de la Sentencia	Año	Puntos Importantes Abordados sobre Empresas y Derechos Humanos
Kalina Lokono vs. Surinam	2015	<ul style="list-style-type: none"> - Las empresas tienen la obligación de respetar y proteger los derechos humanos. - Obligatoriedad de prevención y mitigación de riesgos por sus actividades empresariales.

<p>Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antonio de Jesús y otros Vs. Brasil</p>	2020	<ul style="list-style-type: none"> - Los Estados deben contar con marcos legislativos eficaces sobre actividades peligrosas. - Las empresas deben implementar mecanismos de debida diligencia y autorregulación para prevenir riesgos. - Los Estados tienen la obligación de supervisar y fiscalizar actividades empresariales riesgosas, formulando medidas preventivas efectivas. - Las empresas deben garantizar condiciones de trabajo equitativas y seguras.
<p>Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras</p>	2021	<ul style="list-style-type: none"> - Las empresas deben respetar los derechos humanos, evaluando y mitigando continuamente los riesgos. - Los Estados tienen el deber de prevenir violaciones por parte de empresas privadas, incluyendo aquellas transnacionales. - Los Estados deben implementar políticas de derechos humanos, diligencia debida y mecanismos de reparación. - La sentencia establece las “Normas Miskito”, que refuerzan las obligaciones de los Estados respecto a la regulación y supervisión de las actividades empresariales en contextos vulnerables.

Olivera Fuentes vs. Perú	2023	<ul style="list-style-type: none">- Las empresas deben respetar los derechos humanos de las personas LGBTIQ+ en todas sus actividades y relaciones comerciales.- La Corte establece la inversión de la carga de la prueba en casos de discriminación por parte de empresas.- Medidas específicas de reparación al Estado, incluyendo campañas de información y monitoreo sobre igualdad y no discriminación en las actividades empresariales.- Las empresas deben garantizar acceso a sus productos y servicios sin discriminación para todos los grupos sociales.
-----------------------------	------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Fuente: Elaboración Propia basada en *Los pueblos indígenas Kaliña y Lokono vs. Surinam* (2015); *Empleados de la fábrica de fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil* (2020). (2021). *Caso Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras* (2021). *Caso Olivera Fuentes vs. Perú* (2023)

Gráfico 1



Fuente: Elaboración propia basada en *Los pueblos indígenas Kaliña y Lokono vs. Surinam* (2015); *Empleados de la fábrica de fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil* (2020). (2021). *Caso Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras* (2021). *Caso Olivera Fuentes vs. Perú* (2023)

Tabla 2

Comparación de la Evolución de Estándares de EDH emitidos por la Corte IDH

Aspecto	Kalina Lokono vs. Surinam	Olivera Fuentes vs. Perú	Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesús vs. Brasil	Buzos Miskitos vs. Honduras
Similitudes Principales	- Reconocimiento de derechos colectivos de pueblos indígenas. - Responsabilidad de los Estados de regular	- Enfoque en igualdad y no discriminación. - Responsabilidad de los Estados de garantizar derechos humanos. - Importancia de políticas	- Reconocimiento de derechos laborales. - Necesidad de regulación y supervisión estatal. - Obligaciones de las empresas en la	Reconocimiento de derechos colectivos de comunidades. - Importancia de la regulación estatal para proteger derechos. - Necesidad de prácticas

	actividades empresariales. - Importancia de la protección de los derechos humanos en el ámbito empresarial.	empresariales respetuosas de derechos. - Carga probatoria invertida en casos de discriminación.	protección de derechos.	de empresariales responsables.
Diferencias Clave	- Enfoque en derechos de pueblos indígenas y la necesidad de la restitución de tierras. - Aplicación de los Principios Rectores de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos. - Enfatiza la obligación de las empresas de prevenir y mitigar daños.	- Enfoque específico en la comunidad LGBTIQ+ y discriminación en el ámbito empresarial. - Uso de instrumentos de <i>soft law</i> para establecer estándares.	- Centrado en la violación de derechos laborales y condiciones de trabajo. - Análisis de discriminación estructural y factores interseccionales.	- Enfoque en derechos de pueblos indígenas y actividades extractivas. - Relación entre derechos individuales y colectivos en contextos específicos.
Nuevos Estándares	- Empresas tienen la obligación de proteger los derechos humanos de las comunidades indígenas. - Uso de los Principios Rectores de la ONU como	- Inversión de la carga probatoria para casos de discriminación LGBTIQ+. - Empresas deben prevenir y abordar violencia y discriminación en sus	- Necesidad de un marco normativo efectivo para la regulación de actividades de alto riesgo. - Reconocimiento de interseccionalidad en la	- Las empresas tienen la obligación de proteger los derechos humanos de las comunidades indígenas. - Enfoque en la prevención y mitigación de impactos

base para la obligación estatal.	la operaciones. - Inclusión de soft law en el análisis jurídico.	discriminación laboral.	negativos de actividades empresariales.
----------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------	----------------------------	-----------------------------------------------

Fuente: Elaboración propia basada en *Los pueblos indígenas Kaliña y Lokono vs. Surinam* (2015); *Empleados de la fábrica de fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil* (2020). (2021). *Caso Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras* (2021). *Caso Olivera Fuentes vs. Perú* (2023)

**MOVILIDAD HUMANA ANTE LA EMERGENCIA CLIMÁTICA EN EL
SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS:
REFUGIADOS CLIMÁTICOS**

 *Andrea Carolina Subía-Cabrera*

Universidad de Otavalo

RESUMEN

El presente estudio analiza el desarrollo del sistema interamericano de derechos humanos en relación con los derechos de las personas en situación de movilidad humana que han sido desplazadas por los efectos de la emergencia climática. Desde una metodología cualitativa, con un diseño de revisión documental, se concluye que, a pesar de que el derecho internacional de los refugiados establece una definición ampliada de refugio, las personas que se movilizan por causas climáticas no son catalogadas como sujetos de protección internacional. Por lo tanto, se hace necesario articular un estatuto para los refugiados climáticos, dado que los flujos migratorios por motivos ambientales continúan en aumento en la región de Latinoamérica.

ABSTRACT

This study examines the development of the Inter-American human rights system in relation to the rights of people in situations of human mobility who have been displaced due to the effects of the climate emergency. Using a qualitative methodology and a documentary review design, it is concluded that, although international refugee law provides an expanded definition of refuge, individuals displaced for climate-related reasons are not classified as subjects of international protection. Therefore, it is necessary to establish a statute for climate refugees, as environmental migration flows continue to increase in the Latin American region.

PALABRAS CLAVE: Sistema interamericano de derechos humanos, movilidad humana, emergencia climática, refugiados climáticos, protección internacional, migración ambiental.

KEYWORDS: Inter-American human rights system, human mobility, climate emergency, climate refugees, international protection, environmental migration.

JEL CODE: K33; F22

RECIBIDO: 04/11/2024

ACEPTADO: 03/12/2024

DOI: 10.26807/rfj.v2i16.515

INTRODUCCIÓN

La crisis del cambio climático se refiere al consumo de fósiles cuya emisión de dióxido de carbono produce gases de efecto invernadero, lo que a su vez incide en el aumento de la temperatura del planeta, de forma directa deteriora la calidad de vida de las personas progresivamente (Subía, 2023). Aunque no existen estadísticas, el Banco Mundial (2021) estima que aproximadamente en el 2050 alrededor de 216 millones de personas en el mundo se desplazarán forzosamente por causas vinculadas al cambio climático.

Dentro del sistema universal de derechos humanos, se encuentra la Convención del Estatuto de los Refugiados de 1951 y su protocolo de 1967, contienen la definición ampliada de refugiado, de forma que se reconoce a toda persona que huye de su lugar de residencia, que se encuentra en necesidad de protección internacional, que su vida, libertad e integridad se encuentran en riesgo debido a temores fundados de persecución por diversas categorías de discriminación, aunque no se definen factores ambientales.

Lo mismo sucede con el sistema interamericano dentro de las Convenciones sobre asilo territorial y diplomático junto a la Declaración de Cartagena de 1984; como lo señala Russel (1967), el concepto de migrante ambiental requiere del reconocimiento de los Estados ya que se encuentran en un limbo jurídico, sin la protección de los Estados ya que el agente de persecución y motivo climático podría ser de difícil comprobación e inclusive el movimiento migratorio interno.

Dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) el 09 de enero del año 2023 aceptó la solicitud de opinión consultiva emitida por los países de Colombia y Chile, respecto a la actual emergencia climática y los derechos humanos en la región, precisamente debido a que Latinoamérica es una zona con un alto riesgo de sufrir catástrofes naturales, en especial dentro de zonas insulares y costeros en las que viven pueblos y nacionalidades, mujeres y niñas, entre otros grupos sociales, en situación de vulnerabilidad climática.

Conforme el Reglamento a la Corte IDH (2009), los Estados parte podrán presentar una consulta, en el caso en particular, Colombia y Chile solicitaron al sistema

que se definan los estándares internacionales en materia de derechos humanos en cuanto al vínculo con el cambio climático. En ese sentido, cabe mencionar que en la actualidad los movimientos migratorios alrededor del mundo se han intensificado, miles de personas huyen de sus ciudades y países debido a los desplazamientos que viven debido a los efectos ambientales. En ese sentido, la presente investigación tiene como objetivo analizar la movilidad humana vinculada a la emergencia climática conforme el sistema interamericano de derechos humanos.

METODOLOGÍA

El abordaje metodológico de la investigación se centró en un paradigma de enfoque cualitativo, de diseño documental (Tantaleán, 2016), los métodos utilizados fueron el sintético en cuanto al Sistema Interamericano de Derechos Humanos en materia de movilidad humana vinculado a la emergencia climática, para ello, se identificaron fuentes documentales e información bibliográfica.

RESULTADOS

Teorías migratorias

Conforme la Constitución de la República del Ecuador (2008) todas las personas tienen derecho a migrar, en caso de que su vida e integridad se encuentre en riesgo toda persona tiene derecho a buscar asilo y disfrutar de él. En el año 2017, se puso en vigor la Ley Orgánica de Movilidad Humana la cual define a la movilidad humana como todo flujo migratorio en el que una persona o grupo de personas cruza la frontera de su país o lugar de residencia a otro, de forma voluntaria e involuntaria, temporal o definitiva, lo cual genera derechos y obligaciones.

Conforma las leyes de migración del geógrafo Ravenstein (Arango, 2003), existen factores de repulsión como pobreza, desempleo, falta de acceso a la tierra, inseguridad, entre otros, que empujan a las personas a emigrar, y de atracción como empleo y seguridad que inciden en la decisión de inmigrar. El siglo XX, la teoría hegemónica que explicó el origen y perpetuación de la migración fue la neoclásica, la cual considera que se enfoca en un análisis microeconómica en el cual la persona de forma voluntaria, por los costos y beneficios considera que migrar constituye en una inversión con máximo de la renta.

En la década del 80 del siglo XX, se consideró que la nueva teoría económica expuso los recientes flujos migratorios cuya característica refiere a la decisión familiar de migrar como una inversión que maximizaba los beneficios no solo económicos sino de estabilidad y unidad familiar. Por su parte, la teoría de los mercados segmentados de trabajo se enfoca en los países de destino de las migraciones, en los que existe una demanda de mano de obra vinculada a la división internacional de trabajo, por la cual, los trabajos con menor remuneración y sin beneficios de seguridad social la ocupan los inmigrantes.

En cuanto al contexto mundial, el siglo XIX se considera como la era de las migraciones debido al aumento de desplazamientos internos e internacionales, en especial de mujeres, niños, niñas y adolescentes que provienen de países periféricos hacia Estados del centro (Sassen, 1998; Wallerstein, 2006), desde las teorías históricas estructuralista el sistema mundial divide al mundo en países del norte (centro) y sur global (periferia), ya que quienes sale de países en vías de desarrollo lo hacen por causas vinculadas a la pobreza, marginalidad y precariedad laboral causada desde el mercado neoliberal que benefició a transnacionales.

De forma reciente, la teoría de los estudios críticos de las fronteras (Parker y Vaughan-Williams citados por Sánchez, 2014), explican la relación contradictoria entre territorio nacional e internacional, a través del cual se reconocen tres fronteras: internas, discriminatorias y externas; la frontera biopolítica protege lugares privilegiados lejos de la pobreza, lo cual refleja los estigmas, sesgos y prejuicios sociales y étnicos.

Señala Sánchez (2014), en cuanto a las fronteras internas se reconoce la existencia de políticas migratorias de control, por ejemplo, la revisión de documentación de identidad o viaje, la práctica más común es la deportación o inadmisión de personas de determinada nacionalidad (árabes) consideradas peligrosas a las cuales no se les garantiza una ciudadanía universal, las redadas migratorias reflejan dicho fenómeno o lo que sucede en ciudades fragmentadas con lugares residenciales exclusivos frente a otros lugares precarios con guetos, favelas y tugurios.

En la actualidad, las fronteras inteligentes con el avance tecnológico vigilan a las personas, ya que utilizan registros biométricos conjuntamente de bases de datos que

clasifican de forma discriminatoria, de acuerdo al perfil e identidad de las personas, es decir, existe un determinado perfil estándar de migrante deseable. El control espacial, en un lugar y tiempo, es una práctica común de los gobiernos, de forma que controlan la libertad de circulación y movimiento en las fronteras externas, con fundamento en imaginarios sociales de homogenización basados en la etnia, nacionalidad, clase social e ideología, contrario a los actuales postulados de diversidad e integración social (Sánchez, 2014).

La propuesta frente al estado actual de la gobernanza migratoria, señala De Lucas (2013) es el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas independientemente de la nacionalidad que posean como postulado del cosmopolitismo; por su parte, Moekeyns (2013), concuerda que desde la teoría universalista de derechos humanos, asegura que el derecho a migrar o *ius migrandi* (Ferrajoli, 2019), considera que la titularidad de la ciudadanía de forma abstracta segura que con fundamento en el principio de igualdad los derechos son universales. De forma que, desde la universalidad es la titularidad de derechos que promueve la autonomía de la libertad de tránsito y circulación de toda persona como una decisión de la autonomía de su voluntad (Pérez, 2022).

En cuanto a la emergencia climática es una crisis que advierte de la situación crítica de alrededor de 140 países en el mundo en el que se prevé el desplazamiento interno y transfronterizo de personas que se desplazan por motivos ambientales, varios países no cuentan con recursos necesarios en materia energética o climática cuyos efectos son adversos.

Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Los mecanismos convencionales desarrollados en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos constituyen una fuente vinculante para aquellos Estados parte, particularmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de 1969, contempla el régimen jurídico, político, de libertad y justicia social del continente con el reconocimiento de derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, ambientales y digitales).

Además de la CADH cuya fuente es la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre de 1948, se encuentra el Protocolo de la CADH sobre derechos

económicos, sociales y culturales de 1988, en conjunto a la Relatoría Especial sobre los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (REDESCA) promueven los derechos a vivir en un ambiente sano y sostenible. Los mecanismos no convencionales en el sistema interamericano constituyen sus organismos institucionales, como son la asamblea general de la Organización de Estados Americanos (OEA), con apoyo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH); y la Corte IDH cuya potestad facultativa refiere a adoptar medidas, resolver causas y opiniones consultivas en cuanto a la situación de los derechos de las personas de la región.

Dentro del SIDH, existen los mecanismos convencionales (DADH y Convenciones sobre asilo territorial y diplomático), al igual que, no convencionales como fuente soft law, tanto las resoluciones e informes emitidos por la CIDH y las relatorías temáticas, así como en jurisprudencia interamericana adoptada por la Corte IDH, contribuyen a la protección en materia de movilidad humana:

Relatorías sobre derechos de los migrantes de la CIDH (1996) y emergencia climática:

En lo particular, conforme González (2017), el Informe de los estándares interamericanos de derechos de los migrantes, refugiados y otras personas en situación de movilidad humana, reconoce que las personas que se movilizan a través de las fronteras, de forma regular e irregular, no pueden ser considerados como ilegales sino en situación administrativa a regularizar. Según el informe temático se reconocen los derechos de las distintas categorías migratorias como grupos vulnerables, los trabajadores migratorios y sus familiares, desplazados internos, refugiados, asilados, apátridas, víctimas de trata de personas y tráfico de migrantes (Parodi, 2018).

En cuanto a la resolución 3/21 señala Muñoz (2022) es el “primer documento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) dedicado específicamente al cambio climático” (p. 2), de ahí su importancia ya que es el antecedente a la opinión consultiva OC-23 de 2017 que refiere a las obligaciones derivadas del derecho a un medioambiente sano. La resolución 3/21, enfatiza en los principios de igualdad y no discriminación, equidad intergeneracional, género, interculturalidad y diversidad; de forma que reconoce situación de vulnerabilidad al cambio climático de mujeres, niñas y

niños no acompañados, de forma que los Estados deberán adoptar medidas de tratamiento diferenciado, hacia la prevención de la discriminación de género. De modo que se exhorta a la participación de las mujeres en decisiones respecto a los efectos del cambio climático (Gorini, 2022). Cabe precisar, que la resolución 3/21 es un instrumento que permite a los países adecuar su ordenamiento jurídico hacia la delimitación de estándares de protección de los derechos de grupos vulnerables ante la emergencia climática (Muñoz, 2022).

Jurisprudencia de la Corte IDH:

La Corte IDH dentro de su jurisprudencia ha definido estándares en materia migratoria, en el caso Vélez Llor vs. Panamá (2010) se garantiza el derecho a la salud, salubridad y atención médica sin discriminación en especial de personas que se desplacen de forma temporal o definitiva (Arandía, 2022).

En el caso Pacheco Tineo vs. Bolivia (2014) se definieron las garantías del debido proceso cuando se discuten derechos de personas en movilidad humana, como el derecho a un intérprete y traductor, a recibir asistencia jurídica gratuita, el derecho a recurrir y la garantía de la motivación, el principio de no devolución cuando los procedimientos administrativos en materia migratoria se encuentran en proceso de resolución o cuando su vida e integridad se encuentre en peligro. Además, se garantiza los derechos básicos de supervivencia a quienes se encuentren obligados a cruzar las fronteras internacionales, en especial por motivos climáticos.

En el caso Muelles Flores vs Perú (2019), la Corte IDH en materia de personas desplazadas por factores ambientales refiere a que el artículo 26 de la CADH (1969) sobre la exigibilidad de los DESCAs, en aplicación de una interpretación de tipo gramatical se desprende que, pese a que se limita su jurisdicción a los derechos de educación y sindicales, desde la opinión consultiva 23/27 según Terreros (2020), con el caso Lagos del Campo vs. Perú (2017) la Corte IDH permitió discutir la exigibilidad a un ambiente sano, entre otros DESCAs, no se limitó a los referidos, de forma que se condenó a Perú a la reparación de la estabilidad laboral, acceso a la justicia y garantías judiciales mediante el método de interpretación de derivación en materia de derechos humanos.

En los casos Suarez Peralta vs. Ecuador (2013) y Canales Huapaya vs. Perú (2015) la Corte IDH discutió sobre la exigibilidad de la salud y trabajo, considerándolos como

derechos autónomos que se encuentran contenidos en los ordenamientos jurídicos de los países.

Caso Poblete Vilches vs. Chile (2018) la Corte IDH establece que el derecho a un ambiente sano se podrá exigir tanto en el marco nacional, así como en el SIDH, siempre que se encuentren consagrados en la CADH, protocolo de San Salvador, al igual que, en “cualquier disposición normativa de rango legal o constitucional de un Estado parte” (Terreros, 2020, p. 168).

Se desprende que dentro de la jurisprudencia interamericana el método de interpretación derivada de derechos humanos garantiza la progresividad en la exigibilidad de los DESCAs en la región, de forma que, los Estados dentro de su ordenamiento jurídico están obligados a adoptar mecanismos legislativos, judiciales y políticos.

Opinión Consultiva sobre emergencia climática y derechos humanos

En el mes de enero del año 2023, la Corte IDH recibió la opinión consultiva de dos Estados: Colombia y Chile, el fundamento de las consultas refiere a los estándares interamericanos respecto a la prevención y precaución, protección del activismo y defensa ambiental (Moraga, 2023). Uno de los principales cuestionamientos que se realiza a la Corte IDH, se refiere al alcance del deber de prevención estatal en relación a los fenómenos climáticos vinculados al calentamiento mundial, de modo que, se definan los estándares alrededor de la regulación, fiscalización y mitigación de los daños ambientales vinculados a la emergencia climática.

Cabe precisar que, dentro del sistema universal de derechos se adoptó en el año 1994, la Convención marco de la Organización de Naciones Unidas sobre cambio climático, en la cual las partes se obligaron a adoptar estrategias y medidas para combatir la emisión de gases de efecto invernadero, mediante la adopción de medidas legislativas y políticas públicas. En el año 2015, se desarrolló por la Organización Internacional para las Migraciones como el año del clima, la conferencia de las partes en la cual los Estados identificaron los efectos climáticos en las migraciones internacionales, de modo que, en dicho contexto se reconocieron desplazamientos climáticos alrededor del mundo.

Un segundo elemento a considerar es el deber estatal en el acceso a la información ambiental por la crisis climática, fue en el Acuerdo de Escazú (2018) que en América

Latina y el Caribe los Estados parte intentan promover el acceso a la justicia ambiental mediante el ejercicio de derechos de participación e información como mecanismos de gobernanza ambiental, son 33 países de la región que lo han suscrito, de forma vinculante se obligan a asegurar la máxima publicidad, la transparencia, la participación pública y toma de decisiones.

El Acuerdo de Escazú (2018) determina como obligación de los estados es la difusión de la información ambiental vinculada a la emergencia climática respecto al derecho a la vida, salud, ambiente sano, de modo que, se conozcan los efectos y riesgos que viven grupos vulnerables que se desplacen forzosamente (Moraga, 2022); en particular, el 80% de la población desplazada de forma climática como lo son las mujeres, niñas, niños y adolescentes, pueblos y nacionalidades indígenas y afrodescendientes (Corte IDH, 2023). En las secciones siguientes se discute, por una parte, sobre los efectos del cambio climático en los derechos humanos, y por otra, sobre la categoría de desplazados y refugiados climáticos, personas en situación de movilidad humana no voluntaria que han sido desplazadas de forma directa por el cambio climático.

DISCUSIÓN

El cambio climático y los derechos humanos

Los efectos climáticos se reflejan en los fenómenos meteorológicos que se suscitan, ello incide en la seguridad alimentaria lo cual amenaza la vida de millones de personas, por la escasez de agua, tierra cultivable y energía eléctrica, según Peinado (2018), el presupuesto del producto interno bruto (PIB) en el mundo para mitigar la crisis ambiental es de 1% pero de no adoptarse política presupuestaria la recesión económica ascendería al 20% del PIB.

En el año 2018, después de 400 meses consecutivos la temperatura del planeta había superado la media, el 95% de actividades emiten gases de efecto invernadero lo cual significa el aumento de CO₂, y posterior, aumento de la temperatura global en precipitación e intensidad (Peinado, 2018). En la actualidad, el calentamiento global sucede diez veces más rápido, la capa de hielo de los glaciares desaparece y se prevé que de forma total ocurra a medios de este siglo, esto implica que la capacidad económica de los estados se encuentra limitada ante los efectos climáticos (Díaz, 2012; Mance y

Rodríguez, 2009; Estrada, 2001; Dawahidi et al., 2019).

De acuerdo con Ibarra (2021), en el año 2019, se suscitaron 1900 eventos climáticos que provocaron el desplazamiento interno de 24 millones de personas en 140 países, de los cuales 13 millones fueron afectadas por huracanes, ciclones, tormentas, y 10 millones por inundaciones. De modo que, la crisis ambiental incide de forma directa en grupos más vulnerables, pese a ello, todavía no se han adoptado en el sistema universal y regional medidas normativas en favor de personas en situación de movilidad humana por el cambio climático (Iglesias y Felipe, 2018).

Señalan Martínez y Porcelli (2019), el derecho a un ambiente sano es tanto una facultad individual como difusa e interdependiente al desarrollo sustentable, de modo que, los DESCAs son indisolubles entre sí, ya que la dignidad humana se limita cuando derechos son vulnerables a la degradación ambiental. En tal sentido, los sistemas de protección de derechos humanos requieren adoptar mecanismos hacia su efectivización mediante su justiciabilidad sin que exista dependencia de la decisión política de un gobierno (Pinto, 2004).

Conforme el Alto Comisionado de la Organización de Naciones Unidas para los Refugiados, (ACNUR, 2022), concuerda con el Consejo de Derechos Humanos en la resolución 48/13, el derecho a un ambiente sano reconoce la necesidad de que se mitiguen y reduzcan los efectos climáticos como la degradación ambiental que afecta a millones de personas por el aumento del nivel del mar y pérdida de superficies costeras, insulares y agrícolas, los derechos conexos afectados son: hábitat, vivienda, agua, alimentación y salud. Los grupos más vulnerables a los efectos ambientales son pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas - aproximadamente 400 millones de personas en el mundo- específicamente pueblos en aislamiento voluntario. La falta de recursos y apoyo estatal por la crisis climática afectará su calidad de vida y la adaptación ambiental resultará difícil.

Refugiados climáticos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Conforme precisa Castles (2003) una persona que ha sido desplazada por factores ambientales se moviliza de forma involuntaria por causas vinculadas al cambio climático: desertificación del suelo, masivas inundaciones, deforestación, contaminación del agua,

desastres naturales antropogénico como deslaves, terremotos, accidentes radioactivos y erupciones volcánicas. Se reconoce como persona desplazada aquella que no hay cruzado las fronteras internacionales de un Estado, de modo, que el gobierno es el llamado a la protección y promoción de derechos en su territorio.

Pese a que, se presentan limitaciones de orden legal en la protección de quienes se desplacen por causas climáticas, señala Bermúdez (2017) citando a Russel (1967), el término migrante ambiental refiere a una persona que, debido a los cambios repentinos del ambiente, se encuentran obligados a abandonar su país de forma temporal o permanente.

En cuanto al desplazamiento forzado transfronterizo, en la actualidad, dentro del Derecho Internacional de los Refugiados, los instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1945, la Convención de Naciones Unidas sobre el Estatuto de Refugiados de 1951 y su protocolo de 1967, delimitan los criterios para la condición de refugiado reconocen que una persona tiene derecho de asilo y disfrutar de él cuando su vida, libertad e integridad corren peligro debido a temores fundados de persecución, por diversos motivos, no obstante, los factores climáticos no se reconocen. Por dicho motivo, ACNUR (2020) emitió medidas para el seguimiento de dicho grupo de personas desplazadas por el cambio climático y desastres naturales, entre sus recomendaciones se encuentra que los Estados deben aunar acciones a fin de mitigar y eliminar de forma progresiva los GEI.

De acuerdo a la Organización Internacional para las Migraciones (IOA), un refugiado es una persona que debido a temores fundados de persecución huye de su lugar de residencia debido a que no puede o quiere regresar a él ya que su vida y libertad corren peligro por motivos vinculados a su etnia, nacionalidad, religión, opinión política, pertenencia a un grupo social o categorías sospechas de discriminación vinculadas al género, orientación sexual o clase social, por un conflicto armado y violencia generalizada, violación masiva de derechos humanos y apatridia. Cuando una persona es reconocida como refugiado le asiste el principio y derecho de no devolución, regla *ius cogens* ya que no admite ninguna estipulación en contrario, se asegura que no podrá ser objeto de inadmisión, deportación, extradición, repatriación ni expulsión colectiva.

En cuanto a personas desplazadas por la emergencia climática, se deduce que no se encuentran consideradas dentro del concepto ampliado de refugio, de modo que, cuando se interprete los instrumentos internacionales en dichos casos la interpretación resultaría restrictiva, de modo, que las solicitudes podrían considerarse como inadmitidas como si se tratase de migrantes laborales que salen de sus países por motivos vinculados a pobreza y desempleo sin que se pueda comprobar el agente, un temor fundado o motivo de persecución, amenaza o riesgo, a causa de los efectos del cambio climático.

Por ejemplo, Ioane Teitiota y su familia solicitaron refugio a Nueva Zelanda debido a que su vida e integridad estuvo en riesgo por los efectos del cambio climático en Kiribati, en el 2015 fue negada su solicitud por la Corte Suprema, pese a que reconocía la necesidad de que se determine un estatuto de protección internacional a personas desplazadas por factores climáticos. De acuerdo con Ibarra (2021), los funcionarios de inmigración y judiciales consideraron que la familia Teitiota no vivieron persecución por temores fundados que pongan riesgo su vida, libertad e integridad ya que no se adjuntaron elementos probatorios que comprueben un riesgo ni violencia sistemática que afecte sus derechos a la vivienda, alimentación, agua, entre otros. No obstante, este caso constituye “un precedente no taxativo que abre la posibilidad de reinterpretar la Convención en otros asuntos, o bien propiciar su enmienda, que en su caso requerirá del consenso internacional de los Estados parte” (p. 156).

El caso Teitiota fue conocido por el Comité de Derechos Humanos de la ONU, debido a que los dentro de Kiribati el aumento del nivel de mar afecta la tierra, agua y agricultura, lo que resulta un lugar inhabitable, en el año 2017, el Comité confirmó la decisión de la Corte Suprema de Nueva Zelanda respecto a que no se negó el derecho a la justicia, no obstante, si determinó que en los casos en los que las personas huyan de los países porque existe el riesgo de que se sumerjan al agua los Estados receptores deberán adecuar sus ordenamientos a fin de aceptar solicitudes de desplazados por el cambio climático de forma que se les garantice el derecho de no devolución (Ibarra, 2022).

En el mismo caso, en el año 2020 el Comité determinó que existen personas desplazadas fuera de sus fronteras por los efectos del cambio climático (ACNUR, 2022), de forma que, se requiere un procedimiento de determinación de la condición de refugiado

cuando los solicitantes se encuentren en un riesgo real de desplazamiento ambiental, definitivamente, es imperativo que se considere al cambio climático como una variable de determinación de refugio. Adicional a ello, señalan Iglesias y Felipe (2018), que existen otros casos como Sheila Watt-Cloutier en 2004, que solicitó a la CIDH actúe en el caso de las zonas árticas de Estados Unidos y Canadá respecto a la emisión de GEI afecta los derechos de los pueblos originarios.

Un aspecto importante para considerar es lo señalado por Castles (2003), respecto a los criterios de determinación de la condición de refugiado que garantiza el modelo actual de protección internacional, diseñado por las situaciones suscitadas en los países del centro, pero que invisibilizan las demás situaciones del resto de países del mundo, sin embargo, los flujos migratorios aumentan junto a solicitudes de refugio. Concuera Solanes (2021), que regularizar un estatuto de refugio climático en atención a los flujos mixtos de movilidad humana, hacia su régimen de protección internacional.

CONCLUSIONES

En suma, el SIDH en la actualidad prevé mecanismos convencionales y no convencionales en materia de derechos humanos de las diversas categorías migratorias, en especial al establecer estándares de protección de los derechos de las personas en situación de movilidad humana, como grupo en situación de vulnerabilidad y objeto de múltiple discriminación. Al igual que, se han delimitado las obligaciones estatales en relación a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales hacia su exigibilidad como en el caso de un ambiente sano y sustentable. Las resoluciones emitidas por las relatorías especiales y las opiniones consultivas ante la Corte IDH, refieren a la necesidad de adoptar mecanismos de exigibilidad de derechos en la región.

En particular, la solicitud de opinión consultiva respecto a la emergencia climática y derechos humanos presentada por Colombia y Chile refiere entre sus cuestionamientos a la situación de personas en situación de movilidad humana desplazadas por factores vinculados al cambio climático, de modo que, es el SIDH el encargado de definir los estándares alrededor de la situación de millones de personas en situación de

vulnerabilidad climática.

Cabe precisar, que la doctrina alrededor de la migración climática define a los desplazados climáticos como aquellas personas que de forma involuntaria se movilizan temporal o permanente a otros lugares o ciudades de su país por causas vinculadas al cambio climático. En cuanto a los refugiados climático se reconoce que su desplazamiento implica el cruce de fronteras hacia otros países.

De lo revisado, se desprende que la categoría de refugio en cuanto a su definición ampliada, dentro del sistema universal e interamericano, no se encuentra contenido, las condiciones para la determinación de la condición de refugiado en el caso de quienes huyen por factores climáticos resulta restrictivo ya que se lo invisibiliza al considerarlos migrantes económicos. En ese sentido, se requiere regularizar un estatuto hacia la determinación de la condición de refugiados climáticos en la región.

BIBLIOGRAFÍA

Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe. (2018).

<https://www.cepal.org/es/acuerdodeescazu>

Altamirano, T. (2014). Refugiados ambientales. Cambio climático y migración forzada. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014,

<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37751.pdf>

Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (2001). Guía sobre el Derecho Internacional de los Refugiados. Número 2.

Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (2022). Cambio climático, desplazamiento y derechos humanos.

<https://www.acnur.org/sites/default/files/legacy-pdf/6410d4874.pdf>

Arandia, O. (2022). Primeras decisiones jurisdiccionales a nivel internacional respecto a la pandemia de COVID 19 y derechos humanos: medidas urgentes y provisionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<https://www.revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/459/440>

Arias, F. (2012). El proyecto de investigación. Introducción a la metodología científica. Episteme.

Banco Mundial (2021) [Groundswell: Actuar sobre la migración climática interna \(bancomundial.org\)](https://www.bancomundial.org)

Bermúdez, H. (2017). *El migrante climático y su reconocimiento en el ordenamiento jurídico internacional*.

Borrás, S. (2011). El estatuto jurídico de protección internacional de los refugiados ambientales. v. 19 n. 36 (2011): REMHU: "Refugiados ambientales" / Dossier.

Carta de las Naciones Unidas (1945). 26 de junio de 1945 San Francisco, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional.

Castles, S. (2003). La política internacional de la migración forzada. Migración y Desarrollo, núm. 1, octubre, Red Internacional de Migración y Desarrollo Zacatecas, México.

Comisión Interamericana de Derechos humanos (2014). Resolución 6/2014. Asunto: Fernando Villavicencio y otros contra Ecuador. Medida cautelar No. 30-14 de 240/03/2014.

Convención sobre Asilo Político Territorial (1954). <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-47.html#:~:text=CONVENCION%20SOBRE%20ASILO%20TERRITORIAL&text=Todo%20Estado%20tiene%20derecho%2C%20en,Estado%20pueda%20hacer%20reclamo%20alguno>.

Convención sobre Asilo Diplomático (1954). <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0038.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/0038>

Corte IDH. (2014). Opinión Consultiva 21/14 sobre los Derechos de niños y niñas en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9832.pdf>

Corte IDH. (2017). Opinión Consultiva 23 sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos. 15 de noviembre de 2017.

Corte IDH. (2023). Solicitud de Opinión Consultiva sobre Emergencia Climática

y Derechos Humanos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la República de Colombia y la República de Chile. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/soc_1_2023_es.pdf

Dawahidi, T; Ibarra, D. y Gomariz-Castillo, F. (2019). Estimación de la subida del nivel del mar por efecto del Cambio Climático mediante datos de mareógrafos y la serie de satélite NASA Topex-Poseidon/Jason. El caso de Valencia.

Declaración de Cartagena (1984). <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=50ac93722>

Del Álamo, N. (2022). Migraciones forzadas II: los desplazados climáticos derechos humanos y movimientos migratorios. Máster en derechos humanos, migraciones y diversidad. Universidad de Salamanca.

Dulitzky, A. (2009). El sistema interamericano de derechos humanos. En coord. por Manuel Ollé Sesé, Luis Acebal Monfort, Nuria García Sanz. Derecho internacional de los derechos humanos: su vigencia para los estados y para los ciudadanos.

Egea, C. y Soledad, J. (2011). Los desplazados ambientales, más allá del cambio climático. Un debate abierto. Cuadernos Geográficos, núm. 49, pp. 201-215. Universidad de Granada Granada, España

Felipe, B. (2016). Las migraciones climáticas: retos y propuestas desde el Derecho internacional. Universitat Rovira I Virgili.

Ferrajoli, L. (2019). Manifiesto por la igualdad. Editorial Trotta.

González, S. (2009). El refugiado por motivos sociales. A la puerta de una nueva categoría de refugiado. En Los derechos en la movilidad humana: del control a la protección / coord. por Nicole Pérez Ruales, Alex Iván Valle Franco. https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=788496&orden=0&info=open_link_libro

Giménez Romero, C. (2003) Que es la inmigración, RBA LIBROS, Barcelona.

González, F. El informe de la CIDH sobre estándares interamericanos de derechos de los migrantes, refugiados y otras personas en situación de movilidad. Anuario de Derecho Público UDP. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37887.pdf>

González, D. (2022). Globalización y protección internacional de los derechos humanos tema: 1. Protección universal de los derechos humanos: Declaración Universal

de los Derechos Humanos e instrumentos convencionales y no convencionales de naciones unidas. Universidad de Salamanca.

Gorini, F. (2022). Emergencia climática y Derechos Humanos. Reflexiones a la luz de la Resolución 3/2021 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. <https://www.pensamientopenal.com.ar/index.php/doctrina/90132-emergencia-climatica-y-derechos-humanos-reflexiones-luz-resolucion-32021-comision>

Guastini, R. (2015). La interpretación de las normas jurídicas. Editora jurídica Cevallos.

Haro, J. (2022). Criterios para la determinación de la condición de refugiado aplicados al caso de solicitantes de refugio de nacionalidad venezolana en el Ecuador. Tesis de maestría. Instituto de Altos Estudios Nacionales.

Hincapié, S. y López, J. (2017). Medioambiente y diversidad en el activismo legal transnacional. Agendas y redes de presión en el sistema interamericano de derechos humanos. Análisis político N° 91, Bogotá, septiembre-diciembre. <https://revistas.unal.edu.co/index.php/anpol/article/view/70262/64689>

Hurtado, F. (2012). La minería a gran escala como factor de desplazamiento. En Movilidad Humana y Medio Ambiente. Diálogos migrantes. Revista del observatorio de migraciones, número 8. Fundación Esperanza.

Ibarra, R. (2021). Desplazados Climáticos. Evolución de su reconocimiento y Protección Jurídica. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 921. Universidad Nacional Autónoma de México.

Iglesias, D. y Felipe, B. (2018). Anhelando justicia en la era del cambio climático: de la teoría a la práctica. Revista Catalana de Dret Ambiental. Vol. IX Núm. 2. Editorial/Monográfico -1 <https://doi.org/10.17345/2482>

Ionesco, D., Mokhnacheva, D. y Gemenne, F. (2017). The Atlas of Environmental Migration. Migraciones climáticas. OIM. <https://www.book2look.com/embed/9781317693093>

Juste, J. (2019). El Derecho internacional de las migraciones: entre la crisis y la renovación Anuario Español de Derecho Internacional Privado 2019 N° 35 535 551

Kyslenko, L. (2020). ‘Refugiados climáticos: los desplazados invisibles del

calentamiento global”. <https://migracionesclimaticas.org/desplazados-invisiblesdel-calentamiento-global/>

López, F. (2017). “Los refugiados climáticos” *Actualidad Jurídica Ambiental*, n. 68. ISSN: 1989-5666

Magliano, M. J., (2015). Interseccionalidad y migraciones: potencialidades y desafíos. *Revista Estudios Feministas*, 23(3), 691-712.

Márquez, H. y Delgado, R. (2011). Una perspectiva del sur sobre capital global, migración forzada y desarrollo alternativo. *Migración y desarrollo*, 9(16), 3-42, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-75992011000100001&lng=es&tlng=es.

Martín, J. (2019). Mujeres y cambio climático: cómo la igualdad puede salvar el medio ambiente.

Martínez, A., y Porcelli, A. (2019). La protección del medio ambiente como derecho humano bajo las consideraciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

https://www.researchgate.net/profile/Adriana-Porcelli/publication/335871011_LA_PROTECCION_DEL_MEDIO_AMBIENTE_CO_MO_DERECHO_HUMANO_BAJO_LAS_CONSIDERACIONES_DE_LA_CORTE_INTERAMERICANA_DE_DERECHOS_HUMANOS/links/5d816576a6fdcc12cb989266/LA-PROTECCION-DEL-MEDIO-AMBIENTE-COMO-DERECHO-HUMANO-BAJO-LAS-CONSIDERACIONES-DE-LA-CORTE-INTERAMERICANA-DE-DERECHOS-HUMANOS.pdf

Massey, D.S., Arango, J., Hugo, G., Kouaouci, A., Pellegrino, A. y Taylor, J. E.: (1993). “Theories of International Migration: A Review and Appraisal”, en *Population and Development Review*. Vol. 19, n°. 3. págs. 431 a 466. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/2938462> Massey, D.S. Arango, J., Hugo, G., Kouaouci, A.

Mendoza, P. y Subía, A. (2023). La nueva concepción del medioambiente y la naturaleza en el derecho constitucional ecuatoriano de la salud integral. *Reflexiones*, Volumen 102 (1) 2023: 1-15 Enero-Junio, <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/reflexiones/article/download/46450/49223/199999>

Moeykens, E (2013). El derecho a migrar como un Derecho Universal: los derechos del migrante en el Estado democrático de Derecho”. X Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.

Moraga, P. (2022). ¿Falta de certeza jurídica frente a la emergencia climática? o ¿necesidad de recordar cuáles son los deberes de los Estados? Lack of legal certainty in the face of climate emergency? or need to remember what the duties of States are?

Opinión consultiva sobre Emergencia Climática y Derechos Humanos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la República de Colombia y la República de Chile (2023). https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/soc_1_2023_es.pdf

Muñoz, L. (2022). La Resolución n.º 3 de 2021 de la CIDH sobre la emergencia climática y los derechos humanos. Ideas verdes. https://co.boell.org/sites/default/files/2022-10/ideasverdes_37.pdf

Núñez, C. (2018). La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos frente a la movilidad humana: entre cosmopolitismo y hospitalidad. Universitas, N° 27, <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/UNIV/article/view/4019/2541>

Orizaga, C. (2011). Tipos o clases de fichas bibliográficas. Universidad Autónoma de Nayarit. <http://www.didacticamultimedia.com/registro/espanol/6/documentos/FICHAS.pdf>

Organización Internacional para las Migraciones (2006). Glosario sobre migración. Derecho Internacional sobre Migración.

Organización Internacional para las Migraciones (2021). La movilidad humana derivada de desastres y el cambio climático en Centroamérica. OIM, Ginebra. https://kmhub.iom.int/sites/default/files/publicaciones/la_movilidad_humana_derivada_de_desastres_y_el_cambio_climatico_en_centroamerica.pdf

Pajares Alonso, M. (2020), Refugiados climáticos, 2ª edición, Rayo Verde Ediciones S.L.

Rigaud, K. K.; de Sherbinin, A.; Jones, B.; Bergmann, J.; Clement, V.; Ober, K.; Schewe, J.; Adamo, S.; McCusker, B.; Heuser, S.; Midgley, A. (2018). Groundswell : Preparing for Internal Climate Migration.

Parodi, L. (2018). Crisis migratoria en América Latina: Una revisión de los

estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.
https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/183014/CONICET_Digital_Nro.7d31da73-d017-4ab1-9b07-881ce20fe6be_B.pdf?sequence=2&isAllowed=y

Peinado, M. (2018). El cambio que no cesa. Tribuna Norteamericana.
https://institutofranklin.net/sites/default/files/revistas/%5B2020-11/tn28_peinado.pdf

Pérez, F. (2022) Migraciones climáticas, sobre desigualdades, mitos y desprotección, Mra Ediciones, Barcelona. IOM (2019) Glossary on Migration.
https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_34_glossary.pdf

Piguet, E. Pécoud. A y De Guchteneire, P. (2011). *Migración y cambio climático*. MIGRACIONES 30.

Pinto, M. (2004). Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano.

<https://www.corteidh.or.cr/tablas/R08064-2.pdf>

Posada, P. (2009). Refugiados y desplazados forzados. Categorías de la migración forzada creadas como medidas de contención a las migraciones no deseadas. Estudios Políticos, 35, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, (pp. 131-152).
<http://www.scielo.org.co/pdf/espo/n35/n35a7.pdf>

Ramírez, J., y Álvarez, S. (2009). “Cruzando Fronteras”: una aproximación etnográfica a la migración clandestina ecuatoriana en tránsito hacia Estados Unidos. Confluente. Rivista Di Studi Iberoamericani, 1(1), 89–113.
<https://doi.org/10.6092/issn.2036-0967/1423>

Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009). Aprobado por la Comisión en su 137° período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009, entrada en vigor el 1° de agosto de 2013.
<https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/mandato/basicos/reglamentocidh.asp>

REDESCA. (2021). Emergencia Climática. Alcance y obligaciones interamericanas de derechos humanos.
https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2021/resolucion_3-21_spa.pdf

Ribeiro, G. (2018). El derecho al agua y su protección en el contexto de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos.

Rueda, J. y Vargas, R. (2021). Los derechos humanos ante la emergencia climática. *Revista Internacional de Cooperación y Desarrollo*. Vol. 8 Núm. 1. <https://revistas.usb.edu.co/index.php/Cooperacion/article/view/4895>

Sánchez, A. (2018). El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista de Ciencias Jurídicas*. N° 145 (85-104) enero-abril.

Santiago, A. (2013). El principio de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos.

Sánchez, L. (2014). Estudios críticos de fronteras. Aportes de los estudios culturales. Volumen XIV / N° 1 / enero-junio 2014 / pp. 173-190.

Spener, D. (2008). El apartheid global, el coyotaje y el discurso de la migración clandestina: distinciones entre violencia personal, estructural y cultural. *Migración y desarrollo*, (10), 127-156. <https://www.scielo.org.mx/pdf/myd/n10/n10a6.pdf>

Scott, M. (2018). *Refugee Status Determination in the Context of 'Natural' Disasters and Climate Change*. Lund University.

Solanes, A. (2021). *Desplazados y refugiados climáticos. La necesidad de protección por causas medioambientales*. *Anales de la Cátedra Francisco Suarez* 55, pp. 433-460.

Souto, A. (2022). *Colombianas en España y brasileiras en Portugal. Un análisis interseccional de las migraciones de las mujeres en el espacio transnacional/poscolonial*. Programa de doctorado en Ciencias Sociales y del Comportamiento. Tesis doctoral UDC. Universidad Da Coruña. [Colombianas en España y brasileiras en Portugal: un análisis interseccional de las migraciones de las mujeres en el espacio transnacional/poscolonial \(udc.es\)](https://www.udc.es/colombianas-en-espana-y-brasileiras-en-portugal-un-analisis-interseccional-de-las-migraciones-de-las-mujeres-en-el-espacio-transnacional-poscolonial).

Subía, A. (2023). Informe a la opinión consultiva sobre emergencia climática y derechos humanos. Observaciones Corte Interamericana de Derechos Humanos. https://corteidh.or.cr/sitios/observaciones/OC-32/31_subia_cabrera.pdf

Tantaleán, R. (2016). Tipología de las investigaciones jurídicas. *Derecho y Cambio Social*. ISSN-e 2224-4131, Año 13, N°. 43, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5456267>

Terreros, F. (2020). Derecho a la protección de los desplazados por factores medioambientales a la luz de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. vol. 18 · núm. 2 · 2020 · pp. 151-183 · DOI: 10.4067/S0718-52002020000200151

Unión Parlamentaria. (2015). Migración, derechos humanos y gobernanza. Manual para Parlamentarios N° 24. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/MigrationHR_and_Governance_HR_PUB_15_3_SP.pdf

Utria, L. (2015). Resiliencia en mujeres víctimas del desplazamiento forzado. Universidad del Norte.

Valencia, J. y Marín, M. (2018). Investigación teórica, dogmática, hermeneútica, doctrinal y empírica de las ciencias jurídicas. Revista Ratio Juris, ISSN 1794-6638, Vol. 13, N° 27, 2018, págs. 17-26

Villán, C. (2004). La protección internacional de los derechos humanos en el sistema de las Naciones Unidas y de sus organismos especializados.

SECCIÓN III

Sección abierta

LA DOMINACIÓN PATRIARCAL EN EL SISTEMA DE JUSTICIA ECUATORIANO: REFLEXIÓN A PARTIR DE LA BOLETA DE AUXILIO

 Lydia Andrés-Oleas

Universidad de las Américas

RESUMEN

Este ensayo analiza cómo el sistema patriarcal influye en las prácticas jurídicas, particularmente en el uso de instrumentos como la "boleta de auxilio" para proteger a las mujeres de la violencia de género. Desde una perspectiva crítica, sociológica y feminista, se exploran las dinámicas de poder y dominación presentes tanto en el contenido como en la aplicación de las leyes.

A través de un análisis de las boletas de auxilio en Ecuador, se examina cómo esta medida de protección ha sido manipulada para perpetuar la violencia. Los resultados muestran que, aunque la ley teóricamente protege a las mujeres, las estructuras patriarcales distorsionan estos mecanismos, convirtiéndolos en herramientas de control. El artículo concluye que, mientras el sistema jurídico tiene el potencial de generar cambios, sigue siendo profundamente patriarcal y requiere un reexamen crítico para lograr una verdadera protección.

ABSTRACT

This essay analyzes how the patriarchal system influences legal practices, particularly the use of instruments like the "protection order" to protect women from gender-based violence. From a critical, sociological, and feminist perspective, it explores the power and domination dynamics present both in the content and in the application of laws.

Through an analysis of protection orders in Ecuador, it examines how this protective measure has been manipulated to perpetuate violence. The findings show that although the law theoretically protects women, patriarchal structures distort these mechanisms, turning them into tools of control. The article concludes that, while the legal system has the potential to bring about change, it remains deeply patriarchal and requires a critical reexamination to achieve true protection.

PALABRAS CLAVE: interseccionalidad, Derecho, violencia de género contra las mujeres, matriz de dominación, régimen de diferencia, Ecuador.

KEYWORDS: intersectionality, Law, gender-based violence against women, matrix of domination, difference regime, Ecuador.

JEL CODE: K38, J16, K42

RECIBIDO: 18/10/2024

ACEPTADO: 10/11/2024

DOI: 10.26807/rfj.v2i16.512

INTRODUCCIÓN

Planteo que una de las formas en que la dominación patriarcal se actualiza en la aplicación del Derecho es el uso del sistema de justicia para violentar mujeres, y que esta violencia es posible por la forma en que funciona el sistema de justicia, y no únicamente el Derecho como norma; es decir, en las prácticas, discursos, imaginarios, interacciones y procesos informales (no regidos por las normas explícitas) que constituyen el campo jurídico. La matriz de dominación patriarcal no solo influye en los contenidos de las normas, sino que permea todo el sistema de justicia. Esto, entre otros factores, hace posible que se usen herramientas jurídicas que deberían proteger y prevenir la violencia para un fin opuesto: violentar.

Argumento que el Derecho, en un sentido no estrictamente normativo, es usado como arma, para violentar, confirmando de forma perversa que el Derecho es una herramienta de dominación. Como tal, el Derecho, en sus contenidos y en su aplicación, reproduce, configura y actualiza los distintos regímenes de diferencia con sus consecuentes desigualdades. Ello no quita que el Derecho es también un campo de disputa de sentidos, de fuerzas y derechos, y que en el Derecho se logran cambios a favor de minorías¹ históricas, que existe una Teoría Crítica del Derecho y litigio estratégico, que en el campo del Derecho se han plasmado los resultados de importantes luchas sociales de distintos grupos sociales categorizados dentro de los regímenes de diferencia. ¿Pero pueden estos cambios revertir los regímenes de diferencia? ¿Puede el Derecho no ser necesariamente una herramienta de dominación?

No pretendo intentar una respuesta a semejante pregunta, pero propongo una reflexión sobre una posible respuesta desde un ejemplo concreto: el Derecho no puede dejar de ser una herramienta de dominación. El ejemplo que usaré para la reflexión se centrará en un tipo particular de dominación: el patriarcado. Y aterrizaré la reflexión en un objeto concreto como material de análisis y ejemplo: la boleta de auxilio en el sistema de justicia ecuatoriano. Las principales nociones que emplearé serán las matrices de dominación, los regímenes de diferencia y la interseccionalidad.

¹ Uso el término “minorías” en el sentido que le da Colette Guillaumin en *L'idéologie raciste* (2002 [1972]).

PRESUPUESTOS CONCEPTUALES

En primer lugar, para sustentar la aseveración de que el Derecho constituye una herramienta de dominación, me referiré brevemente a dos referentes de la Sociología: Michel Foucault y Pierre Bourdieu. Para el primero, el Derecho tiene relación con un proceso de “estatización continua de las relaciones de poder”, que se han racionalizado “bajo la forma o bajo los auspicios de instituciones estatales” (Foucault, 1988, p. 18-19). En el marco de esta institucionalización de las relaciones de poder y desde la teoría propuesta por Foucault acerca de los dispositivos de poder y saber, el Derecho se constituye en el dispositivo jurídico. Éste está compuesto de la jurisprudencia y de la legislación, y es instrumentalizado al servicio del dispositivo de poder vigente. De ahí que el Derecho se torne en una herramienta de dominación que opera por medio de los sistemas de justicia.

Por su parte, Bourdieu no solo entiende el Derecho como una herramienta de dominación, sino como un campo (en el marco de su teoría de los campos), es decir, un espacio estructurado de posiciones que tiene una lógica interna propia y reglas propias, en el que se configura un habitus propio y se desarrollan luchas de poder en función de los capitales que son movilizados en el mismo (Bourdieu, 2002 [1966]). Pero, mientras todo campo funciona según dinámicas y relaciones de poder internas, también está necesariamente condicionado por elementos externos, que responden al todo social en el que se inserta. Por otro lado, Bourdieu considera que se debe ver “en el derecho y la jurisprudencia un *reflejo directo* de las relaciones de fuerza existentes, en las cuales se expresan las determinaciones económicas, y en particular los intereses de los dominantes, o bien, como bien lo dice el lenguaje del *aparato*, reactivado por Louis Althusser, un instrumento de dominación” (Bourdieu, 1986, p. 3)². Así, en todo campo jurídico, se disputan, configuran y reproducen relaciones de poder que responden a estructuras sociales mayores, como lo son las matrices de dominación.

Entiendo estas matrices de dominación como macroestructuras sociales que descansan sobre sistemas de ideas y sentires, que configuran y reproducen formas de

² Esta y todas las traducciones del francés y del inglés al castellano son de la autora.

dominación de unos grupos humanos sobre otros. Estas matrices de dominación se actualizan constantemente haciendo posible distintas formas de dominación y dejando espacio para disputas y cambios. Definidas así, entiendo el patriarcado como una matriz de dominación que reposa sobre un sistema particular de diferenciación y jerarquización de los grupos humanos, es decir un régimen de diferencia. El patriarcado sería entonces una matriz de dominación particular que se sostiene en y sostiene a la vez un régimen de diferencia basado en la categoría de género; y la dominación patriarcal tendría en la distinción y jerarquización de los géneros, una herramienta de dominación.

Aunque voy a centrarme en esta forma de dominación, quiero referirme de manera más amplia a las matrices de dominación y regímenes de diferencia, en plural, ya que se encuentran relacionadas, tanto conceptualmente como en las vivencias, tal como lo plantea la noción y enfoque de la interseccionalidad. Las matrices de dominación no pueden entenderse de forma aislada. La interseccionalidad es fundamental para explicar la relación entre matrices de dominación y entre regímenes de diferencia.

A partir de la concepción utilitarista del término “interseccionalidad” acuñado por Kimberlé Crenshaw (2012 [1991]), muchas feministas y otras han aportado a la construcción de esta noción, como enfoque, paradigma o herramienta, y han investigado en torno, desde o sobre la interseccionalidad. Ann Phoenix y Avta Brah la definen como “los complejos, irreductibles, variados y variables efectos que resultan cuando múltiples ejes de diferencia –económica, política, cultural, psíquica, subjetiva y experiencial– se intersecan en contextos históricos específicos” (Brah/Phoenix, 2004, p. 75-86; en Brah, 2013, p. 14). En esta definición, se hace hincapié en los efectos de la intersección de múltiples ejes de diferencia en un momento histórico dado. Por otro lado, para Nattie Golubov la interseccionalidad “es un concepto que nos permite identificar las interacciones entre el género, la raza, la clase, la edad, la sexualidad y otros vectores de la diferencia y de la discriminación mutuamente constitutivos” (Golubov, 2016, p. 205); y a la vez es “una herramienta útil para detectar las múltiples discriminaciones que se entrecruzan” (2016, p. 197), en la línea de Crenshaw y haciendo énfasis en su relación con la discriminación.

Las categorías de diferenciación y jerarquización son múltiples (género, raza, etc.)

y dependen de las matrices de dominación que operan en lugares y momentos dados, en contextos sociales, culturales e históricos particulares. ¿Cómo entender las imbricaciones/intersecciones entre ellas? Coincido, para responder a esta pregunta, con la perspectiva de intelectuales feministas marxistas, como Mies (citada en Bhattacharyya 2018, 45), que consideran que las opresiones no pueden ser entendidas sin tener como referencia la explotación. Usando la idea de matriz de dominación, esto significa que estas matrices y sus imbricaciones no pueden entenderse sin hacer referencia a la explotación, es decir, una de las posibles violencias resultantes de las matrices de dominación, junto con la discriminación, la segregación y otras formas de ejercer la dominación.

La noción de capitalismo racial desarrollada por Bhattacharyya (2018) y la propuesta de Bohrer de una teoría interseccional del capitalismo (2018) resultan interesantes para entender desde esta perspectiva feminista y marxista la relación entre las matrices de dominación, y con ello la dominación patriarcal. Bohrer argumenta que el capitalismo “es el sistema global que hizo surgir al patriarcado, racismo, colonización e imperialismo, así como a la formación de la explotación proletaria que ha sido más frecuentemente discutida” (2018, 16); y ubica al “capitalismo en el centro de una teoría interseccional, pero que no toma la clase como el antagonismo privilegiado o primordial a ser considerado” (Ibid.). Esta manera de entender la interrelación entre las opresiones/dominaciones múltiples ayuda a entender de forma más global su funcionamiento y obliga a pensar la dominación y la violencia ejercidas contra las mujeres en relación no sólo con otras formas de dominación y opresión (raza y clase, en particular), sino en relación con la explotación y la apropiación del trabajo de las mujeres. Por ejemplo: ¿cuán presente está en las motivaciones de los agresores la pérdida de privilegios otorgados por ser hombres en una sociedad patriarcal –no sólo por la realización de tareas de cuidado, sino por la realización de otras actividades productivas en beneficio de ellos que se hacen sin reconocimiento–?

Para profundizar en la relación entre las matrices de dominación bajo el capitalismo como macro sistema, el trabajo de Bhattacharyya (2018) es iluminador. Desarrolla una propuesta de capitalismo racial, que “nos ayuda a entender cómo las personas se vieron divididas las unas de las otras en el nombre de la supervivencia

económica o en nombre del bienestar económico” (2018, x). Además, la propuesta de Bhattacharyya integra las dominaciones múltiples, ya que el capitalismo racial “describe un conjunto de técnicas y una formación, en las cuales registra el disciplinamiento y ordenamiento de cuerpos a través del género y la sexualidad y la in/capacidad y la edad que fluyen a través de lo que está sucediendo” (Ibid.). Y explica que esto se entiende dentro del capitalismo racial “porque estas técnicas de construir lo otro y excluir utilizan las lógicas de la raza, sin importar cual sea la población apuntada” (Ibid.).

Juntando la propuesta de capitalismo racial con la del capitalismo como macro sistema de opresión/dominación, se puede entender mejor las relaciones entre las matrices de dominación, que tendrían en común –entre otros elementos– la forma de categorizar de forma jerárquica grupos de población en un macro sistema de diferenciaciones que tienen relación con el modo capitalista de producción³, sosteniendo la explotación de unos con relación a otros a través de diferentes formas de dominación. Así, las diferentes matrices de dominación, que se construyen con la categorización y jerarquización de las categorías creadas para diferenciar grupos sociales e individuos, resultan en el establecimiento y mantenimiento de desigualdades y diversas formas de violencia que tienen en lugar en función de estas categorías clasificatorias.

IMPLICACIONES EPISTEMOLÓGICAS Y METODOLÓGICAS DESDE EL FEMINISMO Y LA INTERSECCIONALIDAD

Las implicaciones epistemológicas y metodológicas de este enfoque interseccional y feminista incluyen al menos las siguientes: una concepción de la realidad que no es positivista, sino interpretativista (della Porta y Keating, 2013), es decir una epistemología interpretativa; una aproximación metodológica interpretativa o cualitativa; la construcción de conocimiento situado; la centralidad de lo subjetivo y de las vivencias; y el uso de métodos y técnicas primordialmente cualitativas.

Donatella della Porta y Michael Keating (2013) identifican cuatro enfoques

³ Aquí, el modo capitalista de producción no se entiende en la forma marxista clásica, sino como lo entienden las feministas marxistas referidas en este artículo y otras, como Christine Delphy (2015).

ontológico-epistemológicos: positivista, pospositivista, interpretativo y humanístico. Desde el enfoque interpretativo se considera que la realidad social es a la vez objetiva y subjetiva, estando estas realidades intrínsecamente asociadas; de tal manera que la realidad se puede conocer, “pero depende de la subjetividad humana”. Según estos autores, el enfoque interpretativo también implica que quien investiga aspira “a entender el conocimiento subjetivo” y que el conocimiento que se puede construir es necesariamente contextual (della Porta y Keating, 2013, 36). Este enfoque epistemológico interpretativo coincide con los planteamientos feministas interseccionales, con el objetivismo crítico feminista de Donna J. Haraway (1995) y la necesidad de un saber situado.

De hecho, la necesidad de construir un saber situado es un planteamiento central de los feminismos interseccionales y presupone un enfoque epistemológico claro: si el conocimiento es necesariamente situado y parcial (con sus consecuencias metodológicas), es porque no existe conocimiento objetivo ni realidad objetiva en el sentido positivista. Siguiendo la propuesta de un empirismo crítico feminista, propuesto por Haraway, “solamente la perspectiva parcial promete una visión objetiva” (Haraway, 1995, p. 326). Como explica la autora, “la objetividad feminista significa, sencillamente, conocimientos situados” (Ibid., 324), porque la racionalidad y el conocimiento racional solo son posibles como conocimientos situados y parciales, sin pretensiones de universalidad; y la objetividad es, finalmente, posicionamiento crítico (Ibid.). La objetividad que se pretende en la construcción de saberes científicos, desde esta perspectiva feminista interseccional y desde un enfoque interpretativo, no puede entenderse en términos positivistas. Lo que se buscaría en la construcción de la ciencia es una objetividad que se asemeja más a la imparcialidad y que está dada no por la objetividad de los hechos sociales, sino por la suma de subjetividades que se logra con el uso de métodos cualitativos.

Al considerar que la realidad social se construye entre una realidad objetiva y subjetividades que interactúan entre ellas y con esta realidad, es necesario investigar la existencia de realidades objetivas propias del campo jurídico (por ejemplo, las normas, los procedimientos y las materialidades) y la forma en que son entendidas estas realidades objetivas por los sujetos, quienes, a partir de estas formas de percibir y entender estas

realidades objetivas, actúan de determinadas maneras construyendo a su vez el mismo campo jurídico. Solo puede entenderse el campo jurídico ecuatoriano estudiando tanto la realidad objetiva como lo subjetivo y la relación entre ambos, porque la realidad social se construye como producto de realidades objetivas y de la percepción y relación de las subjetividades con estas realidades objetivas y entre ellas.

¿Qué implica construir un conocimiento situado? Significa al menos ubicarme como investigadora y construir conocimientos en sus contextos. Como explica Éric Fassin, “situar el saber es, antes que nada, restaurar los contextos en los que se inscribe, es decir, hacer explícito su aquí y ahora. Pero no es únicamente eso. La epistemología feminista también demanda una mirada reflexiva: “quién habla”” (Fassin, 2021, p. 8). Situarse, desde un enfoque interseccional, demanda un ejercicio crítico de descentramiento, o un posicionamiento crítico, en términos de Haraway. Ubicarse no es simplemente describir dónde una se sitúa, sino tomarlo en cuenta para entender las motivaciones y los posibles sesgos de una y de otras. En el caso de este ensayo, ubicarme es, en parte, reconocer esta realidad y sus complejidades reconociendo mis motivaciones personales, puesto que la boleta de auxilio que se analiza a continuación es mía y mi interés por el tema proviene de mis experiencias personales. Este posicionamiento crítico y situado, asociado a la construcción de saberes situados demanda una comprensión contrastada y contextual.

Finalmente, retornando a las imbricaciones de las matrices de dominación y la interseccionalidad, también se debe definir de manera concreta, “cuántas diferencias deben incorporarse en una investigación; cuándo, dónde y cómo son relevantes, y cuándo no lo son” (Anthias, 2012, p. 128; citada en Golubov, 2016, p. 201). Y ello debe hacerse tomando en cuenta que tener un enfoque interseccional no es introducir de forma aditiva categorías de diferenciación, sino tenerlas en cuenta y entender cómo se relacionan de manera situada.

DERECHO Y DOMINACIÓN PATRIARCAL: LA BOLETA DE AUXILIO

Por definición, la dominación –patriarcal u otra– implica diversas relaciones de

poder y formas de violencia, como la segregación, explotación, discriminación, expropiación y apropiación. Por lo tanto, la dominación patriarcal implica estas formas de violencia en función del régimen de diferencia construido sobre el género y en función de los contextos históricos y sociales. De manera más concreta, las formas de violencia patriarcal pueden ser de diferentes tipos en función de los ámbitos donde es ejercida y de los mecanismos usados: violencia psicológica, violencia simbólica, violencia sexual, violencia patrimonial, etc.

La violencia ejercida contra las mujeres en la aplicación del Derecho podría entenderse como un tipo de violencia institucional que se podría llamar violencia judicial. Esta violencia judicial implicaría el uso del sistema de justicia para violentar y toda la violencia patriarcal ejercida desde el sistema de justicia, ya no solo en el contenido de las normas, sino en su aplicación, es decir, en las prácticas y discursos. Se incluye aquí el uso de herramientas legales específicas, como al que planteo aquí: la boleta de auxilio.

“¿Para qué denuncia si con la boleta de auxilio en la mano las matan?” Esta frase fue pronunciada por una perito psicóloga, funcionaria del Consejo de la Judicatura del Ecuador, al terminar una evaluación psicológica de una mujer que había denunciado a su exmarido por violencia psicológica. Esa mujer soy yo⁴, y esta denuncia era apenas un evento más en una serie de procesos judiciales civiles y penales que empezaron a raíz de que dejé mi casa con mis hijas y decidí divorciarme. La funcionaria tenía razón: existen mujeres que tienen boletas de auxilio y son asesinadas por sus parejas o exparejas. Entonces, ¿para qué denunciar? Dejando de lado la falta de empatía, esta funcionaria no hacía más que señalar lo que ella, desde una posición de saber privilegiada sobre el tema, sabía con certeza: la boleta de auxilio no protege. Y si no impide que una mujer sea asesinada, aún menos que sea agredida, golpeada, insultada, perseguida, amenazada o chantajeada.

En Ecuador, la boleta de auxilio se implementó como una medida de amparo a raíz de la creación de legislación que fue desarrollada para prevenir la violencia contra las mujeres y la violencia intrafamiliar. Tras la creación de la primera Comisaría de la

⁴ Escribo aquí desde el privilegio epistémico que me da ser una mujer que ha sido víctima de violencia machista.

Mujer en 1994, se debatió y aprobó la Ley contra la violencia a la mujer y la familia, publicada en el Registro Oficial en diciembre de 1995. En el capítulo sobre medidas de amparo, el artículo 13 de la ley establece que “[l]as autoridades señaladas en el artículo 8, cuando de cualquier manera llegare a su conocimiento un caso de violencia intrafamiliar, procederán de inmediato a imponer una o varias de las siguientes medidas de amparo en favor de la persona agredida: 1. Conceder las boletas de auxilio que fueren necesarias a la mujer o demás miembros del núcleo familiar”.

En el año 2014, esta ley fue remplazada por el Código Orgánico Integral Penal (COIP). En su artículo 558, se señalan doce medidas de protección (antes, medidas de amparo) para casos de violencia intrafamiliar, entre las que se incluye la extensión de una boleta de auxilio. Estas medidas de protección son los “medios con las que el juez o jueza dispone para proteger a las víctimas de violencia intrafamiliar, las cuales, deben ser dispuestas de forma inmediata [...], pues, su objetivo principal es proteger los derechos y garantías de las víctimas” (Castillo Martínez y Ruiz Castillo, 2021, p. 126). Su finalidad es “velar por la integridad de la persona, sea física, psicológica o sexual, por ende, tienen el carácter de ser preventivas” (Ibid., 128).

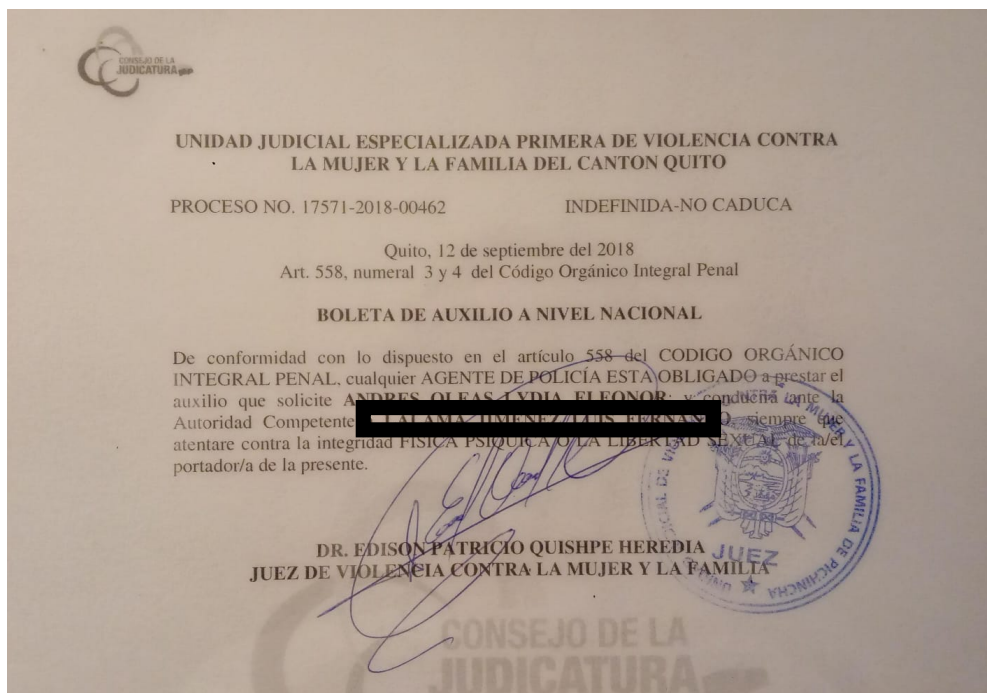
El 12 de septiembre de 2018, en Quito, fue expedida mi boleta de auxilio, de la cual guardo una copia conmigo de forma permanente. Fue expedida por un juez, en una de las unidades especializadas en violencia contra la mujer y la familia, en el marco de un proceso judicial que inicié en esa unidad. Es una hoja de papel común con un formato estandarizado, impreso en blanco y negro, con membrete del Consejo de la Judicatura, cuya validez se establece con un sello de la unidad judicial y la firma original del juez que emite la medida de protección. Cuando me la entregaron, me sorprendió que fuera una simple hoja. Me pareció “muy poco”, rompible, falsificable, frágil; todo lo contrario de lo que debía ser la materialización de una medida de protección real. El funcionario que me la entregó me recomendó que fuera al local de copias e impresiones contiguo a la unidad judicial para que la plastificaran. En el local ya sabían qué hacer, lo hacían todos los días. La persona que me atendió cortó la hoja y me explicó que, para plastificar las boletas de auxilio, las cortan para que tengan un formato más pequeño. La nueva hoja mutilada fue plastificada, y lo que me había imaginado como un evento trascendente, que

debía cambiar mi situación de seguridad frente a mi agresor, resultó ser una ida a la copiadora.

Una boleta de auxilio es un documento legal, que solo puede ser emitido por una autoridad competente sustentando su decisión en la normativa vigente; tiene un valor jurídico bajo la jurisdicción de un Estado que es el garante de su validez y debería ser garante de su eficacia. Estas características la revisten de autoridad y le dan un valor que también es simbólico. Es un objeto que tiene autoridad, que debe ser obedecido por orden de autoridad legítima en el marco del Estado de derecho donde fue creado. La información que contiene es concisa, enunciada en pocas líneas, sin señalar el contenido de los artículos de la normativa que sustenta su emisión y que hacen posible su existencia. Esto es característico de los documentos jurídicos: citar artículos y normas sin hacer explícitos sus contenidos, una forma de economía de palabras y esfuerzo, y también una economía y política del saber que excluye de toda posible comprensión a quienes no son expertos-as. Como suele suceder aún en sentencias y resoluciones judiciales, los-as usuarios-as no pueden entender el contenido del documento sin ayuda e interpretación de una persona experta.

Así, un instrumento jurídico que se originó pensando en proteger principalmente a las mujeres de sus agresores y potenciales agresores, puede resultar en un papel guardado en un cajón, en un papel doblado y guardado en la cartera, un objeto que no cumple su finalidad. Por un lado, su contenido y su forma de uso no es siempre comprensible para quien la tiene. Por otro, aun si se entiende su contenido y se sabe cómo usar, no impide que quien la tiene sea agredida y hasta asesinada; y hasta puede ser usada por agresores que logran tener una boleta de auxilio poniendo denuncias en contra de las mujeres que violentan.

Las boletas de auxilio pueden tener distintos contenidos, según las medidas de protección que han sido otorgadas por la autoridad judicial. Usaré la mía como ejemplo a ser analizado:



Al detallar el contenido de la boleta de auxilio, vemos que dispone que “cualquier AGENTE DE POLICÍA ESTÁ OBLIGADO” a prestarme auxilio en ciertas situaciones. Se señala, así, una obligación de auxiliarme, en letras mayúsculas. Y con este mismo tipo de letra se señalan las razones por las cuales los agentes de policía estarían obligados a intervenir: cuando mi agresor “atentare contra [mi] integridad FÍSICA, PSÍQUICA Y LIBERTAD SEXUAL”. ¿Estas mayúsculas están ahí para señalar lo que es más importante o para facilitar una lectura rápida en caso de que se use? Tal vez ambas razones son ciertas. Al igual que sobre los artículos enunciados y no explicados, sobre esto tampoco me dieron explicaciones cuando me entregaron la boleta de auxilio. Las instrucciones fueron sobre plastificar y sacar copias.

No he usado nunca esta boleta de auxilio, que ya tenía cuando la perito me dijo que a las mujeres nos matan con boleta de auxilio en la mano. Y empecé a pensar en la inutilidad del documento mucho antes de que la perito me lo dijera, desde que salí con la hoja de papel de la unidad judicial para ir a la copiadora. La validez y autoridad otorgada a la boleta de auxilio por su estatus de documento jurídico no significa una garantía de protección; es decir que no cumple con el propósito con el que fue creada. Eso es lo que significan las palabras de la perito. En una publicación de la Defensoría Pública, se lee:

“Estadísticamente se conoce que de las víctimas de feminicidio reportadas en 2022, al menos, 8 tenían una boleta de auxilio” (Torres Machuca, 2023, p. 146). Nótese que dice “al menos”. Es decir: no sabemos realmente cuántas tenían boleta de auxilio. ¿Es porque la boleta no tiene importancia? Lo que es seguro es que no tiene eficacia: no impide que la persona que tiene la medida protección sea agredida, violentada y asesinada por la persona contra quien se emite. Esto pone en duda su valor real como medida de protección, o por lo menos lo limita.

Pero debo aclarar que sí puede ser útil, como lo sostiene Paillacho Yar (2011), quien encontró en su investigación que las mujeres usan el valor simbólico de la boleta de auxilio para evitar que sus parejas las agredan o que al menos bajen las agresiones. Es decir que no las usan en el sentido que está anotado en el documento –pidiendo la intervención de la Policía–, sino que señalan a sus parejas y potenciales agresores que tienen la boleta de auxilio y que, por ello, ellos se restringen y renuncian a agredirlas. Esta y otras tesis, que son elaboradas en el marco de las ciencias sociales en el país y que tienen relación con género y derecho –especialmente con perspectiva de género–, ponen énfasis en el acceso a la justicia y en las fallas y deficiencias del sistema de justicia y el derecho en el tratamiento de los casos de violencia por razones de género contra mujeres⁵.

En cambio, en tesis y artículos que provienen del Derecho, existen varias investigaciones que señalan malos usos de las boletas de auxilio por parte de mujeres⁶. Indican que hay mujeres que las usan para chantajear a sus parejas o padres de sus hijos, amenazándolos con incriminarlos y hacerlos encarcelar alegando algún acto de violencia que no habría sucedido. Uno de los artículos revisados llega a argumentar que la boleta de auxilio es una violación del derecho a la defensa de los hombres⁷. Es interesante que a la par existen tesis y artículos que señalan la falta de eficacia de las medidas de protección y de las boletas de auxilio en particular⁸. Es decir que desde el Derecho se señala que la boleta de auxilio es una herramienta de prevención de violencia, principalmente pensada para proteger mujeres, que no es eficaz –protege poco o nada–, pero que a la vez es usada

⁵ Por ejemplo, tesis de FLACSO, Ecuador: Aulestia Enríquez 2010, Jácome Villalva 2002, López Morales 2022, Neira Cagua 2022, Anda Jiménez 2021, Rivera Ortiz 2022.

⁶ Por ejemplo: Ramírez Rosado 2016, Sánchez Méndez y Tello Castillo 2022, Portilla Paguay 2023.

⁷ Caranguí Vásquez y Torres Wilchez 2023.

⁸ Ver: Vélez López 2022.

de forma fraudulenta –y eficaz–, convirtiéndola en un arma para chantajear hombres.

Esta lectura parece contraponerse a la que se hace desde las tesis con enfoque de género que provienen de las ciencias sociales. Las tesis de Derecho ponen énfasis en el mal uso que harían las mujeres, obviando el contexto de cultura patriarcal y ubicando a los hombres señalados en las boletas de auxilio como víctimas; mientras que las tesis con enfoque de género que provienen de las ciencias sociales ven en la boleta de auxilio una medida que puede ser útil por su valor simbólico, aun si no funciona adecuadamente para lo que fue pensada.

Estas diferencias podrían explicarse por el enfoque de género y por cierta visión del derecho a la defensa. ¿Quién puede defenderse de forma legítima? ¿Quién tiene derecho a defenderse? ¿Es chantaje que una mujer diga a su pareja o expareja que lo va a denunciar y a activar su boleta de auxilio si no paga la pensión alimenticia, si no le concede el divorcio, si pretende ver a sus hijos (siendo él violento)? ¿O es defensa? Siguiendo el planteamiento de Elsa Dorlin, pienso que las mujeres, por su condición de mujeres y por las fallas del sistema de justicia, se ven obligadas a buscar estrategias de autodefensa, frente a hombres agresores que son vistos como con derecho a una legítima defensa, como en el caso de la tesis que argumenta que las boletas de auxilio violan el derecho a la presunción de inocencia. Como dice Dorlin, “A esos cuerpos vulnerables y violentables no les corresponden más que subjetividades sin armas en las manos [à mains nues]. Consideradas con respeto dentro de y a través de la violencia, sólo viven o sobreviven si llegan a dotarse de tácticas defensivas. Estas prácticas subalternas conforman lo que denomino la autodefensa propiamente dicha, en contraste con el concepto jurídico de legítima defensa” (Dorlin, 2019, p. 29).

Así, prececría que mientras las mujeres son señaladas por instrumentalizar las boletas de auxilio, los hombres no –no he encontrado bibliografía que se refiera al mal uso de la boleta de auxilio por parte de hombres–. Esto confirmaría la percepción engenerizada de la realidad por la cual los hombres son pensados como con derecho a la defensa legítima –y la presunción de inocencia–, mientras que las mujeres son más fácilmente pensadas como personas que no tienen ese mismo derecho, a tal punto que cuando hacen un uso estratégico de un mecanismo de defensa –medida de protección–,

es decir de autodefensa, son vistas como mujeres que actúan de forma ilegítima.

Finalmente, desde la propuesta del capitalismo racial, poniendo cierto énfasis en la explotación y la apropiación del trabajo, pensando en la dominación patriarcal y el uso del Derecho –como herramienta de dominación– para violentar mujeres, se podría explicar (o esperar observar) que hombres, al verse en la imposibilidad de seguir expropiando el trabajo de sus parejas o exparejas, deciden violentarlas usando el sistema de justicia, no únicamente para violentar y como una forma de castigo, sino como un intento de manipulación, por medio de la amenaza, para no perder el privilegio de contar con el trabajo gratuito de sus parejas o exparejas.

BREVES REFLEXIONES FINALES: EL DERECHO COMO REPRODUCTOR DEL SISTEMA DE DOMINACIÓN PATRIARCAL

Como anuncié al inicio, no he pretendido aquí responder a la pregunta introductoria: ¿Puede el Derecho no ser necesariamente una herramienta de dominación?; pero sí reflexionar sobre una posible respuesta: el Derecho no puede dejar de ser una herramienta de dominación. Creo que el análisis de la boleta de auxilio, como herramienta legal y documento jurídico, permite mostrar cómo el sistema de justicia está permeado por la matriz de dominación patriarcal.

El uso que se puede dar a la boleta de auxilio se aleja del que debía tener cuando se diseñó. Su diseño no es adecuado para la realidad. No se usa adecuadamente. Y si esto es posible es porque las matrices de dominación se actualizan permanentemente. Esto no señala únicamente que el sistema de justicia, sus procedimientos, sus prácticas, sus objetos, deben ser revisados o tienen errores en su concepción y/o aplicación; sino que el sistema de justicia no puede escapar a las matrices de dominación que operan en y más allá de él. Es por ello que la boleta de auxilio, habiendo sido diseñada especialmente para proteger a mujeres de sus agresores, no cumple su función: no porque hay malas prácticas y errores, sino porque la dominación patriarcal se actualiza permanentemente.

BIBLIOGRAFÍA

- Bhattacharyya, G. (2018). Rethinking racial capitalism. Questions of reproduction and survival. Londres: Rowman y Littlefield / Rowman y Littlefield International.
- Bohrer, A. (2018). “Intersectionality and Marxism: A Critical Historiography”. *Historical Materialism*.
- DOI: [10.1163/1569206x-00001617](https://doi.org/10.1163/1569206x-00001617)
- Bourdieu, P. (1986). “La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique”. Actes de la recherche en sciences sociales. Vol. 64, septiembre 1986.
- DOI: <https://doi.org/10.3406/arss.1986.2332>
- Bourdieu, P. (2002 [1966]). Campo de poder, campo intelectual. Buenos Aires: Editorial Montessor.
- Brah, A. (2013). “Pensando en y a través de la interseccionalidad”. En La interseccionalidad en debate, editado por Martha Zapata Galindo, Sabina García Peter y Jennifer Chan de Ávila, 14-20. Berlín: Proyecto Medidas para la Inclusión Social y Equidad en Instituciones de Educación Superior en América Latina. Versión digital. Acceso el 17 de junio de 2024.
- https://www.upla.cl/inclusion/wp-content/uploads/2015/04/Interseccionalidadendebate_misealweb-1.pdf
- Carangui Vásquez, J.M. y M. Torres Wilchez. (2023). “La vulneración del derecho a la defensa, frente al mal uso de las medidas de protección por parte de la víctima en violencia contra las mujeres”. Conciencia digital, Vol 6, Núm. 3. DOI: <https://doi.org/10.33262/concienciadigital.v6i3.2635>
- Castillo Martínez, E.X. y S.V. Ruiz Castillo. (2021). “La eficacia de las medidas de protección en los casos de violencia intrafamiliar en Ecuador”. Revista de Derecho, vol. 6, núm. 2. DOI: <https://doi.org/10.47712/rd.2021.v6i2.147>

- Crenshaw, K. (2012 [1991]). “Cartografiando los márgenes. Interseccionalidad, políticas identitarias, y violencia contra las mujeres de color”. En *Intersecciones: cuerpos y sexualidades en la encrucijada*, editado por Raquel (Lucas) Platero, 87-122. Barcelona: Bellaterra Edicions.
- Della Porta, D. y M. Keating, editores. (2013 [2008]). *Enfoques y metodologías de las ciencias sociales. Una perspectiva pluralista*. Madrid: Akal.
- Delphy, C. (2015). *Pour une théorie générale de l’exploitation. Des différentes formes d’extorsion de travail aujourd’hui*. París: Éditions Syllepse.
- Dorlin, E. (2019). *Autodefensa. Una filosofía de la violencia*. Txalaparta.
- Fassin, É. (2021). “Sou um homem branco? Epistemologia política do paradoxo majoritário”. *Sexualidad, Salud y Sociedad* (Rio de Janeiro), núm. 37.
DOI: <https://doi.org/10.7440/res64.2018.03>
- Foucault, M. (1988). “El sujeto y el poder”. *Revista Mexicana de Sociología*, Vol. 50, No. 3 (julio-septiembre): 3 - 20. <http://links.jstor.org/sici?sici=0188-2503%28198807%2F09%2950%3a3%3C3%3AESYEP%3E2.0.CO%3B2-AFoucault>
- Golubov, N. (2016). “Interseccionalidad”. En *Conceptos clave en los estudios de género*, vol. 1, coordinado por Hortensia Moreno y Eva Alcántara, 197-213. México: UNAM-PUEG. Versión digital. Acceso el 15 de junio de 2024.
https://estudiosfeministas.xoc.uam.mx/wp-content/uploads/2022/03/perspectivas-feministas_compressed.pdf
- Guillaumin, C. (2002 [1972]). *L’idéologie raciste*. París: Gallimard.
- Haraway, D.J. (1995 [1991]). *Ciencias, cyborgs y mujeres. La reinención de la naturaleza*. Madrid: ediciones Cátedra, Universitat de Valencia, Instituto de la Mujer.
- Paillacho Yar, M.G. (2011). “La boleta de auxilio en el entorno familiar de las mujeres violentadas”, tesis aprobada para la obtención del título de maestría en Ciencias

Sociales con mención en género y desarrollo, por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, sede Ecuador. Versión digital. Acceso el 20 de junio de 2024.

<http://hdl.handle.net/10469/6399>

Portilla Paguay, R.E.; Santander Moreno, J.J.; Montenegro Altamirano, V.L. y E.J. Menza Ortega. (2023). “Los efectos perjudiciales del uso inapropiado de las boletas de auxilio en la integridad personal y moral de los individuos sometidos a proceso: una reflexión crítica”. Revista Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores, Año XI, Núm. 1, Art. 129. Versión digital. Acceso el 5 de julio de 2024.

<http://www.dilemascontemporaneoseducacionpoliticayvalores.com/>

Ramírez Rosado, A.I. (2016). “El impacto a la seguridad jurídica con respecto a la caducidad de las boletas de auxilio”. Proyecto de investigación previo a la obtención del título de abogada de los tribunales de la república, Uniandes, Babahoyo, Ecuador. Versión digital. Acceso el 2 de julio de 2024.

<https://dspace.uniandes.edu.ec/handle/123456789/7070>

Sánchez Méndez, A.C. y B. Tello Castillo. (2022). “El mal uso de la boleta de auxilio, por parte de las víctimas del delito de violencia física, emitidas por la unidad judicial contra la violencia a la mujer o miembro del núcleo familiar del cantón esmeraldas en el año 2020”. Trabajo de titulación de la maestría en derecho penal, con mención en derecho procesal penal, Universidad de Otavalo, Ecuador. Versión digital. Acceso el 1 de julio de 2024.

<http://repositorio.uotavalo.edu.ec/handle/52000/783>


Torres Machuca, Á.B. y G.I. Pasquel Andrade. (2023). Defensa integral de víctimas de violencia de género desde un enfoque multidisciplinario. Defensoría Pública del Ecuador. ISBN: 978-9942-44-228-4.

Vélez López, L.M. (2022). “La boleta de auxilio como garantía de los derechos de las mujeres víctimas de violencia”. Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar (en línea), Volumen 6, Número 2. DOI: https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v6i2.1997

Ley para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres. Registro Oficial del Ecuador, Suplemento 175, de 5 de febrero de 2018.

Ley contra la violencia a la mujer y la familia (Ley 103). Registro Oficial 839, de 11 de diciembre de 1995.

ANÁLISIS DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL MODELO WEBERIANO DE LA BUROCRACIA EN EL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y MOVILIDAD HUMANA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

 *Estefanía Jácome-Ruales*

Pontificia Universidad Católica del Ecuador

RESUMEN

La administración pública ecuatoriana experimentó cambios normativos significativos desde la Constitución de 2008 y la Ley Orgánica del Servicio Público de 2010. A pesar de contar con un marco constitucional y legal para una administración eficiente, no se han logrado buenas prácticas que reflejen una ejecución óptima de la norma.

Se considera urgente una reforma profunda del aparato estatal, y diversas teorías sobre la administración pública pueden ayudar a evaluar la situación. Este trabajo adopta la teoría burocrática de Max Weber, que incluye seis principios que se aplican al análisis de la administración pública en Ecuador.

Con el fin de comprobar si estos principios se aplican en las instituciones públicas ecuatorianas y si contribuyen a su mejora, se revisaron los principios weberianos en relación con la legislación ecuatoriana y las prácticas administrativas de las instituciones de la Función Ejecutiva.

La metodología utilizada fue descriptiva y comparativa, contrastando los principios weberianos con las normas constitucionales y la realidad administrativa en las instituciones públicas, a partir de datos normativos y de información obtenida de las páginas web de los ministerios y el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana.

ABSTRACT

The Ecuadorian public administration underwent significant regulatory changes since the 2008 Constitution and the 2010 Organic Law of Public Service. Despite having a constitutional and legal framework for an efficient administration, good practices that reflect an optimal execution of the law have not been achieved. A profound reform of the state apparatus is considered urgent, and various theories on public administration can help assess the situation. This paper adopts Max Weber's bureaucratic theory, which includes six principles that are applied to the analysis of public administration in Ecuador. In order to verify if these principles are applied in Ecuadorian public institutions and if they contribute to their improvement, Weberian principles Toed in relation to Ecuadorian legislation and administrative practices in the institutions of the Executive Branch.

The methodology used was descriptive and comparative, contrasting Weberian principles with constitutional norms and the administrative reality in public institutions, based on normative data and information obtained from the websites of ministries and the Ministry of Foreign Affairs and Human Mobility.

PALABRAS CLAVE: Teoría weberiana, funcionarios especializados, pago de favores políticos, acceso por mérito, desmotivación del funcionario, responsabilidad de competencias, arbitrariedad.

KEYWORDS: Weberian theory, specialized officials, payment of political favors, access by merit, lack of motivation of the official, responsibility of competences, arbitrariness.

JEL CODE: H83, D73

RECIBIDO: 04/11/2024

ACEPTADO: 19/11/2024

DOI: 10.26807/rfj.v2i16.513

INTRODUCCIÓN

Desde la promulgación de la Constitución de la República (2008), así como de la Ley Orgánica del Servicio Público (2010), la cantidad de servidores de la administración pública ecuatoriana creció de manera exorbitante. Para el 2018, según datos del Instituto Nacional de Estadística y Censo (INEC, 2018), los servidores públicos a nivel nacional eran 609.979, hecho que generó un aumento en el gasto del erario nacional y un profundo cambio en la estructura interna organizativa del sector público.

Cabe resaltar que, por temas metodológicos, se tomará como administración pública a lo señalado en el numeral 1 del artículo 225 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) y se excluirá a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.

La administración pública actual es enorme, y sus esfuerzos por reformarse se ven empañados por ataduras a normativa contradictoria y vacíos legales; falta de formación profesional en el ámbito de gestión pública, administración pública, entre otras carreras afines; falta de concursos públicos abiertos de méritos y oposición que permitan el acceso a una carrera administrativa; poco cumplimiento y conocimiento por parte de las autoridades sobre sus competencias asignadas; exceso de formalismo; y, una constante desacreditación por parte de la ciudadanía hacia el trabajo del servidor público, lo cual dificulta su desempeño en la institución a la cual pertenece.

La Constitución de la República del Ecuador (2008) establece en su artículo 227 y siguientes los principios bajo los cuales se rige la administración pública, entre estos: eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación. Estos principios, al menos en el papel, deberían propender a una administración pública funcional que brinde servicios ágiles y sin trabas burocráticas a sus usuarios.

Asimismo, la Constitución de la República del Ecuador (2008) faculta el ingreso al sector público mediante concurso de méritos y oposición; ascenso y promoción en la carrera administrativa; incentivos, estabilidad, regulación de la remuneración; y la valorización de la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia del servidor público. Principios que se ven reflejados en la teoría burocrática propuesta por Weber (2001).

En este contexto, el modelo burocrático de Max Weber se basa en el principio de jerarquía y de ingreso a la administración pública con una preparación cabal y experta, tal como se exigiría en el modelo ejecutivo contemporáneo a un empleado de una empresa privada (Weber, 2001). El acceso a un cargo público debe ser visto como la aceptación de un deber particular de fidelidad a la administración, a cambio de una existencia segura, sin que esto se interprete como que el servidor público es un vasallo de la administración que aseguró su ingreso al sector público.

Aun cuando la Ley Orgánica del Servicio Público (2010) y normas técnicas emitidas por el Ministerio del Trabajo establecen un orden por experiencia, capacitación y conocimientos en la ocupación de puestos dentro de la administración pública, el ingreso al sector público por méritos no es la práctica común.

Por otro lado, se encuentran los funcionarios que han ingresado al sector público a través de un concurso de méritos y oposición, y a lo largo de su carrera en el sector público se han capacitado con sus propios medios y, a pesar de haber cumplido cabalmente con su trabajo, no han ascendido; y, por tanto, su remuneración no ha aumentado.

Finalmente, debemos referirnos a los puestos de libre nombramiento y remoción de los cargos políticos más elevados, tales como Ministros, Embajadores y Cónsules en el exterior, entre otros, para los cuales no se consideran capacidades intelectuales, ni el certificado de estudios. Estos puestos tienen como miras el cubrir cuotas políticas y contar con servidores de confianza del gobierno de turno (Weber, 2001).

Como resultado de lo mencionado, en la administración pública existen dos tipos de servidores públicos: a) servidores públicos mal remunerados en relación a su nivel de conocimientos y experiencia, que no ascienden en la carrera administrativa; y, b) funcionarios que ingresaron al sector público sin contar con los conocimientos y experiencia requerida, quienes difícilmente sabrán resolver los problemas administrativos que requieren de una especialización en la materia.

Con estas variables, la administración pública ecuatoriana necesita (Chica Vélez, 2011) reformarse, reinventarse e implementar correctamente el modelo weberiano de la

mano con los principios constitucionales y legales ya referidos, a fin de que una vez que estos se encuentren

afianzados dentro de la administración pública, se pueda avanzar a teorías modernas de gestión pública, tal como la Nueva Gestión Pública (NGP).

Las ideas plasmadas en el presente ensayo de ninguna forma pretenden ser la panacea inmediata para la consecución de un mejor Estado, tampoco puede limitarse a imitar modelos de modernización administrativa desarrollados en Alemania o Estados Unidos, toda vez que, la reestructura de un paradigma burocrático, imperiosamente debe adecuarse a la realidad económica, política y cultural del Ecuador; así como, a la idiosincrasia del pueblo ecuatoriano.

Previo a realizar una aproximación al sistema weberiano, es necesario realizar breves acercamientos teóricos a la administración pública, para finalmente converger en la práctica administrativa del sector público ecuatoriano. Según Villegas (1993) la administración pública es identificada como el agente instrumental de la política pública, cuyos fines se encuentran definidos por la voluntad política. Así, la administración pública es la encargada de llevar a cabo los programas del gobierno y su trabajo es la planeación, organización, dirección, coordinación y control de las operaciones del gobierno.

Cabe, en este punto, señalar que, aunque el concepto de administración pública se correlaciona con el de política, éstas se encuentran tajantemente separadas por la doctrina, de tal forma que la administración es el medio instrumental de la política y sirve a los fines propuestos y definidos por la misma. Así las cosas, la administración pública se halla fuera de la esfera de la política, aun cuando es la política la que fija las tareas para la administración (Arroyo, 1996).

Respecto a la relación de la administración pública con el derecho público, se concluye que ésta es la ejecución detallada y sistemática del derecho público que, dada su naturaleza y características, requiere ajustes periódicos y transformaciones para corregir desviaciones y adaptar su funcionamiento a los cambios que se van produciendo (Arroyo, 1996).

Existen varios conceptos sobre administración pública presentados a lo largo de la historia. La concepción más tradicionalista menciona a la administración pública como una forma de aplicar políticas públicas mediante un conjunto formal y legalista de organizaciones controladas por alguna autoridad política (Peters, 2010).

La Constitución de la República del Ecuador no brinda una definición exacta de administración pública. Sin embargo, el artículo 225, en concordancia con el artículo 45 del Código Orgánico Administrativo (2017), establece la conformación del sector público de la siguiente manera:

“Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.
Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.
Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 225; Código Orgánico Administrativo, 2017, art. 45)

En este sentido, para entender a la administración pública ecuatoriana resulta imperioso hacer referencia a la normativa que permite establecer claramente qué comprende la administración. Así, el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público (2010) señala que la administración pública comprende:

"Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial y Justicia Indígena, Electoral, Transparencia y Control Social, Procuraduría General del Estado y la Corte Constitucional" (Ley Orgánica del Servicio Público, 2010, art. 3).

Por su parte, de manera general, el artículo 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público (2010) determina que serán servidores públicos todas las personas que, en cualquier forma o a cualquier título, trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público, quienes estarán regidos al amparo de la referida norma.

En este contexto, es menester señalar que la norma *ut supra* establece que, existe legislación, debido a las especificidades propias de la naturaleza de las actividades de los servidores públicos. A modo de ejemplo, se observa que el Magisterio y docentes universitarios, y el Servicio Exterior se rigen por sus leyes específicas. De esta manera, el Magisterio se encuentra sujeto a la Ley Orgánica de Educación Intercultural, y el

Servicio Exterior a la Ley Orgánica del Servicio Exterior y normativas secundarias expedidas para el cuerpo diplomático y personal auxiliar del Servicio Exterior.

LA TEORÍA DEL MODELO WEBERIANO

La Teoría de la Burocracia se construyó al amparo de los planteamientos de Max Weber. El modelo weberiano se trata de un modelo complejo que se refiere a una serie de cuestiones relacionadas con la autoridad y el desarrollo en la sociedad como un todo que trascienden a la administración pública en sí, pero que también abarca una concepción central sobre cómo debe funcionar el sector público (Peters, 2010).

Max Weber señala que la burocracia es el «poder de la oficina», establecido como un modelo eficiente, meritocrático y de producción que se aplica en el gobierno. A su vez, pone en relieve la jerarquía y la formalidad en la administración pública, así como los valores de igualdad y previsibilidad (Rajeshwar, 2009).

Weber (1991) basa su análisis en la burocracia de Egipto, el Principado romano, la iglesia católica y China. Estos estudios hicieron que Weber se decantara por la consideración de la burocracia como la vía decisiva hacia el progreso de toda forma de organización, lo que conlleva que sea un mecanismo en el que se vean llevados a cabo la precisión, rapidez, archivo de la documentación, continuidad y jerarquía.

La burocracia opera, según Max Weber, bajo seis principios: i) Principio de sectores con competencia administrativa, organizados en general, normativamente; es decir, mediante leyes u ordenamientos administrativos; ii) Principio de jerarquía de cargos y de diversos niveles de autoridad, a través del cual los funcionarios superiores controlan a los funcionarios inferiores; iii) Principio de archivo de documentación; iv) Principio de administración y especialización de cargo, lo cual implica, por lo general, una preparación cabal y experta; v) Principio de capacidad laboral durante la jornada de trabajo; y, vi) Principio de conocimiento por parte del servidor público de las normas, como un saber técnico y particular que posee el funcionario (Weber, 1991).

En el desarrollo de este trabajo se analizará de manera profunda si la legislación ecuatoriana, la práctica y casuística ecuatoriana se encuentran acorde a cada uno de los

principios referentes a la teoría burocrática presentada por Weber.

El principio de sectores con competencia administrativa se organiza, en general, normativamente, es decir, mediante leyes u ordenamientos administrativos. La concepción de Estado ha recorrido un largo camino hasta la actualidad, en nuestro modelo de derecho occidental que bebe de la vertiente romana del derecho. Recordemos las ciudades-Estado griegas y romanas. Pasamos por Estados absolutistas, como aquel de Luis XIV, cuyo concepto podría sintetizarse en las palabras que uno de sus cortesanos le dirigía al Rey Sol:

"Todos vuestros súbditos os deben su persona, sus bienes, su sangre, sin tener derecho a pretender nada. Sacrificando todo lo que ellos tienen, cumplen con su deber y no os dan nada, porque todo es vuestro" (Beik, 1985).

Esta idea converge en la archiconocida frase del rey: "El Estado soy yo" (*L'État, c'est moi*) (Blanning, 2006). Damos un salto hacia el siglo XX y el *welfare state* (Estado de bienestar), representado la mayoría de las veces por el Estado de derecho, que garantiza el reconocimiento de los derechos públicos subjetivos y el otorgamiento a los particulares de los medios idóneos para su defensa. En el ámbito administrativo, esto implica el sometimiento de la administración pública a la ley (Arrau & Pierry, 1984). Así, luego de un largo camino, llegamos a Ecuador y su Constitución del año 2008, que consagra la existencia del Estado de derechos y justicia.

Según Weber, el presente principio se desarrolla con base en tres aspectos fundamentales, considerados como los tres elementos que constituyen a la autoridad burocrática: las actividades normales exigidas por los objetivos de la estructura gobernada burocráticamente se reparten de manera estable como deberes oficiales; la autoridad que da las órdenes necesarias para la alternancia de esos deberes está repartida de manera estable y rigurosamente delimitada por normas referidas a los medios coactivos, físicos, sacerdotales o de otra especie, de que pueden disponer los funcionarios; y el cumplimiento normal y continuado de esos deberes, así como el ejercicio de los derechos correspondientes, es asegurado por un sistema de normas. Solo pueden prestar servicios aquellas personas que, según reglas generales, están calificadas para ello (Weber, 1991, p. 3-4).

El análisis del primer principio weberiano iniciará refiriéndose a los sectores con

competencia administrativa dentro de la Función Ejecutiva, para posteriormente concentrarse en la organización normativa (principio de legalidad) de la administración pública.

La Constitución de la República del Ecuador de 2008 (2da ed., CEP) señala que el presidente de la República ejerce la Función Ejecutiva y es responsable de la administración pública. La Función Ejecutiva está integrada por la Presidencia y Vicepresidencia de la República, los Ministerios de Estado y los demás organismos e instituciones necesarios para cumplir, en el ámbito de su competencia, las atribuciones de rectoría, planificación, ejecución y evaluación de las políticas públicas nacionales y planes que se creen para ejecutarlas.

En complemento a lo mencionado, el artículo 45 del Código Orgánico Administrativo (2006) establece que el presidente de la República es responsable de la administración pública central, que comprende:

"La Presidencia y Vicepresidencia de la República, los ministerios de Estado, las entidades adscritas o dependientes, las entidades del sector público cuyos órganos de dirección estén integrados, en la mitad o más, por delegados o representantes de organismos, autoridades, funcionarios o servidores de entidades que integran la administración pública central" (Código Orgánico Administrativo, 2006, art. 45).

De la normativa constitucional e infraconstitucional revisada, queda claro que la administración pública ecuatoriana, específicamente la Función Ejecutiva, está conformada por la Presidencia, Vicepresidencia, Ministerios de Estado, verbigracia: el Ministerio de Educación; entidades adscritas, por ejemplo, la Secretaría del Sistema de Educación Intercultural Bilingüe y la Etnoeducación, entidad adscrita al Ministerio de Educación; y las entidades del sector público cuyos órganos de dirección estén integrados, en la mitad o más, por delegados o representantes de organismos, autoridades, funcionarios o servidores de entidades que integran la administración pública central, conocidas como empresas públicas, verbigracia: Petroamazonas EP (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 227; Código Orgánico Administrativo, 2006, art. 45).

Ahora bien, acercarse al principio de legalidad requiere revisar el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador, que señala: "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" (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 226).

A su vez, el Código Orgánico Administrativo en su artículo 65 establece: "La competencia es la medida en la que la Constitución y la ley habilitan a un órgano para obrar y cumplir sus fines, en razón de la materia, el territorio, el tiempo y el grado" (Código Orgánico Administrativo, 2006, art. 65); y el artículo 68 del mismo cuerpo legal señala que la competencia es irrenunciable y se ejerce por los órganos o entidades señalados en el ordenamiento jurídico (Código Orgánico Administrativo, 2006, art. 68).

En este orden de ideas, la competencia es el pilar fundamental del principio de legalidad, concebido este como la regla de control que concentra en él una dualidad estática y dinámica: la primera establece quién debe realizar el acto y cómo debe hacerlo; mientras tanto, la segunda señala la conformidad de actuación de la autoridad, así como la conformidad con el resultado (Islas, 2009).

Desde el punto estrictamente legal, Pérez define el principio de legalidad en los siguientes términos:

"El principio de legalidad demanda la sujeción de todos los órganos estatales al derecho; en otros términos, todo acto o procedimiento jurídico llevado a cabo por las autoridades estatales debe tener apoyo estricto en una norma legal, la que, a su vez, debe estar conforme a las disposiciones de fondo y forma consignadas en la Constitución. El principio de legalidad se opone: i) a los actos que estén en oposición con la ley; ii) a los actos no autorizados por la ley; y, iii) a los actos no regulados completamente por la ley." (2005, p. 47)

Ahora bien, dentro del análisis de cumplimiento por parte del Estado ecuatoriano del primer principio weberiano, se observa que, respecto de los principios de competencia y legalidad, cada entidad administrativa ecuatoriana es creada mediante Decreto Ejecutivo emitido por el presidente de la República. Un claro ejemplo de lo mencionado es el Decreto Ejecutivo Nro. 381 de 30 de marzo de 2022, a través del cual se crea y otorga competencias específicas al Ministerio del Interior (Decreto Ejecutivo Nro. 381, 2022).

Cada Ministerio cuenta con un acto normativo, por lo general, denominado Orgánico Funcional, en el que se establecen las competencias y los objetivos estratégicos tanto de la entidad pública, como las atribuciones y responsabilidades de cada órgano

administrativo.

A manera de ejemplo, se puede observar el Estatuto por Procesos de Gestión Organizacional por Procesos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, publicado mediante Acuerdo Ministerial Nro. 0000077, en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 455, de 19 de mayo del 2021, en el que se determinan las atribuciones y competencias de la Subsecretaría de Soberanía y Relaciones Vecinales, entre las principales:

“Proponer, coordinar y gestionar la aplicación de la política, los lineamientos y estrategias, y accionar de las relaciones exteriores en los ámbitos de soberanía nacional y relaciones bilaterales con los países fronterizos, de conformidad con la normativa nacional y los instrumentos internacionales de los que el Ecuador es parte (Acuerdo Ministerial Nro. 0000077, 2021).

Proponer, dirigir y ejecutar el programa anual de visitas de las autoridades del Gobierno Central a los países del área de su competencia, en coordinación con los actores internos y externos pertinentes;

Realizar propuestas en el área de su competencia, para el establecimiento, suspensión, ruptura o reanudación de relaciones diplomáticas, consulares, comerciales y otras, en el ámbito de su competencia”. (Acuerdo Ministerial Nro. 0000077, 2021)

A su vez, en el mismo acto normativo, se especifica lo que la referida Subsecretaría debe entregar como productos, entre los principales, los siguientes:

“Lineamientos y estrategias para la efectiva consecución de los objetivos de política exterior del Ecuador con relación a Perú y Colombia, en coordinación con las misiones diplomáticas tanto ecuatorianas como del país correspondiente.

Informes de resultados a las instrucciones impartidas a las misiones diplomáticas para el cumplimiento de planes y objetivos en el marco de las relaciones bilaterales con Perú y Colombia.” (Acuerdo Ministerial Nro. 0000077, 2021)

En función de lo dicho, los servidores públicos que trabajen en dichas instituciones únicamente pueden actuar dentro de sus competencias y conforme a lo establecido en el ordenamiento jurídico. Esto implica que no les es permitido realizar más allá de lo sujeto a la Constitución de la República, ley, reglamentos y demás fuentes de Derecho; es decir, cada órgano tiene una limitación en cuanto a los campos de acción en los que puede ejercer sus competencias. De esta manera, sus potestades están escrupulosamente limitadas y habilitadas por la norma, lo cual brinda seguridad jurídica al administrado y no permite la arbitrariedad por parte de la administración pública. Un exceso en la facultad discrecional del servidor público es un ejercicio del poder al margen de la ley, en el cual prima, únicamente, la voluntad y razón del servidor a cargo

(Altamirano, 2003).

Así las cosas, es plausible que ante tal limitación, la administración pública se vea envuelta en un servicio lento y engorroso, lleno de formalismos que no le permitan avanzar de forma ágil. Al final esto puede desembocar en la molestia que siente el administrado cuando no hay celeridad en los procesos que sigue frente a la administración pública.

Sin embargo, como se ha mencionado, los principios de competencia y legalidad procuran un control sobre los recursos públicos, la interdicción de la arbitrariedad por parte de la administración, la no duplicidad de funciones, la responsabilidad por parte del funcionario público en sus actuaciones, entre otros.

Es así como, a modo de ejemplo, se puede imaginar un caso hipotético en el que se busque agilizar la suscripción de convenios interinstitucionales con el fin de mejorar el servicio a la ciudadanía de manera drástica. En estos convenios, por su naturaleza, se verían afectados, obviamente, fondos estatales. La suscripción de estos acuerdos se ha hecho sin la debida certificación presupuestaria. Siguiendo el hipotético hilo propuesto, estos actos de la administración pública contravendrían lo establecido en el artículo 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que no permite contraer compromisos y obligaciones sin la debida certificación pública (Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, 2010).

Con el ejemplo propuesto se demuestra que, si bien los procedimientos administrativos pueden verse lentos y engorrosos, esto se debe a la cautela que existe respecto de los fondos estatales, lo cual conlleva un mayor análisis del uso de los mismos y de la normativa que se debe cumplir a fin de garantizar a la ciudadanía que se cuidará y respetará la *res pública* (Eguiguren, 2009).

Como se observa en el análisis del presente principio, la Función Ejecutiva del Estado ecuatoriano efectivamente cuenta con una estructura de gobernanza piramidal, a través de la cual se reparten los deberes de cada autoridad delimitada por la norma, ya sea esta Constitucional o el Decreto Ejecutivo de creación de cada institución en la que se regularán las funciones de los ministerios, entidades adscritas o empresas públicas, de tal manera que se cumplen con los puntos uno y dos de los tres elementos del orden

burocrático propuesto por Weber en su primer principio.

A su vez, los actos de la autoridad deben cumplir con lo establecido en el orden jurídico y la validez de sus actos está supeditada al cumplimiento de ese ordenamiento jurídico. De esta manera, se debe considerar que existe una norma jurídica que les confiere facultades y que permite que se controle a los servidores públicos con el fin de que cada institución pública actúe estrictamente en la órbita de sus atribuciones (Colombo, 2002). Es decir, estamos frente a la aplicación del principio de legalidad como regla de competencia y control, lo cual asegura el cumplimiento del tercer y último elemento del primer principio de Max Weber.

Finalmente, cabe mencionar que la ejecución del principio weberiano analizado en este acápite, aun cuando de manera general es aplicado en la administración pública, su verdadera importancia recaerá en que cada servidor público conozca, claramente, sus facultades desde el momento en que es posesionado en su cargo. Así, este sabrá hasta dónde puede llegar en sus funciones, qué acciones puede emplear para mejorar al órgano en el que trabaja y ser responsable por las actuaciones que le competen.

Weber (1991) afirma que el principio de jerarquía de cargos conlleva un sistema de subordinación férreamente organizado, en el que los funcionarios superiores controlan a los inferiores y éstos, a su vez, pueden apelar ante sus superiores.

La Constitución de la República del Ecuador recoge el principio de jerarquía en el artículo 227, al señalar que la administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad y jerarquía. Sin embargo, la norma suprema no establece a qué se refiere el principio de jerarquía.

Por su parte, el Código Orgánico Administrativo, en su artículo 6, se refiere al principio de jerarquía en los siguientes términos: «Principio de jerarquía. Los organismos que conforman el Estado se estructuran y organizan de manera escalonada. Los órganos superiores dirigen y controlan la labor de sus subordinados y resuelven los conflictos entre los mismos» (Ecuador, Código Orgánico Administrativo, art. 6).

Asimismo, el artículo 22, literal d) de la Ley Orgánica del Servicio Público establece que los servidores públicos deben cumplir y respetar las órdenes legítimas de los superiores jerárquicos. En virtud de que la norma no es clara al definir al principio de

jerarquía, la doctrina aclara la interrogante. Así, Morrel (1992) define la jerarquía dentro de la administración pública de la siguiente manera:

“La nota propia de determinadas estructuras; en ellas, la pluralidad de elementos queda reconducida a unidad, identificada y diferenciada de otras [...] conforme a un esquema de relaciones internas [...] gravitando sobre una disposición de sus elementos en niveles, de modo que los superiores influyen sobre los inferiores [...] Sobre todo, la noción de autoridad: cada nivel o posición de superioridad se torna en autoridad respecto del inferior o inferiores”. (p. 67)

Una vez definido el concepto de jerarquía, se evidencia que la legislación ecuatoriana aplica de manera efectiva una relación de rango entre los órganos administrativos de una entidad pública, así como en las relaciones entre estos. En la práctica administrativa existen instituciones en las que se observa claramente la jerarquía institucional. Así, la administración pública ecuatoriana, de manera general, se encuentra jerárquicamente dividida: el Presidente de la República, elegido por escrutinio popular, de conformidad con el artículo 141 de la Constitución de la República, es el Jefe de Estado y de Gobierno y responsable de la administración pública, cuyas funciones principales son: dirigir las políticas públicas de la Función Ejecutiva; nombrar y remover a las ministras y ministros de Estado y a las demás servidoras y servidores públicos cuya nominación le corresponda; crear, modificar y suprimir los ministerios, entidades e instancias de coordinación; definir la política exterior, suscribir y ratificar los tratados internacionales, nombrar y remover a embajadores y jefes de misión, entre otros. No obstante, aun cuando la responsabilidad es la más grande dentro de la administración pública, los requisitos para ser presidente de la República se limitan a ser ecuatoriano por nacimiento, haber cumplido treinta y cinco años a la fecha de inscripción de su candidatura, estar en goce de los derechos políticos y no encontrarse incurso en ninguna de las inhabilidades o prohibiciones establecidas en la Constitución (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

En el segundo lugar de la pirámide se encuentra el vicepresidente de la República, quien al igual que el presidente de la República es elegido a través del escrutinio popular. Para su candidatura debe cumplir los mismos y limitados requisitos que el presidente de la República. Sus funciones no se encuentran taxativamente establecidas en ningún cuerpo legal. Sin embargo, el artículo 149 de la Constitución de la República señala que

quien ejerza la Vicepresidencia de la República, cuando no reemplace al Presidente de la República, ejercerá las funciones que éste le asigne. Terceros en la pirámide se encuentran los Ministros de Estado, quienes son designados discrecionalmente por el primer mandatario; es decir, son de libre nombramiento y remoción. Los ministros serán la cabeza de la entidad pública, cumplirán con la política pública dictada por el Presidente de la República y estarán alineados con las decisiones políticas del primer mandatario. También lo representarán en los asuntos propios del ministerio a su cargo de conformidad con el artículo 151 de la Constitución de la República del Ecuador. Ahora bien, si los requisitos para ser presidente y vicepresidente de la República son limitados, la norma no establece requisito alguno para el nombramiento de un ministro, ni siquiera el de tener un título acorde a las funciones que desempeñará en el Ministerio a su cargo, tampoco es una exigencia expresa conocer sobre la cosa pública y la administración de la misma (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Cuarto en la pirámide se encuentra el viceministro, designado por el ministro en funciones. Al igual que la designación de los ministros, ésta es discrecional y no hay requisitos normados para el cargo, más allá de no estar inmersos en las inhabilidades propias de los servidores públicos, tales como: nepotismo y no tener cuentas en paraísos fiscales, como ya se ha señalado en párrafos anteriores. Generalmente, en la práctica administrativa existe un viceministro que corresponde a las funciones de la Cartera de Estado; así, por ejemplo, en el Ministerio de Agricultura y Ganadería existen dos Viceministerios: viceministro de Desarrollo Productivo Agropecuario y viceministro de Desarrollo Rural, de conformidad con el Estatuto Orgánico de la citada entidad. Quintos, sextos y séptimos, dentro de la pirámide, se encuentran los Subsecretarios, Coordinadores Generales y directores. Su designación es discrecional pues no existe norma alguna que regule los requisitos para ostentar dichos cargos. En la mayoría de los casos, su nombramiento proviene de compromisos políticos más que del conocimiento técnico de la gestión pública. Dichos puestos corresponden a personas que gozan de la confianza del presidente de la República, los Ministros o recomendaciones de la Asamblea Nacional. Al respecto, la literatura señala:

"Con frecuencia los líderes políticos de los partidos y sus familiares entran a saco en tesoro común. Luego le siguen los dirigentes nacionales o regionales, quienes aspiran a

cargos públicos bien remunerados en los que les asegure una existencia muelle para el resto de sus vidas. Los simples militantes se conforman con menos. Quieren un puesto seguro para ellos o para sus parientes porque la noción de nepotismo no existe. Para los militantes lo más natural del mundo, lo que esperan de su partido cuando llegan al poder, es algún trato de favor, una canonjía, en suma, un salario. 'Nepotismo' -ha dicho con amargura Ricardo Arias Calderón, un honrado político panameño- es cuando uno coloca a su sobrina; cuando uno coloca a la sobrina de otro, es eso lo llaman solidaridad." (Mendonza, Montaner, Vargas Llosa, 1998, p. 18).

Finalmente, últimos en la pirámide, se encuentra el grupo ocupacional representado por los servidores públicos de servicios, numerado del 1 al 16 según el grado ocupacional. Todos los servidores públicos de este grupo deben cumplir estrictamente los requisitos establecidos en el Manual de descripción, clasificación y valoración de puestos de cada Ministerio. Lo mismo sucede en cuanto a requisitos con quienes tienen se encuentran en la siguiente escala dividida por grupo ocupacional y grado, de conformidad con el Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2017-0031, misma que rige a partir del 1 de septiembre de 2017. Cabe resaltar que, para ocupar cualquiera de los puestos descritos, los servidores públicos de grado ocupaciones del 1 al 22, deberán cumplir con estudios de bachillerato, tercer nivel, cuarto nivel, mismos que deberán ser acordes al puesto al que se aspira. Asimismo, se debe tener el tiempo de experiencia que el puesto requiera. En esta vía, a modo de ejemplo, para obtener el puesto de servidor público 5, en la Dirección de Asesoría Jurídica y Patrocinio en Derecho Nacional del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, el aspirante deberá contar, como mínimo, con un título de tercer nivel en derecho, 4 años de experiencia en derecho administrativo, constitucional y patrocinio de casos, además de no estar inmerso en las prohibiciones propias del servidor público, previamente referidas, según el Manual de descripción, clasificación y valoración de puestos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana (Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, 2017).

En este punto, es pertinente resaltar que, como costumbre de la administración pública, misma que no consta en algún tipo de acto normativo, dentro del referido grupo ocupacional existen los jefes de despacho, servidores públicos que se encargan de distribuir el trabajo entre los servidores del órgano al que pertenecen, mantener relaciones públicas entre el jerárquico superior y los demás funcionarios de la institución, organizar

la agenda del superior jerárquico, entre otras actividades. A su vez, en el mismo estado de costumbre administrativa se encuentran los líderes de área, quienes se encargarán de organizar y revisar el trabajo de los demás servidores del área para la que han sido asignados. En el caso de estos últimos dos puestos, al no existir norma expresa que requiera un perfil específico, suelen ser asignados por cuestiones de empatía entre el jerárquico superior y el funcionario. Por otro lado, respecto de la remuneración, ésta varía según el puesto que se ocupe, de conformidad con el Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2017-0152, de 2017, emitido por el Ministerio de Trabajo, los dignatarios, autoridades y los funcionarios del jerárquico superior, tienen su propia escala de remuneración unificada, que va, desde el grado 1, con un sueldo de \$2.115, hasta el grado 10, del presidente de la República, con un sueldo de \$5.635. Finalmente, de conformidad con el Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2017-0031, mismo que rige a partir del 1 de septiembre de 2017, las remuneraciones de los servidores públicos que no forman parte del jerárquico superior, van desde \$527 dólares de los Estados Unidos de América hasta \$4.500 dólares de los Estados Unidos de América (Ministerio de Trabajo, 2017a; Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, 2017).

Como se puede observar a lo largo del análisis de este punto, la norma constitucional e infra constitucional y la práctica administrativa cumplen de forma parcial con el principio weberiano de jerarquía de puestos. La designación para cada puesto varía de manera amplia, de tal forma que los puestos de jerárquico superior, cuya remuneración es mal alta, no requieren conocimientos ni experiencia previa; y, los puestos menos remunerados requieren amplios conocimientos académicos y experiencia previa. Entonces, el cumplimiento de este principio se da de manera parcial, porque en la práctica los puestos jerárquicos superiores, que son aquellos que ejercen control, no representan una verdadera jerarquía ya que carecen de un filtro jerárquico; es decir, para estos puestos de alta responsabilidad pública no hay requisitos relacionados con experiencia o profesionalización. No hay que olvidar que los principios de Weber están correlacionados entre sí. En este sentido, este principio tiene una relación estrecha con el cuarto principio.

Para Weber (1991), la administración pública tiene documentos escritos que se conservan en forma original o como proyectos, lo cual favorece la separación de la oficina

burocrática del domicilio del servidor público. La Constitución de la República no tiene norma alguna que haga alusión al archivo de los documentos, menos aún con la separación de oficina- domicilio. Sin embargo, las disposiciones respecto al archivo de la documentación se encuentran en normativa secundaria. Así, el Código Orgánico Administrativo, en su artículo 95, señala:

"Las administraciones públicas organizarán y mantendrán archivos destinados a: Conservar digitalizados, codificados y seguros los documentos originales o copias que las personas, voluntariamente o por mandato del ordenamiento jurídico, agreguen a dichos repositorios. Integrar la información contenida en los diferentes repositorios a cargo de cada una de las administraciones públicas." (Código Orgánico Administrativo, 2015, art. 95).

Asimismo, el "Instructivo de organización básica de gestión de archivos administrativos para cumplir con lo dispuesto en la Ley Orgánica y Reglamento General de Transparencia y acceso a la información pública", acto normativo dirigido a todos los organismos, entidades e instituciones del sector público y privado que tengan participación del Estado, señala:

"Los archivos de las instituciones públicas y privadas representan la gestión de cada una de ellas y la memoria de las actividades cumplidas en la administración. Estos archivos constituyen testimonios jurídicos y administrativos para los ciudadanos y para el propio Estado, por lo que se hace necesario salvaguardar los documentos que forman parte del acervo documental que constituirá la historia y patrimonio del Estado." (Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, 2017).

El referido cuerpo legal tiene, entre otros, los siguientes objetivos: dotar al Sistema Nacional de Archivos del país de un proceso de administración de documentación y archivo de aplicación general; determinar niveles de responsabilidad sobre la ejecución de tareas en el campo archivístico; y servir como material de consulta en el caso de dudas sobre la aplicación o ejecución de procedimientos dentro del manejo de documentos y archivos y su organización. A su vez, de manera más específica, cada institución cuenta con normativa interna que permite la organización de los archivos activos y pasivos de las instituciones públicas. Así, a modo de ejemplo, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana ha implementado el Reglamento Interno de Organización y Administración de documentos y archivos del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, cuya finalidad es contar con un instrumento

normativo que estandarice los procedimientos técnicos y administrativos del manejo de documentos de archivo, "los mismos que deberán garantizar su accesibilidad y preservación, facilitando así la oportuna atención de los usuarios de la información documentada que generan las Unidades Administrativas del Ministerio" (Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, 2018).

El referido Reglamento, en su artículo 7, reconoce los siguientes niveles de archivo:

“Archivo de Oficina: Son los archivos que se forman con los documentos que produce cada unidad administrativa. La documentación en este nivel de archivo deberá retenerse de 2 a 5 años. Al término del plazo establecido previamente, los documentos considerados pasivos, deberán ser transferidos al respectivo Archivo Periférico o Archivo Central.

Archivos Periféricos: Los archivos periféricos son responsables de la guarda, mantenimiento y uso de la documentación proveniente de los archivos de oficina, así como de la transferencia de la misma al Archivo Central, cuando el tiempo de retención de los documentos se haya cumplido. La documentación en este nivel de archivo deberá conservarse de 2 a 7 años. Cumplido su plazo de retención la misma debe ser transferida al Archivo Central.

Archivo Central: La documentación en este nivel de archivo deberá conservarse de acuerdo a la Tabla de Plazos de Conservación Documental, los documentos de conservación permanente deberán ser transferidos al Archivo Histórico del Ministerio.

Archivo Histórico: El Archivo Histórico es aquel que conserva de manera permanente la documentación que, habiendo perdido sus valores administrativo, legal, jurídico y fiscal, mantiene su valor científico, cultural e histórico”. (Instructivo de organización básica de gestión de archivos administrativos para cumplir con lo dispuesto en la Ley Orgánica y Reglamento General de Transparencia y acceso a la información pública, 2005)

Como se ha indicado en los párrafos anteriores, existe amplia normativa sobre el archivo de los documentos públicos que, efectivamente, es aplicada en las instituciones públicas y que permite el correcto archivo de la documentación. De la misma forma, esta normativa tiende a facilitar de una manera ágil y eficiente el acceso a la información que reposa en estos documentos.

En este orden de ideas, es menester referirnos al sistema documental Quipux, como un elemento de análisis dentro del archivo de la documentación pública Central de la Función Ejecutiva. El sistema documental Quipux fue introducido en mayo de 2009, mediante el «Instructivo para normar el uso del sistema de gestión documental Quipux para las entidades de la administración pública central» emitido por la extinta Secretaría General de la Administración Pública y Comunicación (Instructivo para normar el uso del sistema de gestión documental Quipux, 2009).

Según la página web del sistema documental Quipux, este es el sistema web a través del cual se gestiona la correspondencia externa, interna e interinstitucional de documentos digitales y físicos de la función ejecutiva, desarrollado por personal de la Subsecretaría de Gobierno Electrónico y Registro Civil, ahora parte del Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información (MINTEL).

A su vez, el sistema documental Quipux permite el registro de los documentos externos que llegan en forma física a una institución pública y su posterior direccionamiento al área correspondiente, para el respectivo trámite interno. Asimismo, permite a la institución pública generar sus propios documentos y poder realizar su envío a los servidores públicos de la misma, para el respectivo conocimiento interno. Finalmente, facilita el envío de una respuesta a un documento recibido de otra institución o también de un ciudadano.

Siguiendo el hilo propuesto, se observa que, tanto en la norma como en la práctica, la administración pública ecuatoriana cumple de forma amplia con el tercer principio weberiano de archivo de la documentación tanto de forma física como digital.

Weber (1991) señala que la ocupación de un cargo es una «profesión» que implica la exigencia de un curso de preparación estrictamente fijado, el cual reclama la plena capacidad de trabajo durante un largo período, así como las pruebas específicas que son un requisito previo para el empleo. En este sentido, administrar un cargo requiere una especialización por parte del servidor público, lo que involucra una extenuante preparación y adquisición de experiencia que lleven a la experticia en esa institución, lo cual asegura que no existan patronazgos, por cuanto el servidor ingresaría por un sistema de meritocracia y no le debería razones a ningún grupo político o persona.

Weber presenta varios tipos de administración, entre ellas, la administración burocrática racional, que es la que más se adecua a la realidad ecuatoriana, por lo menos desde la norma. Así, la administración burocrática racional está compuesta por funcionarios individuales que requieren un proceso de entrenamiento para el desempeño de sus funciones e ingresan a la función pública luego de un proceso de selección; es decir, su ingreso requiere de una calificación profesional para su nombramiento (Ladino, 2019).

Sobre lo mencionado, la Constitución de la República en el artículo 234 señala: "El Estado garantizará la formación y capacitación continua de las servidoras y servidores públicos a través de las escuelas, institutos, academias y programas de formación o capacitación del sector público; y la coordinación con instituciones nacionales e internacionales que operen bajo acuerdos con el Estado" (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 234).

A su vez, la Constitución determina en el artículo 229: "La remuneración de las servidoras y servidores públicos será justa y equitativa, con relación a sus funciones, y valorará la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia" (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 229).

La Constitución de la República del Ecuador señala en su artículo 228 cómo se produce el ingreso al sector público:

"El ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley, con excepción de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción. Su inobservancia provocará la destitución de la autoridad nominadora" (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 228).

Por su parte, la Ley Orgánica del Servicio Público señala, en el artículo 22, literal g), como uno de los derechos de los servidores públicos, recibir formación y capacitación continua por parte del Estado: "Recibir formación y capacitación continua por parte del Estado" (Ley Orgánica del Servicio Público, 2008, art. 22, lit. g).

Como se evidencia, la norma Constitucional e infraconstitucional garantiza y promueve la capacitación de los servidores públicos, de tal forma que el sueldo de un servidor público, según la norma, debe estar acorde a su profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia.

La normativa mencionada adquiere vital importancia en la teoría weberiana, toda vez que para este autor la división del trabajo se basa en la especialización de la función, las personas conocen con claridad cuáles son las tareas que deben realizar en su puesto, lo que ayuda en la precisión del trabajo (Aronson & Weisz, 2007).

Con miras a obtener una especialización de posgrado, la Ley Orgánica del Servicio Público señala en su artículo 28 que se podrá conceder licencia sin remuneración a los servidores públicos para efectuar estudios regulares de posgrado en instituciones de educación superior, por el periodo que dure el programa académico; y, en complemento,

el artículo 33 de la norma *ibídem*, establece que la autoridad nominadora concederá permisos hasta por dos horas diarias para estudios regulares, siempre y cuando se acredite matrícula y regular asistencia a clases. Para el caso de los estudiantes, se certificará expresamente la aprobación del curso correspondiente.

A modo de ejemplo, de la información proporcionada por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, hasta julio de 2022, se han concedido dos licencias sin remuneración para estudios, de tal forma que los servidores han podido tomar dos horas diarias para efectuar estudios de posgrado.

Asimismo, el artículo 30 de la Ley Orgánica del Servicio Público establece que se concederá comisión de servicio hasta por dos años para la realización de estudios regulares de posgrado (Ley Orgánica del Servicio Público, 2008, art. 30). En el caso del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, según información proporcionada por éstos, se ha concedido una comisión de servicios para estudios de posgrado hasta julio de 2022.

Cabe aclarar que la administración realiza una especie de permuta por el tiempo otorgado al servidor para la realización de sus estudios. Así, una vez concluida la comisión de servicios, el servidor deberá prestar sus servicios para la Administración Pública, transmitir y poner en práctica sus conocimientos por un lapso no inferior al de la duración de la comisión de servicios, de conformidad con el artículo 41 de la LOSEP (Ley Orgánica del Servicio Público, 2008, art. 41).

En este punto resulta imperioso hacer mención a la práctica administrativa en la que, una vez finalizados los estudios por parte del servidor público, si este hizo uso de permisos, licencias o comisión de servicios, debe devolver el tiempo que empleó en sus estudios, para lo cual, como se ha mencionado, se deben cumplir tres requisitos: a) regresar a la institución pública y prestar servicios por el mismo tiempo que dura su educación; b) poner en práctica sus conocimientos; y c) transmitir sus conocimientos. Dichos enunciados, teóricamente, se considerarían válidos, toda vez que la administración continúa pagando un sueldo o mantiene la partida presupuestaria del servidor mientras éste realiza sus estudios. Sin embargo, es menester señalar que en la práctica son difíciles de aplicar, ya que luego de realizar estudios superiores, el servidor seguramente aspirará

obtener un trabajo con una mejor remuneración, lo cual se verá frustrado si debe prestar servicios en la misma institución por el tiempo que se le otorgó el permiso, en el caso en que el Estado hubiera pagado sus estudios.

A su vez, en el caso de los servidores con nombramiento definitivo, los ascensos devienen en una reclasificación del personal supeditada a la existencia de fondos y cumplimiento de varios parámetros técnicos; es decir, el servidor que ha terminado sus estudios de posgrados no ascenderá inmediatamente en la institución en donde labore. En este sentido, no podrá ir a otro trabajo donde su situación laboral mejore y tampoco ascenderá en su puesto de trabajo. Así, se evidencia, de conformidad con la información proporcionada por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, que dos servidores con título de posgrado son asistentes, el grado más bajo en la denominación del puesto; mientras que 11 de 22 servidores correspondientes a Expertos 1 y 2, tienen maestría; es decir, 11 Expertos 1 y 2 no tienen título de posgrado y se encuentran ocupando cargos en las más altas categorías de Cancillería.

Finalmente, respecto a la aplicación y transmisión de sus conocimientos en el área de trabajo, lo común es que los servidores proporcionen un curso sobre un tema aprendido en el posgrado a sus compañeros de trabajo. En el caso de Cancillería, en el año 2021 se impartió un curso para devengar el tiempo de estudios; y, hasta julio 2022 no se ha impartido ningún curso por parte de los funcionarios.

En este orden de ideas, la Ley Orgánica del Servicio Exterior, en su artículo 82, dispone que los requisitos para el ingreso a la carrera diplomática son los siguientes:

“(…) 3. Ingresar a la Academia Diplomática del Ministerio de Relaciones Exteriores, previo concurso nacional abierto de libre oposición y merecimientos, conforme al respectivo reglamento, para lo cual debe exhibir título profesional de tercer nivel; y, 4. Cumplir satisfactoriamente la pasantía que, de conformidad con las necesidades del servicio, fija el Ministerio de Relaciones Exteriores (Ley Orgánica del Servicio Exterior, 2011, art. 82).

El Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana tiene a su cargo la gestión internacional, y orienta, dirige y coordina el trabajo de las misiones diplomáticas y de las oficinas consulares. En esta Institución existe normativa sobre la profesionalización de sus funcionarios, como se evidencia en el artículo 82 de la Ley Orgánica del Servicio Exterior, señalada en párrafos anteriores. Sin embargo, ésta contiene una excepción en su artículo 84 que permite que personas sin conocimientos

específicos en el área del servicio exterior puedan ocupar puestos que, de manera usual, son para la primera categoría del servicio exterior; es decir, jefes de Misión Diplomática y Cónsules Generales.

“En casos excepcionales de conveniencia para el país se podrá prescindir de lo dispuesto en el artículo 82 de la presente Ley. En esos casos, los nombramientos se darán única y exclusivamente para los cargos de Jefes de Misiones Diplomáticas y de Consulados Generales. Estos nombramientos no excederán del 20% del total efectivo de los funcionarios de la Primera y Segunda categorías del Servicio Exterior, para lo cual se requerirá el informe previo favorable de la Honorable Junta Consultiva de Relaciones Exteriores.” (Ley Orgánica del Servicio Exterior, 2011, art. 84).

En este sentido, el presidente de la República tiene la potestad de nombrar Jefes de Misiones Diplomáticas y de Consulados Generales, sin que estos cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 82 de la LOSE; es decir, sin que hayan realizado pasantías en la Cancillería o sin que hayan ingresado a la carrera diplomática o sin que posean un título de tercer nivel. Esto ocasiona que existan jefes de Misión Diplomáticos o Cónsules Generales que no cuentan con la preparación y mística que debe tener un servidor público del servicio exterior. En algunos casos cuentan solamente con títulos de bachillerato, situación que debido a la gran responsabilidad de representar un país, podría generar que no se lleven de forma adecuada las actividades en las Embajadas del Ecuador en el exterior. También provoca cierto descontento por parte de los funcionarios que ingresaron a la carrera diplomática en cumplimiento de la normativa, se han capacitado y han realizado pasantías dentro de la Cancillería ecuatoriana.

A modo de ejemplo, según la información proporcionada por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, existen 37 designaciones especiales o cuotas políticas; es decir, 37 personas elegidas por el presidente de la República que no ingresaron a la institución en cumplimiento del artículo 82 de la LOSEP (Ley Orgánica del Servicio Exterior, 2011, art. 82).

Los 37 servidores públicos en Misiones Diplomáticas, Consulados y Representaciones en el Exterior, ocupan toda la cadena del servicio diplomático; es decir, desde la escala más baja: Tercer Secretario a Embajador, cuyas profesiones fluctúan entre: Un Tercer Secretario con título de médico veterinario; Segundo Secretario con licenciatura en técnicas de información; Primer Secretario con un Master en artes de la

comunicación y cultura; Consejero, con título de técnico en comunicación audiovisual; Ministro, doctor en jurisprudencia; y, un Embajador con título de bachiller, según se puede observar más detalladamente en el siguiente gráfico.

La importancia de contar con servidores preparados para ejercer cargos públicos, especializados, calificados, entrenados y que logren entender y atender las crecientes demandas de una sociedad compleja y dinámica (Ladino, 2019), se ve reflejada en la Acción por incumplimiento Nro. 0015-10-AN, presentada por el señor Claudio DM contra el Ministerio de Relaciones Exteriores por incumplir lo dispuesto en los artículos 60 y 65 del Convenio entre Ecuador y Colombia sobre Tránsito de Personas, Vehículos, Embarcaciones Fluviales y Marítimas y Aeronaves.

El señor Claudio DM compareció el 17 de noviembre de 2009 ante el Consulado del Ecuador en Ipiales, Colombia, portando los documentos que acreditan la propiedad del vehículo marca Mazda, color Champán, con la finalidad de solicitar la devolución del referido vehículo. Sin embargo, frente a la solicitud del dueño del vehículo, el señor Ángel NG, encargado de las funciones consulares del Ecuador en Ipiales, le indicó que debía realizar su pedido a la Fiscalía Novena de Colombia.

La funcionaria de Fiscalía señaló que no es posible atender tal solicitud, puesto que mediante oficio 3-5-244-CEI/2008, de 11 de agosto de 2008, el Cónsul del Ecuador, Ángel NG, ordenó la entrega del vehículo en mención al señor Wilson MO.

Mis disculpas por la omisión. Aquí tienes el texto corregido con las citas en APA incluidas:

En virtud del análisis de los elementos probatorios, los jueces constitucionales dedujeron que no existe constancia material alguna que evidencie que el vehículo, cuya entrega se demandaba, pertenecía a Wilson MO, así se constató en el contrato de compraventa presentado por el referido ciudadano, en donde no se determinan con precisión las particularidades del vehículo y no contiene el nombre del comprador, suscrito por una persona que tampoco acredita ser dueña del automotor, lo cual debió ser observado por el ex encargado de funciones consulares del Ecuador en Ipiales al momento de la entrega del automotor, toda vez que el vehículo consta a nombre de Claudio DM; por lo tanto, el ex encargado de funciones consulares del Ecuador en Ipiales, señor Ángel

NG, debía realizar la entrega del automotor a su legítimo propietario. Al no hacerlo, como se ha comentado, el funcionario incurría en una omisión en el ejercicio de sus funciones y una acción que superaba lo que legalmente estaba mandado a hacer, evidenciando un acto de negligencia y atentando seriamente el patrimonio del accionante. En este caso, se consolidó un incumplimiento de la norma expresada en el artículo 65 del Convenio entre la República de Colombia y Ecuador sobre Tránsito de Personas, Vehículos, Embarcaciones Fluviales y Marítimas y Aeronaves. Mediante sentencia Nro. 004-13-SAN-CC, de 13 de junio de 2013, los jueces dispusieron:

“(…) Como medidas de reparación integral se ordena: 3.1. Disponer que el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, pague al accionante el valor del vehículo objeto de la presente acción, en función del valor del avalúo comercial del mercado local a la fecha de la presente sentencia.” (Corte Constitucional del Ecuador, 2013)

Frente a lo citado, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana interpuso ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, un juicio de repetición en contra del señor Ángel NG; dentro del cual, la sentencia Nro. 17811201601659, dispuso:

(…) declara que ha encontrado fundamentos de la responsabilidad del señor Ángel NG, por la violación de derechos del señor Claudio DM, quien generó la obligación de reparar materialmente al referido ciudadano por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, con su comportamiento gravemente negligente, estableciendo además que (...) debe pagar lo erogado por el Estado por concepto de reparación material, esto es el valor de (USD 11.142,00) ONCE MIL CIENTO CUARENTA Y DOS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA que fueron pagados al señor Claudio DM, valor que debe pagarse sin dejar al demandado en estado de necesidad, razón por la cual se dispone que el pago de los USD 11.142,00 adeudados por el señor Ángel Plutarco Naranjo Gallegos sea realizado en 18 cuotas iguales que deberán ser satisfechas en 18 meses a partir de la ejecutoria de esta sentencia, a fin de no afectar la congrua sustentación del demandado (Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, 2016).

En el presente caso, la acción por incumplimiento que terminó en repetición por parte del Estado ecuatoriano en contra del ex Cónsul de Ecuador en Ipiiales, señor Claudio

NG, evidencia la negligencia por parte del funcionario al no cerciorarse de que el vehículo le pertenecía al señor Wilson MO. Todo este embrollo pudo ser evitado por el Ministerio de Relaciones Exteriores si se hubiera escogido para un puesto de tal envergadura a un funcionario que hubiera ingresado al servicio diplomático en cumplimiento del artículo 82 de la LOSE. Sin embargo, se colocó a un servidor de Cancillería que, previo a ejercer las funciones de Cónsul, trabajó en el Consulado como personal de apoyo. Después de esto, tampoco fue capacitado de la debida manera para el puesto de Cónsul, sobre todo considerando que este Consulado cuenta con una mayor afluencia de trámites administrativos por encontrarse en un sitio fronterizo.

Cabe añadir, como parte del estudio, los casos que corresponden a contratos ocasionales y nombramientos provisionales. Así, a pesar de que la Constitución señala en su artículo 288 que el ingreso al servicio público se realizará a través de concurso de méritos y oposición, se puede observar que en la práctica se desplazó a los funcionarios de carrera en beneficio de una nueva clase de servidores públicos con una excesiva lealtad ideológica y confianza hacia el gobierno de turno que les otorgó el puesto (Arroyo, 1996). De esta manera, como se observa en el cuadro número cinco, de un total de 344 servidores pertenecientes a personal diplomático que ingresaron por concurso de méritos y oposición, 155 servidores mantienen contratos ocasionales y nombramientos permanentes, figura contractual que no genera estabilidad laboral para el funcionario y que no permite que éste pueda desarrollar una carrera en una institución pública. Este tipo de vínculo es endeble y tampoco permite que los conocimientos del funcionario puedan ser aprovechados, ya que su permanencia en dicha institución será de máximo dos años de conformidad con el artículo 143 de la Ley Orgánica del Servicio Público (2010).

En virtud del análisis efectuado en el presente principio, se puede evidenciar que aun cuando la norma cumple con lo establecido en el principio weberiano, en la práctica administrativa esto no se cumple, porque los puestos dentro de la administración pública no son otorgados a quienes cumplen con los perfiles, estudios, especialización y experiencia requerida, sino que estos corresponden a decisiones políticas que buscan pagar favores. Entonces, teóricamente existe una legislación que precautela la equidad y meritocracia. No obstante, a través de la costumbre del otorgamiento de privilegios, se

cultiva la lealtad del militante político del partido del gobierno de turno o de otro partido (Mendoza, Montaner, Vargas Llosa, 1998). Como se había anticipado hacia el final del estudio del segundo principio de Weber, el abuso de la facultad discrecional en la designación de ciertos cargos públicos desdibuja la finalidad que tienen el segundo principio y aquel al que acabamos de referirnos en este apartado.

Weber analizó los rasgos de una burocracia moderna que incluye, como nos hemos referido previamente, a la burocracia racional. Esto implica un nuevo aparato estatal que ya no es propiedad del monarca y que también conlleva un nuevo pacto social. Así, los funcionarios tenían un trabajo para toda su vida, contaban con una remuneración y un horario para su desempeño y ninguno era propietario de los medios con los que laboraba, ya que estos eran propiedad pública (Ladino, 2019).

Es importante señalar que el modelo de burocracia de Weber se presenta luego de su análisis a las formas de dominación que fueron aceptadas como orden social desde Egipto, China, Francia, entre otras hasta las prácticas empresariales de la Revolución Industrial. De esta manera, desarrolla su teoría como contrapunto a la crueldad, a los juicios caprichosos del rey, al nepotismo y la subyugación personal. Entonces, la burocracia surge como una necesidad de regular las condiciones laborales de los trabajadores en una sociedad moderna y racional (Shafritz & Hyde, 1999).

De lo mencionado, nace el principio de capacidad laboral durante la jornada de trabajo; es decir que, el trabajo debe ser realizado en horas laborales, de tal forma que los funcionarios ejercen el cargo como única profesión a tiempo completo y separan su vida privada de la laboral (Ladino, 2019).

Sobre lo mencionado, la Constitución de la República no tiene norma específica. La Ley Orgánica del Servicio Público establece en el artículo 22, literal c) «Cumplir de manera obligatoria con su jornada de trabajo legalmente establecida, de conformidad con las disposiciones de esta Ley» (2010).

En subsidio, el artículo 25 de la norma *ibídem* señala la existencia de las jornadas ordinarias de ocho horas, especiales y de teletrabajo que tienen los servidores públicos (2010). De forma complementaria, el artículo 24 de la norma *ibídem* establece que se prohíbe a los servidores públicos ejercer otro cargo o desempeñar actividades extrañas a

sus funciones durante el tiempo fijado como horario de trabajo para el desempeño de sus labores, con las debidas excepciones de ley, tales como la docencia, práctica médica y ejercer el derecho (2010).

Al respecto, es menester puntualizar que en la práctica administrativa existen tres tipos de servidores públicos: i) quienes cumplen sus deberes dentro de las 8 horas de trabajo y puntualmente se retiran al final de su jornada; ii) los servidores que, debido a sus responsabilidades, deben quedarse fuera de su horario de trabajo y reciben el pago de horas extra, supeditados a las restricciones presupuestarias emanadas del Ejecutivo; y, iii) los que dedican su tiempo extra a actividades fuera de la administración pública, verbigracia: la docencia.

En relación con el primer punto, resulta menester señalar la importancia de una distribución equitativa del trabajo, a fin de que el servidor pueda realizar su trabajo diario en las ocho horas estipuladas para ello. Caso contrario, el servidor difícilmente acabará su trabajo en ocho horas y, poco a poco, se acumulará aquello para lo que fue contratado. Esto converge en una administración pública lenta que no brinda un buen servicio a la comunidad.

Respecto al segundo punto, se advierte que dentro de la práctica administrativa quienes deben extender sus horas de trabajo reciben el pago de sus horas extra siempre y cuando cumplan los requisitos administrativos. Incluso en este caso, si superan las 20 horas extras, no recibirán más pago por el trabajo hecho; esto, según manda el Decreto Ejecutivo 457, emitido por el presidente de la República (Decreto Ejecutivo 457, 2011). En otras palabras, si un funcionario es responsable y cumple con su trabajo superando las 20 horas extra, su esfuerzo será muy pobremente recompensado.

Sobre el tercer punto, es menester señalar que si bien la teoría weberiana trata de que el servidor se dedique a cumplir sus labores laborales y que, a la vez, no exista un abuso por parte del empleador (en este caso el Estado), se debe analizar si el estipendio pagado al funcionario es suficiente para que no deba buscar fuentes extras de ingresos, con el fin de que pueda dedicar su tiempo únicamente a la administración pública (Ladino, 2019).

Sobre lo mencionado, se puede observar que la legislación cumple con el quinto

principio weberiano sobre la teoría burocrática. Sin embargo, en la práctica administrativa el cumplimiento se ve supeditado a que la distribución del trabajo sea bien ejecutada y que exista el número correcto de personal que cubra las necesidades institucionales. A su vez, el esfuerzo realizado por los servidores que trabajan más allá de sus horas de trabajo y esperan el pago de horas extra, no serán bien retribuidos, toda vez, que el pago se limita a 20 horas, con el objetivo de reducir el gasto estatal, lo cual termina siendo desmotivante para el funcionario. Finalmente, se abre la interrogante sobre si las remuneraciones son suficientes para cubrir los gastos en educación, comida, transporte, efectuados por los funcionarios públicos, quienes se ven obligados a buscar otras formas de ingresos para suplir los gastos ya mencionados.

Weber se refiere a que el funcionario debe tener un manejo tal de las instituciones jurídicas de su rama de trabajo que, aunque la norma positiva varíe, él sea capaz de responder de la mejor forma a los requerimientos de los usuarios.

Sobre lo dicho, ni la Constitución de la República, el Código Orgánico Administrativo, ni la Ley Orgánica del Servicio Público hacen referencia al principio mencionado; no obstante, es menester señalar que el Código Civil, como norma supletoria, establece en su artículo 13 que «La ley obliga a todos los habitantes de la República, con inclusión de los extranjeros; y su ignorancia no excusa a persona alguna» (Código Civil, 2005).

Como se ha señalado en párrafos anteriores, se presume que la Ley es conocida por todos los ecuatorianos; sin embargo, según Valle (2013), este precepto jurídico cae en el campo de lo irreal, toda vez que ni los juristas más doctos pueden conocer el contenido total de todas las leyes vigentes del Ecuador, esto debido al amplio número de normas existentes y por el complejo mundo de códigos, lenguaje y símbolos propios del ámbito jurídico.

En este contexto, se debe considerar que la legislación ecuatoriana contiene un sinnúmero de leyes de una variada aplicación con una temática diversa. Ahora bien, en el ámbito administrativo, de manera general, se encuentra la siguiente normativa con su debida extensión: la Constitución de la República, que contiene 444 artículos; el Código Orgánico Administrativo, que contiene 316 artículos; el Código Orgánico de

Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que contiene 597 artículos; la Ley Orgánica del Servicio Público, que contiene 136 artículos; y, el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que contiene 180 artículos.

De la información referida en el párrafo anterior, se demuestra que tener un conocimiento exhaustivo de cada uno de los artículos de las distintas normas es prácticamente imposible para una persona, por lo que el servidor público requiere de una exhaustiva capacitación normativa sobre las materias que le conciernen a la administración pública. En tal sentido, se podría decir que el principio weberiano es prácticamente imposible de cumplir y, por tanto, no se cumple en la administración pública ecuatoriana, que aún sigue incluyendo la Ley de Modernización en los actos administrativos y normativos, aun cuando esta fue derogada expresamente por el Código Orgánico Administrativo.

Como corolario del presente trabajo, en el que se ha realizado un análisis normativo y práctico de los principios weberianos extrapolados a la realidad ecuatoriana, se presenta el siguiente cuadro que de manera explicativa permitirá observar una síntesis acerca del cumplimiento de los principios mencionados.

CONCLUSIONES

De los seis principios presentados por Weber dentro de la Teoría Burocrática, en la administración pública ecuatoriana no se cumple a cabalidad el modelo planteado. Incluso en aquellos en los que teóricamente pudiera existir cumplimiento, es en la práctica donde su ejecución es endeble y persigue fines distintos a los de contar con una administración pública eficiente y eficaz.

En pleno siglo XXI, la administración pública ecuatoriana debería estar lista para dar un amplio salto hacia los nuevos modelos de gestión pública (NGP) o al nuevo sistema neoweberiano. No obstante, es imposible intentar reformar la administración pública ecuatoriana, considerando a esta como una empresa, contemplada desde el novel gerencial y al ciudadano como cliente, si la administración pública no está fortalecida, ni cumple la ejecución cabal de los seis principios weberianos. La reforma a la estructura

burocrática en el Ecuador requiere la consolidación de reformas en el Estado y la institucionalización de dichas reformas. Para ello, se hace énfasis en la importancia de la profesionalidad y el acceso por mérito; así también, en la necesidad de generar una administración pública más abierta y transparente, con mejores sistemas informáticos y óptima distribución del trabajo entre los funcionarios a fin de que exista una verdadera separación entre la oficina y el domicilio.

Si bien el principio de legalidad es el pilar fundamental del derecho administrativo, su ejecución dentro del sector público ecuatoriano está mal planteado, toda vez que, aunque permite control, también convierte en lenta y engorrosa a la administración pública. En la actualidad, en un mundo hiper conectado, resulta imprescindible que la administración pública se actualice y reforme sus procesos a través plataformas tecnológicas que agilicen la verificación de datos. Lo ideal es que no sea necesario el documento impreso por parte del administrado para realizar un trámite. En la misma línea, se debe propender a la rapidez en el mantenimiento y a la mejora de los sistemas informáticos de las instituciones públicas, esto incluye, obviamente, la cobertura de la conectividad a Internet.

A su vez, es imperioso que los servidores públicos conozcan, claramente, cuáles son sus atribuciones, inmediatamente después de posesionados en su cargo. El desconocimiento de las competencias provoca lentitud y falta de responsabilidad en las actividades que deben cumplir los funcionarios y, a través de ellos, la institución a la que pertenece.

Los puestos de mayor jerarquía y alto estipendio, desde el presidente de la República hasta directores de área, no requieren de conocimientos ni experiencia previa. Su designación deviene de compromisos políticos más que de un verdadero conocimiento técnico y de la gestión pública. Una buena administración pública no puede existir si las cabezas de la organización piramidal no cuentan con conocimientos sobre gestión y administración pública. Toda la organización piramidal se desvirtúa cuando los superiores jerárquicos, que son aquellos que ejercen control, no pueden ejercer un control pleno debido a su desconocimiento de las funciones a su cargo.

La administración pública requiere de funcionarios especializados, que se

dediquen únicamente a realizar su trabajo en la Unidad administrativa que les corresponde. Sin embargo, dicha especialización tiene un costo que casi siempre es pagado por el mismo servidor, a pesar de que la remuneración que percibe no siempre alcanza para pagar sus estudios. Esto ocasiona que el funcionario se desmotive y busque otras fuentes de ingreso y trabaje parcialmente en el Estado o renuncie a su puesto para trabajar en la empresa privada. De esta manera, el Estado habrá perdido a un funcionario que pudo haberle sido útil en el desempeño de funciones administrativas por su falta de valoración a sus conocimientos.

BIBLIOGRAFÍA

- Altamirano, A.C (2003) “El procedimiento tributario”, Abaco.
- Arrau, P. P. (1984). El control de la discrecionalidad administrativa. *Revista Chilena de Derecho*, 11(2/3), 479–491. <http://www.jstor.org/stable/41608185>.
- Arroyo, M. A. (1996). La regeneración de la administración pública. *Política Exterior*, 10(49), 147–155. <http://www.jstor.org/stable/20643934>.
- Aronson, Perla, y Eduardo Weisz, eds. 2007. Buenos Aires: Gorla. La vigencia del pensamiento de Max Weber a cien años de “La ética protestante y el espíritu del capitalismo”. Colección Tensiones del pensamiento.
- Beik, W. (1985). *Absolutism and Society in Seventeenth-Century France: State Power and Provincial Aristocracy in Languedoc*. Cambridge University Press.
- Campbell, J. (2002). Funciones del derecho procesal constitucional, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2002*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, p. 137.
- Chica Vélez, S. (2010). Una mirada a los nuevos enfoques de la gestión pública. *Administración & Desarrollo*, 39 (53), 55-74.
- Eguiguren, G. (2009) *Visión de la Administración Pública en la nueva Constitución*, edit., *La Nueva Constitución del Ecuador*, Corporación Editora Nacional), p. 125.
- Güemes, M; Isaza, C. (2009) *Modernizar y democratizar la Administración Pública. Una mirada desde la realidad latinoamericana*. Chile. *Revista Enfoques*:

Ciencia Política y Administración Pública, vol. VII, núm. 11.

Islas, R. (2009) Anuario de derecho constitucional latinoamericano año XV, Montevideo, Ladino, W (2019) Reflexión weberiana del maestro Darío Mesa Chica sobre Administración Pública. Colombia. Sabre Ciencia y Libertad.

Mendonza, P. Montaner, C. Vargas Llosa, A. (1998). *Fábrica de Miseria*. New Media Spanish Language.

Morrel, L. (1992). El principio de jerarquía en la administración. Del paradigma de la objetivación al de la fidelitas personal. *Revistas online*. DA num. 229.

Nieto, G. (2018). Componentes weberianos de los burócratas cercanos al ciudadano y su incidencia en el desempeño institucional: el caso del Servicio de Rentas Internas (SRI) en el Ecuador entre 2014-2017. Ecuador. IAEN.

Pardo, M. del C. (2007). La gerencialización de la administración pública. *Foro Internacional*, 47(4 (190)), 895–925. <http://www.jstor.org/stable/27738864>.

Pérez, K.(2005) Principio de igualdad: alcances y perspectivas, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, iii-ii, p. 55.

Peters, B. G. (2010). Cincuenta Años De Administración Pública. *Foro Internacional*, 50(3/4 (201-202)), 752–777. <http://www.jstor.org/stable/25822673>.

Ramió, C. (2015). *La Administración Pública del Futuro: La Administración “2050”*. Estudio Working/Papers.

Rodas, G. (2020). Tesis doctoral: Administración Pública y Estado Constitucional de Derechos y Justicia en el Ecuador. España. Universidad de da Coruña.

Shafritz, Jay M, y Albert C Hyde. 1999. *Clásicos de la administración pública*. México: Fondo de Cultura Económica.

Valle, A. (2013) *Revista de Derechos Humanos*, Universidad Andina. Weber, M. (1991). *¿Qué es la burocracia?* Argentina: Leviatan.

Weber, M. (2001). *Estructuras de poder*. México, D.F: Ed. Coyoacán.

Constitución de la República del Ecuador de 2008 (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008, 2da Ed. CEP.)

Código Orgánico Administrativo- COA- (Asamblea Nacional del Ecuador,

2017, 2da Ed. CEP) Ley Orgánica del Servicio Público -LOSEP- (Asamblea Nacional del Ecuador, 2010, 2da Ed. CEP).

Código Orgánico De Planificación y Finanzas Públicas (Asamblea Nacional del Ecuador, 2010).

Reglamento Interno de Organización y Administración de documentos y archivos del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración (Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, 2011).

Reforma y Codificación del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana (Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, 2021).

Instructivo de organización básica de gestión de archivos administrativos para cumplir con lo dispuesto en la Ley Orgánica y Reglamento General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Asamblea Nacional del Ecuador, 2005, 2da Ed. CEP). <https://web.gestiondocumental.gob.ec/que-es-quipux/>.

Corte Constitucional (13 de junio de 2013) Sentencia 004-13-SAN-CC.

EL DERECHO PENAL DE AUTOR EN EL RÉGIMEN DE NAYIB BUKELE: ¿SEGURIDAD O CRIMINALIZACIÓN DE LA IDENTIDAD?

 Juan José Ferrín-Ruiz

Universidad Austral

RESUMEN

En el contexto salvadoreño, el gobierno de Nayib Bukele ha adoptado un modelo de seguridad basado en políticas de mano dura que priorizan la criminalización preventiva sobre el análisis de actos concretos. Estas políticas, fundamentadas en el derecho penal de autor, se enfocan en estigmatizar a grupos vulnerables mediante la detención de individuos por su apariencia física o lugar de residencia, más que por sus acciones. Aunque estas medidas han reducido drásticamente los índices de homicidios y generado una sensación de seguridad entre la población, también han dado lugar a denuncias de violaciones de derechos humanos y al debilitamiento del Estado de derecho. Este artículo examina los dilemas éticos, legales y sociales de este enfoque, planteando dos preguntas clave: (1) ¿hasta qué punto las políticas de seguridad justifican la suspensión de derechos fundamentales? y (2) ¿cuáles son las consecuencias a largo plazo de basar un sistema de justicia en la criminalización anticipada?

ABSTRACT

One In the current Salvadoran context, the government of Nayib Bukele has adopted a security model based on hardline policies that prioritize preventive criminalization over the analysis of specific acts. These policies, rooted in the concept of criminal law of the author, focus on stigmatizing vulnerable groups by detaining individuals based on their physical appearance or place of residence rather than their actions. While these measures have drastically reduced homicide rates and generated a sense of security among the population, they have also led to allegations of human rights violations and the erosion of the rule of law. This article examines the ethical, legal, and social dilemmas of this approach, posing two key questions: (1) To what extent can security policies justify the suspension of fundamental rights? and (2) What are the long-term consequences of basing a justice system on anticipatory criminalization?

PALABRAS CLAVE: Derecho Penal De Autor, Seguridad Pública, Derechos Humanos, Criminalización, Régimen De Excepción, Justicia Penal.

KEYWORDS: Criminal Law of The Author, Public Safety, Human Rights, Criminalization, State of Emergency, Criminal Justice.

JEL CODE: K14; K24

RECIBIDO: 19/11/2024

ACEPTADO: 02/12/2024

DOI: 10.26807/rfj.v2i16.518

INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años, el nombre de Nayib Bukele ha ganado notoriedad a nivel mundial, tanto por encabezar las listas de presidentes mejor valorados, contando con una aprobación que oscila entre el 90 y 93%, como por la “política de mano dura” que ha implementado en El Salvador. Esta estrategia ha dejado como resultado que el país centroamericano figure como uno de los más seguros, a pesar de la existencia histórica de grandes grupos criminales como Barrio 18 y los internacionalmente conocidos Maras Salvatrucha. Estos grupos llegaron a desestabilizar la paz y convirtieron a El Salvador en uno de los países más violentos del mundo durante el año 2015 (Farah, 2016).

Desde el año 2019 en adelante el presidente Bukele implementó fuertes políticas en contra de los diversos grupos criminales existentes en territorio salvadoreño, donde se evidenciaron cifras de cerca de 60,000 personas que se han visto detenidas sin ninguna orden, con escasos o nulos indicios que demuestren su implicación en actos delictivos (Human Rights Watch, 2022). Organismos internacionales de Derechos Humanos han indicado que varias de estas detenciones se han llevado a cabo por criterios como la apariencia física o lugar de residencia, lo que implica la criminalización de grupos vulnerables y desprotegidos (Paradela López y Antón, 2024). Todo esto sumado a la falta de transparencia en los procesos judiciales, lo que conlleva el debilitamiento de los mecanismos de rendición de cuentas del país y la desprotección legal de grupos en los que se han centrado estas detenciones.

La Organización Amnistía Internacional ha indicado la existencia de varios casos de abusos dentro de los centros de detención salvadoreños: hacinamiento extremo derivado de las miles de detenciones ilegales que se llevan a cabo diariamente, casos de torturas y malos tratos a los reclusos, muerte de los reclusos, entre otras situaciones que vulneran derechos fundamentales. Los observadores internacionales lo han tachado como “la máxima expresión de crueldad” derivado de las políticas implementadas por Bukele a lo largo de sus años de mandato (Amnistía Internacional, 2022).

A partir de todas las políticas de seguridad puestas en marcha por el gobierno de Bukele, a la par de las detenciones arbitrarias realizadas contra un grupo especial de

personas con ciertas características compartidas, se puede deducir la aplicación de un derecho penal de autor en lugar de un derecho penal de acto. Se encuentran detenidos en prisiones salvadoreñas cientos de individuos con tatuajes en lugares específicos del cuerpo, o simplemente residentes de sectores determinados, se puede llegar a la conclusión de que sus identidades están siendo estigmatizadas al ser asociados directamente con pandillas y actos delictivos, derivado de las características principales de un derecho penal de autor (Paradela López y Antón, 2024).

El derecho penal de autor se caracteriza por castigar a las personas únicamente por sus rasgos físicos y no por las acciones cometidas, lo que se vincula estrechamente con la peligrosidad, con lo que se denomina peligrosidad predelictual, es decir, le otorga al derecho penal una perspectiva previsoría *ex-ante*, mereciéndole una punición a un sujeto que no ha violentado bien jurídico protegido alguno (Rodríguez Morales, 2014).

En El Salvador, las detenciones realizadas bajo este enfoque se apartan de los principios fundamentales y las garantías del debido proceso que un Estado de derecho está obligado a salvaguardar. Estas prácticas evidencian un énfasis desproporcionado en la identidad del individuo y en atributos personales que lo presentan como "peligroso" para la sociedad. Aún más preocupante, se observa un juicio basado en hipótesis sobre las acciones que dicha persona podría cometer en el futuro. Esto plantea serias inquietudes sobre la posible vulneración de derechos humanos al implementar políticas de derecho penal preventivo y discriminatorio (Zaffaroni, 2013).

Las políticas de seguridad radicales impulsadas por Bukele vulneran principios penales fundamentales, como el principio de legalidad y la presunción de inocencia, promoviendo una lógica de punición basada en el "ser" y no en el "hacer" (Ferrajoli, 1995). Desde su llegada al poder en 2019, se han implementado medidas que privilegian la creación de una supuesta "sensación de seguridad" sobre los derechos humanos y las garantías tanto constitucionales como penales.

El presente artículo se encuentra estructurado en cuatro partes: se explora el contexto del régimen de Nayib Bukele, mediante la explicación de las políticas más importantes en materia de seguridad y el impacto que esto ha tenido en la población salvadoreña. La segunda parte se encarga de realizar un análisis crítico respecto al derecho

penal de autor y como se ha aplicado a través de la criminalización de varios sectores sociales. En tercer lugar, se evaluará el dilema de seguridad versus criminalización mediante un análisis de las garantías de seguridad y las consecuencias a largo plazo, como el hacinamiento carcelario. Finalmente se expondrán las conclusiones.

CONTEXTO DEL RÉGIMEN DE NAYIB BUKELE

En el año 2019 el empresario Nayib Bukele asumió como primer mandatario de El Salvador, mediante la implementación de una serie de políticas de seguridad, su mandato ha generado respaldo de parte de la ciudadanía: controversias y desagrado. El discurso principal de Bukele se denominó “Guerra contra las pandillas”, debido a la concentración de la política del Estado hacia el combate contra el crimen organizado. Sin embargo, la aplicación de estas políticas ha generado debate por el uso radical y desproporcional de la fuerza policial, las detenciones calificadas como arbitrarias y el hacinamiento en las cárceles (Paradela López y Antón, 2024).

La República de El Salvador se ha considerado históricamente como uno de los países más violentos del mundo, figurando tasas de homicidios y criminalidad altas. Toda esta situación se ha visto como resultado del surgimiento de distintos grupos criminales, como los Mara Salvatrucha y Barrio 18, mismos que han mantenido en control territorial en diversas áreas del país centroamericano, llevado a cabo actos de extrema violencia, extorsiones, controlando el tráfico de drogas y de personas (Human Rights Watch, 2022).

Previo al mandato del presidente Bukele, varios gobiernos intentaron aplicar diversas estrategias políticas con la finalidad de erradicar los altos niveles de violencia en el país. Se intentaron desde negociaciones directas con las pandillas más importantes, hasta la implementación de estados de excepción, a la par de un uso intensivo de las fuerzas armadas para tareas de seguridad interna. Aun así, los esfuerzos de pacificación no dieron resultados (Quintanilla, 2024).

En el año 2012 el gobierno de Mauricio Funes promovió una tregua entre pandillas, con la finalidad de reducir las tasas de homicidios a cambio de algunas facilidades y beneficios penitenciarios para los pandilleros reclusos, siendo una estrategia política criticada (Van der Borgh, 2019). Aunque en un principio esta tregua redujo

notablemente los índices de delincuencia, una de las críticas principales fue que se estaba otorgando personería jurídica a grupos delincuenciales, legitimándolos como interlocutores políticos (Van der Borgh, 2019). Como era de esperarse este acuerdo colapsó, seguido por un aumento significativo en la tasa delincencial y retrotrayendo el mismo estado de terror al país salvadoreño (The Guardian, 2024).

Ya en 2019 una de las principales estrategias de Bukele fue implementar el plan “Control Territorial”, mismo que se centró en un despliegue masivo de fuerzas militares y policiales en la gran mayoría de áreas controladas por pandillas (Van der Borgh, 2019). A la par se realizó una inversión importante en la implementación de tecnología de vigilancia militar, drones y cámaras con reconocimiento facial. Se dio paso a la construcción de nuevas cárceles, con la finalidad de recluir a todos los pandilleros que han sido detenidos bajo su administración, provocando una sobrepoblación carcelaria en condiciones de hacinamiento y tratos denigrantes (Americas Society/Council of the Americas, 2023).

Al año siguiente, posterior a un incremento radical de los índices de violencia, que se caracterizó por tener más de 80 fallecidos en un solo fin de semana, se implementó un estado de excepción restringiendo derechos constitucionales, otorgó a las autoridades la facilidad de actuar bajo sus propias reglas, dejando abierta la posibilidad de realizar arrestos masivos e interrumpir en la privacidad de los ciudadanos sin necesidad de una orden judicial previa. Este régimen fue renovado por varias veces, lo que permitió al gobierno realizar más de 66.000 arrestos masivos en un periodo corto de tiempo (Amnesty International, 2023), lo que implica la vulneración masiva de garantías del debido proceso en contra de la población.

Sin embargo, el gobierno de Bukele ha sostenido que las políticas implementadas han sido de suma eficacia, reduciendo de forma drástica los niveles de violencia que tuvo como resultado una tasa de 20 homicidios por cada 100,000 habitantes, en comparación con los 50 homicidios por cada 100,000 registrados en el año 2018 (El Salvador Info, 2024). Esto sumado a que los ciudadanos salvadoreños han mostrado su pleno apoyo al mandato de Bukele, ya que la gran mayoría sienten una denominada “sensación de seguridad pública”, misma que les ha permitido retomar con tranquilidad sus actividades

cotidianas con la certeza de que los delincuentes y pandilleros se encuentran apartados de las calles (Paradela López y Antón, 2024).

A pesar del presunto éxito en la implementación de planes para la reducción de la violencia, las medidas de Bukele han llamado la atención de organismos internacionales de derechos humanos, mismos que se han encargado de realizar varias observaciones a las prácticas de los agentes de la fuerza pública y a las prácticas judiciales basadas en procesos masivos sin fundamentos racionales, lo que vulneró las garantías constitucionales y procesales. Estas organizaciones han logrado documentar varios casos de detenciones ilegales y arbitrarias, mediante la recopilación de denuncias de malos tratos y torturas en los centros de detención creados por el primer mandatario. Las condiciones de hacinamiento son cada vez más evidentes, donde los centros penitenciarios albergan hasta cuatro veces su capacidad normal (El País, 2024).

En mayo de 2021 la Asamblea de El Salvador, conformada por una mayoría perteneciente al partido político de Bukele, se encargó de destituir a jueces de la Corte Suprema por un presunto fraude a la constitución. Decisión que se fue declarada inconstitucional en razón a una violación de la separación de poderes y una amenaza a la democracia, dando como resultado la vulneración del sistema democrático y del sistema de división de poderes, sin embargo, con buenos resultados durante su mandato, especialmente dando lucha a la delincuencia (DW, 2021).

Además, en el año 2022 se puso en funcionamiento el Centro de Confinamiento del Terrorismo “CECOT”, mismo que fue construido en tiempo récord, con un enfoque mucho más agresivo contra las pandillas y grupos criminales. Si bien esta idea suena como algo positivo, cabe recordar que su función es la de albergar a los detenidos durante el régimen excepcional, detenidos que no han atravesado un juicio justo ni objetivo, siendo destinados al hacinamiento por tiempo indefinido. De igual manera, el “CECOT” está diseñado para albergar algo más de 40,000 detenidos en condiciones que no son óptimas para garantizar un ambiente digno, lo que ha implicado el sometimiento de los reclusos a condiciones inhumanas de aislamiento, trabajos forzados y falta de alimentación. Los familiares de estas personas han sido los encargados de realizar varias denuncias ante organismos internacionales que denunciaron las condiciones denigrantes

en las que viven sus familiares. (Infobae, 2023).

Durante el régimen de excepción de El Salvador y las reformas realizadas a la normativa legal, especialmente al Código Penal y Procesal Penal, los mecanismos de derecho a la defensa y presunción de inocencia se han visto afectados, reduciendo notablemente la aplicación de derechos y garantías básicas de las personas detenidas. Miles de personas son privadas de su libertad sin contar con una orden judicial previa, son aprehendidas en un presunto delito flagrante y recluidas en un centro de detención indefinidamente sin dar a lugar al proceso judicial pertinente. Todo esto debido al Estado percibe a estos individuos como criminales *per se*, únicamente por tener tatuajes o antecedentes penales previos (Amnistía Internacional, 2022).

En los casos en los que se otorga un proceso judicial a estas personas se las acusa de cometer el delito de “agrupaciones o asociaciones ilícitas”, tipo penal que es complejo en su tratamiento ya que, es el único que habilita la punición de los actos preparatorios de un delito. Cabe recordar que en el *Iter Criminis* o Camino del Crimen, únicamente el inicio de la ejecución de un delito es merecedor de pena pero los distintos códigos penales a nivel regional dejan abierta la oportunidad, mediante el delito de asociación ilícita, de penalizar actos preparatorios. El gobierno de Bukele mediante la interpretación más amplia de la naturaleza de este delito criminaliza a individuos desde una perspectiva *ex ante*, alegando que poseen cierta peligrosidad criminal por sus características físicas, razón por la cual es mucho mejor optar por separarlos de la sociedad, aunque no hayan cometido delito alguno, pero se presupone que estaban planeando hacerlo.

Durante sus discursos, Nayib Bukele se ha centrado en la utilización de narrativa de seguridad con la finalidad de justificar, y a la vez promover, las políticas contra el crimen y las pandillas, lo que ha significado la declaración de una guerra contra todos estos grupos delincuenciales. Al mismo tiempo recalca que las políticas utilizadas e implementadas por las anteriores administraciones han sido ineficaces, por lo cual las medidas tomadas en la actualidad son las únicas capaces de devolver la tranquilidad al pueblo salvadoreño; idea que, en abstracto suena viable, pero llevada a la práctica vulnera derechos humanos. Así, esta retórica ha acaparado muchos adeptos, bajo la promesa de garantizar paz a un país históricamente azotado por la violencia y la delincuencia

(elsalvador.com, 2022).

El modelo de políticas implementadas en El Salvador plantea una dicotomía que va mucho más allá de simples estrategias de seguridad, configurando lo que parece ser un modelo de “Derecho Penal de Autor”, mismo que otorga una perspectiva *ex ante* para criminalizar a las personas. Lo que Bukele plantea es la narrativa de “seguridad versus identidad”, convirtiendo automáticamente a los salvadoreños en criminales en función de su pertenencia social o territorial. El resultado de aplicar este tipo de políticas abre muchas grietas en un Estado de Derecho y en la confianza puesta en las instituciones públicas, que a largo plazo puede derivar en una cultura de represión bajo un velo de aparente paz.

ANÁLISIS DEL DERECHO PENAL DE AUTOR EN EL SALVADOR

Una vez comprendido el contexto de las políticas implementadas por Bukele, resulta relevante comprender en qué se basa el tan mencionado Derecho Penal de Autor y cómo se diferencia del Derecho Penal de Acto, haciendo énfasis en el impacto que la aplicación de políticas penales con visión *ex ante* puede afectar en mediano y largo plazo a la estabilidad del país.

Para Felipe Rodríguez Moreno (2023) el Derecho Penal sanciona conductas específicas, sin tomar en cuenta quien las realiza, mientras que el Derecho Penal de Autor se configura como una corriente que persigue a las personas por lo que representan más que por los actos delictivos que pueden o no llegar a cometer.

Para poder comprender de mejor manera al Derecho Penal de Autor se tiene que tomar en consideración a la teoría denominada “Culpabilidad de Carácter”, misma que analiza la personalidad peligrosa del sujeto que hace que responda, no por actos en concreto que violentaron o intentaron violentar un bien jurídico, sino por la naturaleza de su carácter y expresión física (Rodríguez, 2023, p. 298). Esto en contraste con el Derecho Penal de Acto, mismo que sanciona conductas concretas sin verificar de antemano características externas o físicas del sujeto, únicamente la conducta que se plasma en el mundo material. Razón por la cual el Derecho Penal de Acto es el que se debe procurar, con la finalidad de que los individuos respondamos por nuestras conductas sin tener en consideración nuestro pasado, historial criminal o apariencia física,

independientemente de quienes fuimos o quienes somos (Rodríguez, 2023, p. 276).

Establecida la distinción sumamente importante entre Derecho Penal de Acto y Derecho Penal de Autor, es imperante hacer mención al concepto de “Derecho Penal del Enemigo” desarrollado por Günther Jakobs. Esta forma de Derecho Penal implica, esencialmente, una distinción entre sujetos que son tratados bajo un régimen estándar (ciudadanos) y otro grupo de sujetos que son tratados como una amenaza grave y constante para la sociedad en general (enemigos). El maestro Jakobs menciona que el derecho penal común tiene la finalidad de otorgar la retribución y generar la reinserción del infractor en la sociedad, mientras que el Derecho Penal del Enemigo se centra en la exclusión de los sujetos que representen un peligro para la sociedad en general; a estos individuos Jakobs los nombra “enemigos”, negando el trato de ciudadanos y reafirmando la protección de la sociedad de su amenaza. Un ejemplo que el maestro de la Universidad de Bonn recalca es el artículo 576 del Código Penal Español, mismo que criminaliza los actos de colaboración con estructuras terroristas, regulando más allá de los principios y fines básicos del derecho penal, enfocándose únicamente en la retribución a los individuos que muestran un clara amenaza a la estructura social (Jakobs, 2007).

Resulta imperante no confundir al Derecho Penal del Enemigo con el Derecho Penal de Autor, ya que el primero neutraliza a aquellos que representan una constante amenaza para la sociedad, como por ejemplo, las organizaciones terroristas, y se enfoca en los actos que estos grupos han cometido; el Derecho Penal de Autor, por otro lado, y como se explicó en párrafos anteriores, se centra en las características personales del individuo independientemente si comete un delito o no. Por este motivo es que las políticas de seguridad de Bukele pueden ser caracterizadas como Derecho Penal de Autor y no del Enemigo, en razón de que se centra en bases hipotéticas de una posible peligrosidad criminal ex ante mirando únicamente rasgos físicos, zona de residencia o pasado judicial.

Una de las medidas instauradas por Bukele donde se puede evidenciar el uso de un Derecho Penal de Autor es el estado de excepción interpuesto en el país debido a una ola de criminalidad, donde se llevaron a cabo más de 81,000 arrestos sin contar con fundamento legal suficiente. Se restringió el derecho a la defensa y a un juicio justo a

todas estas personas, dejándolas privadas de liberas y en condiciones de hacinamiento extremo (Voz de América, 2024).

Por otro lado, las personas que no han sido detenidas durante el régimen viven con un constante miedo de que las autoridades judiciales puedan hacer algo en su contra por las estigmatizaciones que se han implementado. El Diario del El Salvador se encargó de recopilar varios testimonio de jóvenes que residen en zonas conflictivas y controladas por pandillas:

“Cuando vivía en Soyapango tuve problemas con los soldados porque decían que era raro ver a una persona tatuada y que no fuera nada, no me capturaron, pero sí me golpearon, Samuel M.”, “Salvador ha sido golpeado más de 10 veces por los soldados en cada revisión... Me han hecho hasta sesión de fotos por tantos tatuajes que tengo” y por último “Los jóvenes, adolescentes, ya eran víctimas de abusos antes del régimen de excepción, sobre todo por parte de militares. Pero bajo la bandera del régimen de excepción, estar tatuado, es un delito” (Funes, 2022).

Las medidas implementadas por el gobierno de Nayib Bukele, caracterizadas por la aplicación del Derecho Penal de Autor, incluyen reformas al Código Penal, Código Procesal Penal, Ley contra el Terrorismo y Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas. En este contexto, la Asamblea Legislativa de El Salvador, con mayoría perteneciente al partido oficialista, aprobó un aumento significativo en las penas para delitos relacionados con el terrorismo y las pandillas, estableciendo condenas de entre 20 y 30 años de prisión (Diario El Mundo, 2022).

Sin embargo, surge la interrogante de si los legisladores evaluaron estas reformas bajo el Principio de Proporcionalidad en materia penal, un análisis que resulta esencial para determinar si la pena impuesta corresponde a la gravedad del delito. La respuesta parece ser negativa, ya que este principio, fundamental para establecer la justicia y equidad en la sanción de conductas previamente tipificadas, no parece haber sido considerado con la profundidad necesaria. Desde esta perspectiva, el incremento radical de las penas no solo es cuestionable en términos de eficacia para prevenir la comisión de delitos, sino que podría generar un efecto contrario, incentivando mayores intentos de los delincuentes por asegurar su impunidad.

El Gobierno de los Estados Unidos de América expresó una profunda preocupación por las condiciones carcelarias que los privados de libertad tienen que afrontar, principalmente por las condiciones de aglomeración carcelaria y falta de alimentos, que han llevado a la interposición de alrededor de 400 denuncias por inminentes violaciones a los derechos humanos (Infobae, 2023). Estas condiciones no hacen más que reflejar un corte punitivo con un enfoque lejano a los fines propios del Derecho Penal, priorizando el aislamiento y tratamiento degradante a las potenciales amenazas. Desde el punto de vista de los Derechos Humanos el enfoque implementado durante este régimen contradice por completo principios básicos como el de dignidad humana y proporcionalidad.

Es probable que la estrategia actual del gobierno de El Salvador consista en instrumentalizar a individuos que presentan ciertas características, como tatuajes y otros rasgos físicos asociados a una visión Lombrosiana del criminal, para justificar su privación de libertad. Este enfoque parece diseñado para proyectar una imagen de efectividad en las políticas de seguridad, permitiendo que "todo el mundo" perciba dichas medidas como exitosas.

Sin embargo, esta instrumentalización de seres humanos con fines políticos plantea serias amenazas al sistema democrático, transformándolos en herramientas para consolidar un discurso autoritario. Al analizar más allá de lo superficial y examinar críticamente estas políticas, se revela una preocupante cantidad de violaciones a derechos humanos, derechos constitucionales y garantías penales, fundamentales para el respeto al Estado de derecho y la dignidad humana.

La aparente calma que se ha instaurado en la sociedad salvadoreña, a costa de la vulneración del principio de dignidad humana, ha sido uno de los factores clave para el aumento de la popularidad del primer mandatario. La gran mayoría de salvadoreños experimentan una "sensación de seguridad y calma" ya que los delincuentes y pandilleros están reclusos en centros de privación de libertad.

En el ámbito internacional, la popularidad de Nayib Bukele ha crecido de manera significativa, generando interés en su modelo de gobernanza. Políticos de otras naciones

han comenzado a verlo como un referente, buscando replicar las políticas de seguridad implementadas en El Salvador, motivados principalmente por el nivel de aceptación y respaldo que estas medidas han generado, especialmente entre la población joven. Esta imagen de éxito proyectada hacia el exterior refuerza la narrativa de políticas de mano dura y la estigmatización de determinados grupos sociales (Carballo, 2015).

Sin embargo, esta aparente paz social podría ser tanto efímera como peligrosa. Justificar medidas represivas y violentas en nombre de la paz social no solo crea una sensación de seguridad ilusoria, sino que también genera un riesgo latente de que estas acciones se vuelvan en contra de la propia ciudadanía. Cuando el Estado asume el poder de definir quién constituye una amenaza basándose en criterios subjetivos, la confianza en las instituciones públicas se ve socavada, siendo reemplazada por un creciente escepticismo y temor hacia los mecanismos estatales que deberían garantizar derechos y libertades fundamentales (Carballo, 2015).

A la par, este enfoque de Derecho Penal de Autor aplicado en las políticas de Bukele, desde mi perspectiva, tiene la capacidad de convertir a la población en un mero espectador que acepta sin cuestionamiento políticas violentas y antijurídicas, dejando el camino libre a la expansión de un poder estatal que decide sobre criterios inválidos quien merece una pena y quien no.

No puede omitirse, al analizar este tema, la problemática de hacinamiento extremo que enfrentan los reclusos en las cárceles de El Salvador. La misma Corte Suprema de Justicia ha declarado la inconstitucionalidad de estas condiciones, señalando el estado deplorable en el que se encuentran las personas privadas de libertad. Esta resolución judicial ha instado al gobierno de Bukele a mejorar las condiciones en las prisiones y a garantizar el respeto de los derechos humanos, exigiendo, además, el diseño e implementación de estrategias alternativas para reducir los índices de violencia (Insight Crime, 2023).

El crecimiento abrupto de la población carcelaria ha dificultado significativamente la puesta en marcha de iniciativas de rehabilitación y reinserción social, ya que los recursos financieros y humanos disponibles resultan insuficientes para

atender las necesidades del sistema penitenciario (Andrade, 2019). La falta de inversión en estos programas compromete no solo los derechos de los reclusos, sino también la posibilidad de construir un sistema que promueva la reintegración y reduzca la reincidencia delictiva.

A largo plazo, las consecuencias negativas del hacinamiento en los centros de reclusión podrían extenderse a la población en general, ya que estas instalaciones se convierten en focos para el crecimiento y fortalecimiento de subculturas violentas que eventualmente podrían reincidir y atacar a la sociedad. Además, los recursos destinados a la construcción de mega cárceles, que se han convertido en el pilar de políticas de dudosa constitucionalidad, deberían redirigirse hacia el desarrollo de programas educativos y de apoyo comunitario. Estas políticas preventivas permitirían abordar las causas estructurales de la criminalidad sin recurrir al Derecho Penal de Autor como estrategia para garantizar la seguridad nacional.

Las políticas implementadas por el presidente Nayib Bukele, marcadas por la criminalización basada en la identidad o rasgos físicos de las personas, han evidenciado un uso prominente del Derecho Penal de Autor. Este enfoque no solo expone una preocupante erosión del Estado de Derecho, sino que también podría acarrear graves consecuencias para los futuros gobiernos y para la ciudadanía. Aunque los cambios positivos en El Salvador, como la reducción de muertes violentas, se presentan como logros significativos, constituyen solo la punta del iceberg. Es indispensable realizar un análisis más profundo de la realidad del país, considerando el dilema entre seguridad y criminalización anticipada, para comprender plenamente el impacto y las implicaciones de estas políticas en el largo plazo.

SEGURIDAD VS. CRIMINALIZACIÓN

En el complejo panorama de El Salvador, el dilema entre la seguridad pública y la criminalización anticipada derivada de las políticas públicas genera una tensión inevitable para quienes deciden analizar más allá de la superficie. En apariencia, la sensación de seguridad se presenta como la pieza clave para consolidar la reelección del

presidente Bukele. Sin embargo, esta aparente tranquilidad tiene una contracara preocupante, caracterizada por la falta de distinción entre inocentes y culpables, lo que amenaza con privar de la libertad de manera arbitraria y sin fundamentos legales claros a los mismos ciudadanos salvadoreños (Insight Crime, 2023).

En este contexto, el Derecho Penal de Autor emerge como una réplica de antiguos mecanismos de control, utilizado como herramienta para justificar actos de violencia generalizada contra el propio pueblo. Este enfoque convierte las apariencias y estereotipos en un nuevo criterio de criminalización, donde la etiqueta de “parecer” o “estar” asociado a ciertas conductas o características adquiere el peso de una imputación penal. Aunque estas no constituyan delitos formalmente tipificados, se recurre a figuras legales ambiguas, como el delito de asociación ilícita, para justificar la privación de libertad de individuos sin evidencias concretas ni debido proceso (Diario El Mundo, 2022). Esta práctica no solo vulnera derechos fundamentales, sino que socava la confianza en el sistema jurídico y en el Estado de derecho.

Una vez entendido que la solución para mejorar la seguridad en las calles no es deshumanizar a las personas con tatuajes o que residan en sitios conflictivos para hacinarlos en complejos penitenciarios, Núria Bigas Formatjé señala varios aspectos que contribuyen a la seguridad en un país, lejos de las políticas basadas en un Derecho Penal de Autor. Dentro de estos aspectos encontramos lo siguiente:

“Urbanismo Orientado a la Prevención del Delito: se busca una planificación urbana que cuente con cosas básicas como la correcta iluminación en las calles y la reducción de construcciones abandonadas.

Sentido de Pertenencia de los Ciudadanos: fomentar que las personas se identifiquen y sientan un vínculo entre ellas y con su entorno urbano. Cosa que en El Salvador no se fomenta, incluso se dirige a lo contrario.

Educación: si bien no se lo menciona como un aspecto, me parece de suma importancia entender que la educación pública, al alcance de todos, debe ser un pilar fundamental para disuadir a la delincuencia. Entre más educación tengan las personas menos posibilidad habrá de que lleguen a formar parte de pandillas o

bandas delincuenciales.

Fomento del Deporte: cuando en la sociedad se fomenta a los niños y jóvenes a practicar cualquier deporte, se evita que caigan en la manos de pandillas y drogas, al mismo tiempo que se promueve una sociedad sana”. (2023)

Estos son varios aspectos a tener en cuenta para lograr una sociedad más segura. Son aspectos que no resolverán la delincuencia de la noche a la mañana, ya que es un proceso largo y que demanda un alto presupuesto. Por esta razón, El Salvador ha optado por la solución rápida de deshumanizar a las personas, con el único fin de crear esta presunta sensación de seguridad, que en cualquier momento puede volverse en contra del Estado y del pueblo salvadoreño.

Por una cara de la moneda tenemos la ya mencionada sensación de seguridad pública, mientras que de la otra cara encontramos una criminalización previa. Esta segunda cara de la moneda tiene múltiples efectos negativos, como la suspensión de derechos fundamentales, erosionando la confianza en las instituciones públicas y debilitando al Estado de derecho. Además, la sobrepoblación carcelaria y las condiciones inhumanas de detención han agravado la situación a mediano y largo plazo. Estas prácticas no solo violan los derechos humanos, sino que también perpetúan un ciclo de violencia y represión basados en características propias del Derecho Penal de Autor (Human Rights Watch, 2022).

El dilema entre seguridad y criminalización en las políticas de Bukele refleja la tensión entre la necesidad de proteger a la población y los costos éticos y sociales que esto puede representar. Si bien se han logrado avances en la reducción de índices de criminalidad, generando más seguridad en las calles, esto se ha conseguido al costo de criminalizar a comunidades enteras bajo criterios de perfilamiento al puro estilo de Lombroso. En este contexto, la seguridad pública se ha convertido en un arma de doble filo: por un lado, tranquilizando a la sociedad bajo una promesa de orden, pero, por otro lado, sacrificando derechos individuales y esenciales.

CONCLUSIONES

Desde un enfoque jurídico-penal y considerando la implementación de políticas de seguridad bajo el régimen de Nayib Bukele, se identifica una dicotomía profunda entre la búsqueda de seguridad y las evidentes violaciones a los derechos fundamentales. Este análisis no busca justificar actos ilícitos ni defender conductas criminales; más bien, se plantea desde la complejidad inherente a liderar un país con altos índices de violencia como El Salvador.

El gobierno de Bukele ha priorizado estrategias que han reducido significativamente los altos índices de criminalidad, recurriendo a medidas como el estado de excepción, detenciones masivas y la construcción de mega prisiones. Estas decisiones pueden generar seguridad entre los habitantes salvadoreños a corto plazo, pero a largo plazo plantean serias implicaciones éticas y legales. La implementación de un Derecho Penal de Autor contraviene principios básicos y fundamentales de un sistema democrático.

Desde un punto de vista técnico, el Derecho Penal de Autor aplicado en El Salvador erosiona la base del Estado de Derecho, sustituyendo el análisis de conductas concretas por perfiles subjetivos. Si bien la lucha contra la delincuencia es un objetivo legítimo, debe ser compatible con el respeto a las garantías constitucionales y los derechos humanos. Las condiciones de hacinamiento carcelario, el trato inhumano a los detenidos y el debilitamiento de los mecanismos judiciales son alarmantes y podrían tener consecuencias graves para la estabilidad social y jurídica a largo plazo.

El desafío radica en encontrar un balance que permita combatir la criminalidad sin comprometer los valores esenciales de un Estado democrático. Las políticas de seguridad deben evolucionar hacia estrategias que combinen prevención, educación y justicia social, alejándose del Derecho Penal de Autor y adoptando un enfoque que priorice la reinserción y la cohesión comunitaria. El énfasis debe ser en políticas que trabajen en la integración social de los individuos, en lugar de marginarlos aún más mediante estigmatizaciones y privaciones de derechos.

El análisis realizado reconoce la dificultad de gobernar en contextos de alta conflictividad, pero reafirma la importancia de que cualquier respuesta estatal se enmarque en la legalidad, la proporcionalidad y el respeto a los derechos humanos, priorizando el principio de dignidad humana en el sistema de justicia de El Salvador. La construcción

de una sociedad segura debe ser el resultado de un proceso que fomente la confianza en las instituciones y que garantice la justicia para todos, no solo a través de la represión, sino también mediante la educación, la rehabilitación y la prevención de la violencia.

REFERENCIAS

Amnesty International. (2023, April 14). El Salvador: State of emergency, a year on – Systematic human rights violations. Amnesty International. <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2023/04/el-salvador-state-emergency-systematic-human-rights-violations/>

Amnistía Internacional. (22 de junio de 2022). El Salvador: Presidente Bukele está llevando al país a una crisis de derechos humanos. Amnistía Internacional. <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2022/06/el-salvador-president-bukele-human-rights-crisis/>

Carballo, C. A. (2015). El Salvador's crime prevention policies: From Mano Dura to El Salvador Seguro.

DW. (2021, May 2). Congreso de El Salvador, afin a Bukele, destituye a jueces de la Corte Suprema. DW. <https://www.dw.com/es/congreso-de-el-salvador-af%C3%ADn-a-bukele-destituye-a-jueces-de-la-corte-suprema/a-57400940>

DW. (2023, 22 de marzo). ¿Es la mano dura de Nayib Bukele: estrategia o propaganda? DW. <https://www.dw.com/es/es-la-mano-dura-de-nayib-bukele-estrategia-o-propaganda/a-64988328>

El País. (2024, September 4). Torturas y muertes violentas en prisión: La CIDH exige el fin del estado de excepción en El Salvador. El País. <https://elpais.com/america/2024-09-04/torturas-y-muertes-violentas-en-prision-la-cidh-exige-el-fin-del-estado-de-excepcion-en-el-salvador.htm>

El Salvador Info. (2024). El Salvador profile: Criminal groups, security forces, prisons, and judicial system. El Salvador Info. <https://elsalvadorinfo.net/el-salvador-profile-criminal-groups-security-forces-prisons-and-judicial-system/>

Eugenia Velásquez. (2 de junio de 2022). Nayib Bukele presenta ante la Asamblea Legislativa el informe de su tercer año de gobierno. elsalvador.com.

<https://www.elsalvador.com/noticias/nacional/nayib-bukele-presenta-asamblea-legislativa-informe-tercer-ano-gobierno/962287/2022/>

Farah, D. (2016, January 19). Central America's Gangs Are All Grown Up. Foreign Policy. <https://foreignpolicy.com/2016/01/19/central-americas-gangsare-all-grown-up/>

Ferrajoli, L. (1995). Derecho y razón: Teoría del garantismo penal. Trotta.

Funes, J. (2022, julio 28). "Tener tatuaje no te hace delincuente": Jóvenes se defienden por vivir en colonias estigmatizadas. ElSalvador.com.

<https://www.elsalvador.com/fotogalerias/noticias-fotogalerias/jovenes-con-tatuajes-artisticos-agredidos-por-soldados-ilopango-santa-tecla-regimen-excepcion/989483/2022>

Human Rights Watch. (2022). El Salvador: Abusos generalizados bajo el régimen de excepción. <https://www.hrw.org/es/news/2022/06/02/el-salvador-abusos-generalizados-bajo-el-regimen-de-excepcion>

Human Rights Watch. (2022, diciembre 7). "We can arrest anyone we want": Widespread human rights violations under El Salvador's state of emergency. <https://www.hrw.org/report/2022/12/07/we-can-arrest-anyone-we-want/widespread-human-rights-violations-under-el>

Infobae. (2023, marzo 20). Estados Unidos denunció las condiciones de las cárceles de El Salvador por el estado de excepción impulsado por Nayib Bukele. Infobae. <https://www.infobae.com/america/america-latina/2023/03/20/estados-unidos-denuncio-las-condiciones-de-las-carceles-de-el-salvador-por-el-estado-de-excepcion-impulsado-por-nayib-bukele/>

Infobae. (25 de febrero de 2023). Cómo es por dentro la nueva megacárcel de El Salvador, la prisión más grande de América. Infobae. <https://www.infobae.com/america/america-latina/2023/02/25/como-es-por-dentro-la-nueva-megacarcel-de-el-salvador-la-prision-mas-grande-de-america/>


Jakobs, G. (2007). Derecho Penal del Enemigo. Editorial Hammurabi.

Laura Regina Andrade. (2019). Yo cambio: Avances y retrocesos. <https://uca.edu.sv/wp-content/uploads/2020/03/42-investigacion-uca-yo-cambio-avances-retrocesos.pdf>

Paola Nagovitch. (2023, July 12). Explainer: Nayib Bukele's Territorial Control Plan. Americas Society/Council of the Americas. <https://www.as-coa.org/articles/explainer-nayib-bukeles-territorial-control-plan>

- Paradela López, M., y Antón, J. I. (2024). Has the iron fist against criminal gangs really worked in El Salvador? OSF Preprints. <https://doi.org/10.31219/osf.io/hwjsv>
- Quintanilla, J. (2024, febrero). El Salvador de Bukele: Del autoritarismo cool al partido único. Nueva Sociedad. <https://nuso.org/articulo/el-salvador-de-bukele-del-autoritarismo-cool-al-partido-unico/>
- Rodríguez Morales, A. J. (2014). Derecho penal de autor y Derecho penal del acto. https://www.geocities.ws/cienciaspenales/Derecho_penal_de_autor.pdf
- Rodríguez, F. (2023). Curso de Derecho Penal Parte General Tomo I. Editorial Cevallos.
- Sean Tjaden. (2023, 16 de octubre). El hacinamiento carcelario en El Salvador es inconstitucional, falló la Corte Suprema. Insight Crime. <https://insightcrime.org/es/noticias/noticias-del-dia/hacinamiento-carcelario-el-salvador-es-inconstitucional-fallo-corte/>
- The Guardian. (2024, October 23). Salvador president Mauricio Funes sentenced to 14 years for negotiating with gangs. The Guardian Trinidad and Tobago. <https://www.guardian.co.tt/news/exel-salvador-president-mauricio-funes-sentenced-to-14-years-for-negotiating-with-gangs6.2.1718120.62bcd072d2>
- Universitat Oberta de Catalunya. (2023, 30 de marzo). Mejorar la seguridad en la ciudad: conoce los 10 factores clave. <https://www.uoc.edu/es/news/2023/081-factores-seguridad-ciudad>
- Van der Borgh, C. (2019). Government responses to gang power: From truce to war on gangs in El Salvador. *European Review of Latin American and Caribbean Studies*, 107, 1-24. <https://doi.org/10.32992/erlacs.10433>
- Voz de América. (2024, agosto 29). Bukele plantea retirar régimen de excepción que tiene suspendidos derechos en El Salvador desde 2022. <https://www.vozdeamerica.com/a/bukele-plantea-retirar-regimen-excepcion-suspendidos-derechos-el-salvador-desde-2022/7764581.html>
- Yolanda Magaña. (2022, marzo 30). Las 8 reformas contra las pandillas aprobadas por la Asamblea Legislativa. *Diario El Mundo*. <https://diario.elmundo.sv/politica/las-8-reformas-contra-las-pandillas-aprobadas-por-la-asamblea-legislativa>
- Zaffaroni, E. R. (2013). *La cuestión criminal: Crítica de la teoría del delito en el siglo XXI*. Siglo XXI Editores.

ENTRE LA IDENTIDAD Y LA LEY: EL RETROCESO EN DERECHOS HUMANOS POR EL DECRETO SUPREMO N° 009-2024-SA SOBRE TRANSEXUALIDAD EN PERÚ

 Carlos Domínguez-Guzmán

Pontificia Universidad Católica del Ecuador

RESUMEN

Esta investigación analiza el impacto del decreto 009-2024-S.A en la comunidad LGBTIQ+, específicamente en las personas homosexuales y transexuales, al ser clasificadas como enfermas mentales. El estudio recorre la historia de las leyes que han afectado a la comunidad trans y LGBTIQ+ en varios países, identificando tanto los avances como los retrocesos en derechos humanos. A través de entrevistas con expertos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y un análisis detallado del contexto legal, se examina cómo las normativas nacionales a menudo se contraponen a las normativas internacionales, como la Opinión Consultiva 24-17 de la Corte Interamericana, que promueve la despatologización de las identidades trans. Además, se enfatiza la importancia de la empatía y del rol de la sociedad en el respeto de los derechos humanos, independientemente de si alguien pertenece o no a la comunidad afectada. Este trabajo busca generar conciencia sobre cómo la identidad personal y las leyes a menudo están en conflicto, y cómo es necesario un cambio para garantizar que las personas puedan vivir con dignidad y respeto, sin ser patologizadas o discriminadas por su identidad.

ABSTRACT

This research examines the impact of decree 009-2024-S.A , which classifies transgender individuals as mentally ill, on the LGBTIQ+ community. The study traces the historical context of laws affecting the trans and LGBTIQ+ community in various countries, identifying both progress and setbacks in human rights. Through interviews with experts in the Inter-American Human Rights System and a detailed legal analysis, the research highlights how national laws often conflict with international standards, such as the Inter-American Court's Advisory Opinion 24-17, which advocates for the depathologization of trans identities. Additionally, the study emphasizes the importance of empathy and the role of society in upholding human rights, regardless of whether one is part of the affected community. This work aims to raise awareness of the ongoing conflict between personal identity and the law, and the need for change to ensure that individuals can live with dignity and respect, free from pathologization and discrimination.

PALABRAS CLAVE: Despatologización, Comunidad LGBTIQ+, Derechos humanos, Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Identidades trans, Normativas nacionales e internacionales

KEYWORDS: De-pathologization, LGBTQI+ community, Human rights, Inter-American Human Rights System, Trans identities, National and international regulations.

JEL CODE: K33, K32

RECIBIDO: 18/10/2024

ACEPTADO: 10/11/2024

DOI: 10.26807/rfj.v2i16.511

INTRODUCCIÓN

Las personas transexuales a lo largo de la historia han tenido que enfrentar discriminación, estigmatización y violencia, tanto a nivel social como institucional. Estas situaciones han contribuido a la perpetuación de prejuicios, lo que, a su vez, ha agravado su vulnerabilidad y exclusión en la sociedad.

El 10 de mayo de 2024, en Perú, se proclamó el Decreto Supremo N° 009-2024-SA, que clasifica a las personas transexuales como enfermas mentales, con el supuesto propósito de proporcionarles ayuda psicológica gratuita (Decreto Supremo N° 009-2024-SA, 2024). Para comprender mejor el impacto que este decreto puede tener, es fundamental contextualizar la situación jurídica de las personas transexuales en Perú y en el mundo.

A través del análisis de documentos y testimonios, se destacará cómo este decreto afecta directamente la vida de las personas transexuales, socavando su dignidad y derechos humanos. A lo largo de este documento, se profundizará en los conceptos de *trans*, *transgénero* y *transexualidad*, para tener una mejor comprensión sobre el tema. Además, se analizará el Decreto Supremo N° 009-2024-SA desde la perspectiva de la normativa internacional, y cómo la clasificación proporcionada por este decreto contraviene los principios establecidos por la Organización Mundial de la Salud (OMS, 2018) y otros instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

En esta investigación se realizará un recorrido por la historia de algunos países para conocer cómo se han ido desarrollando los derechos de la comunidad LGTBIQ+ y, más específicamente, de las personas trans, con el objetivo de recordar su trayectoria a lo largo de los años, para que así su lucha nunca se olvide.

Es pertinente ahondar más en el tema. Para ello, es imprescindible mencionar la historia que ha tenido que atravesar este colectivo a lo largo de los años. Se han seleccionado algunos acontecimientos que han marcado su historia a nivel mundial.

Empezando por el siglo XIX, en donde surgieron subculturas homosexuales en París, Londres, Ámsterdam y Nueva York, que comenzaron a desafiar las ideas arraigadas sobre la homosexualidad y a pedir la despenalización de la actividad sexual entre personas del mismo sexo (Smith, 2015). A pesar de la creciente represión, como la implantación de

severas regulaciones por parte de Gran Bretaña en sus colonias, estos movimientos aumentaron la visibilidad de la comunidad homosexual (Jones, 2017). El estallido de la Primera Guerra Mundial y la posterior represión fascista paralizaron los esfuerzos incipientes de organización transnacional. La situación mejoró tras la Segunda Guerra Mundial, con la creación de lazos transnacionales y la articulación de una visión para la igualdad LGBTI+ (Thompson & Richards, 2020).

En el año de 1949, el doctor David Oliver Cauldwell retoma el término "transexual" como una manifestación de psicosis, un diagnóstico que no se legitima hasta finales de los años 60 gracias a Harry Benjamín. Casos tempranos como los de Dorchen Richter y Lili Elbe evidencian los inicios experimentales y riesgosos de estos tratamientos.

En 1952 Christine Jorgensen es la primera persona en realizar una transición exitosa, volviendo a EE. UU. en 1952 tras su tratamiento en Dinamarca, convirtiéndose en un ícono y activista para los derechos de las personas transexuales, marcando así un antes y un después significativo.

También es relevante mencionar lo sucedido el 5 de agosto de 1970 después de la promulgación de la "Ley sobre la Peligrosidad y Rehabilitación Social" durante la dictadura de Francisco Franco en España; esta ley clasificaba a los mayores de dieciséis años que ejercieran actos de homosexualidad, incluyendo a las personas transexuales, como sujetos peligrosos para la sociedad. Esta legislación también abarcaba a otros grupos considerados problemáticos, como vagos, toxicómanos, pandilleros, distribuidores de pornografía, rufianes, proxenetas y mendigos. Además, la Ley del Escándalo Público, contenida en el artículo 431 del Código Penal, podía aplicarse a aquellos que ofendieran el pudor o las buenas costumbres con hechos considerados escandalosos o de gran trascendencia, lo que permitía la detención arbitraria de homosexuales y transexuales. Estas leyes facilitaban la encarcelación de personas bajo el pretexto de prevenir el crecimiento de la homosexualidad y rehabilitarlas en centros específicos.

Para la aplicación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, se designaron dos cárceles principales según las supuestas preferencias sexuales de los detenidos: Huelva para los considerados pasivos y Badajoz para los activos. Esta división tenía como

objetivo evitar relaciones sexuales entre los presos, aunque el enfoque reflejaba una comprensión limitada de la realidad y complejidad de las relaciones entre hombres. A menudo, los prisioneros manipulaban el sistema, declarando una orientación u otra para estar más cerca de sus hogares o incluso confesando ser homosexuales para recibir un trato percibido como más favorable.

Las penas bajo esta ley incluían desde la privación de libertad hasta tres años, el destierro, multas, prohibiciones de visitar establecimientos públicos, y el alejamiento de otros hombres para evitar la reincidencia. Considerando la homosexualidad como una enfermedad, se implementaron diversos "tratamientos" para intentar "curarla", que iban desde el psicoanálisis y la medicación con ansiolíticos, hasta conversaciones persuasivas. Aunque se mencionan las descargas eléctricas, este método no fue común en las cárceles españolas, donde en lugar de ello, se empleaban charlas impartidas por el capellán y el maestro, junto con trabajos manuales como terapia ocupacional. En Huelva, los reclusos fabricaban suelos de parquet, cajas de pescado y sogas para barcos, mientras que en Badajoz se cosían balones. Sin embargo, a diferencia de otros presos, los homosexuales no tenían derecho a la redención de pena por el trabajo realizado.

Existe una frase que se suele escuchar entre algunos gays y transexuales que vivieron su adolescencia y juventud durante el final de la dictadura: "Mientras no dieras escándalo, nadie se metía contigo ni te molestaba". Esta expresión resume como bien se menciona en el texto, el objetivo de la Ley de Peligrosidad, que era limpiar las calles de cualquier cosa que el régimen considerara inmoral. En la práctica, estas leyes se aplicaban mayoritariamente sobre jóvenes homosexuales y transexuales, generalmente entre veinte y treinta años, en un esfuerzo por mantener la moral pública conforme a los estándares del régimen franquista (López-Alfonso, 2021).

La promulgación de esta ley resulta muy interesante en el contexto de la investigación, debido a que como se evidenció, la promulgación de estas leyes que buscan "resguardar el pudor o las buenas costumbres" de una sociedad, no hacen más que afectar el derecho al libre desarrollo de la personalidad de las personas en general, condicionando su día a día, limitando sus vidas y llenando de perjuicios las mentes de las personas que viven en estas sociedades, generando de esta forma que, se realice lo que el estado quiere reflejar

y no lo que las personas realmente desean.

Y resulta aún más indignante que a pesar de que esta ley haya sido publicada en la década de los setenta del siglo pasado, hoy por hoy volvamos a tener este tipo de discusiones en pleno siglo veintiuno, después de la emisión del Decreto Supremo N° 009-2024-SA en Perú, decreto el cual está generando mucha controversia, ya que, ha clasificado a las personas transexuales como “enfermas mentales”, con la excusa de poderles brindar salud gratuita. Más adelante se desarrolla con mayor detalle dicha situación, por el momento se busca evidenciar, la semejanza entre el Decreto y la ley anteriormente mencionada, puesto que, ambas situaciones han condicionado el diario vivir de las personas transexuales de distinta forma.

Para continuar con el tema de la lucha de las personas transexuales, es importante mencionar, la situación de los derechos de las personas transexuales y LGTBIQ+, en algunos países de Latinoamérica, para ello se inicia con Ecuador.

A lo largo de la historia de Ecuador, es fundamental examinar la trayectoria de la integración de la comunidad LGTBI+ en los ámbitos sociales, culturales y políticos. Este proceso de integración comenzó a finales de los años 70 y principios de los 80, en una época en la que la homosexualidad estaba penalizada y su práctica podía llevar al encarcelamiento.

El artículo 516 del Código Penal Ecuatoriano establecía: *“En los casos de homosexualismo, que no constituyan violación, los dos correos serán reprimidos con reclusión mayor de cuatro a ocho años”*.

Como mencionó Fernando Ordoñez en su obra titulada “Memorias posibles para el movimiento trans* en Ecuador”. Se castigaban las relaciones entre varones, pero no se tipificaba sanción directa al homosexual, ni se hablaba de transexualidad o lesbianismo. En la práctica, la policía detenía arbitrariamente a personas transexuales y homosexuales. Ante esta situación, surgieron grupos de activismo que reconocieron la necesidad de luchar por sus derechos, organizando protestas en respuesta a los numerosos casos de violencia y discriminación. Durante esos años, las personas trans y travestis eran frecuentemente asociadas con conductas fetichistas de homosexuales, y los medios de comunicación, a menudo de carácter sensacionalista, las representaban en primera plana

como "mecos" o personas con trastornos mentales.

Tanto en Ecuador como en otros países de América Latina, la comunidad trans logró generar alianzas en las calles y dentro de las cárceles, organizándose para resistir la violencia. En ciudades como Quito, Guayaquil y Cuenca, enmarcaron su lucha en términos de derechos humanos, estableciendo así las bases para un movimiento que buscaba no solo la supervivencia, sino también la reivindicación y el reconocimiento de sus derechos fundamentales (Ordoñez & Méndez, 2018).

De esta manera, se logra en 1997 la despenalización de la homosexualidad, lo que marcó un antes y después, para la comunidad LGTBIQ+ en el Ecuador; esto no significa que todo haya cambiado para bien, ya que, la discriminación y los prejuicios siguen presentes aun en la actualidad, sin embargo, esta despenalización fue el primer paso de una lucha que persiste en el tiempo.

Después de este hito, se procedió a sumar en la Constitución de 1998 el principio de igualdad y no discriminación, el artículo 23 numeral 3, planteaba que:

“Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación debido a nacimiento, edad, sexo, etnia, origen social, idioma, religión, filiación política, posición económica, orientación sexual; estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole”. (Constitución de La República del Ecuador, 1998)

El principio de no discriminación en la Constitución de la República del Ecuador de 1998 estableció una garantía fundamental de igualdad y no discriminación para todas las personas en el país. Este principio ayudó a reconocer que todas las personas sean consideradas iguales y, por lo tanto, que gocen de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin importar las diferencias individuales.

Este reconocimiento en la Constitución de 1998 refleja que la lucha para que las personas homosexuales dejen de ser consideradas delincuentes no fue en vano y ha tenido un impacto significativo en la sociedad ecuatoriana. La inclusión explícita de la orientación sexual como uno de los criterios protegidos contra la discriminación es un testimonio del progreso alcanzado por los movimientos de derechos humanos y la comunidad LGBTQ+ en Ecuador.

Adicionalmente, es relevante mencionar, cómo funciona “la sustitución del campo de sexo por género” según señala el Registro Civil ecuatoriano publicada en el Registro

oficial en el año de 2016, permitió el cambio de sexo por género en el país; según se estipula en el artículo 94 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles:

Voluntariamente, al cumplir la mayoría de edad y por una sola vez, la persona por su libre desarrollo de la personalidad e identidad podrá solicitar la rectificación de la mención de sexo o género en el instrumento que corresponda y no precisa de más requisitos que la declaración expresa de la persona interesada indicando el nombre propio, sexo o género con que el que (sic) se siente identificada, a fin de acreditar la sola voluntad de la persona interesada, así como los datos necesarios, y el número único de identificación.

El ejercicio de este derecho en ningún caso podrá estar condicionado a la presentación de un informe médico o psicológico, ni a la previa modificación de la apariencia física o función corporal de la persona a través de procedimientos médicos, quirúrgicos, o de otra índole, sin perjuicio del derecho de la persona interesada a hacer uso de tales medios.

Esto representó otro avance representativo para los derechos de la comunidad LGTBIQ+ y más específicamente a las personas transgénero; es fundamental hacer hincapié en el segundo párrafo citado anteriormente, el cual señala que :

“En ningún caso podrá estar condicionado a la presentación de un informe médico o psicológico, ni a la previa modificación de la apariencia física o función corporal de la persona a través de procedimientos médicos, quirúrgicos, o de otra índole, sin perjuicio del derecho de la persona interesada a hacer uso de tales medios.” (Asamblea Nacional, 2016)

Esto puede llegar a ser un aspecto positivo debido a que, evita los procesos engorrosos y muchas veces invasivos que pueden involucrar la obtención de informes médicos o psicológicos. Estos procesos no solo son costosos y requieren tiempo, sino que también pueden ser emocionalmente desgastantes para las personas que están tratando que se reconozca su identidad.

Además, al eliminar la exigencia de modificar el cuerpo mediante procedimientos médicos o quirúrgicos, se protege a las personas de posibles discriminaciones basadas en su apariencia física o en la conformidad con normas de género. Esto es particularmente significativo en la comunidad trans, donde las expectativas de cómo debe lucir un género específico pueden ser restrictivas y excluyentes.

Por otro lado, en el portal web del Registro Civil ecuatoriano, se establecen los

requisitos para realizar la sustitución del campo de sexo por género, para ello se requiere:

Primero, el solicitante debe ser mayor de edad, presentar su documento de identidad, acudir con dos testigos que también presenten sus cédulas y entregar el comprobante de pago. Es crucial señalar que tanto el cambio de sexo por género como la modificación del nombre solo se pueden realizar una vez y son definitivos, es decir, no se puede revocar ni anular la decisión tomada.

Una vez realizado el cambio de sexo por género y de nombre, el individuo debe actualizar toda su documentación oficial con la nueva información personal.

El costo por el registro de género y la renovación de la cédula es de 25 dólares. Sin embargo, las personas con discapacidad están exentas de este pago de acuerdo con la ley.

Las nuevas cédulas y documentos registrales emitidos o renovados incluirán automáticamente las siguientes designaciones:

“Sexo mujer

Sexo hombre

Género femenino: según la solicitud del usuario

Género masculino: según la solicitud del usuario”. (Registro Civil, Identificación y Cedulación, 2016)

En mi opinión, este proceso debe ser gratuito, porque cada persona tiene el derecho a ser reconocida legalmente conforme a su identidad de género. Este reconocimiento es crucial para la dignidad y la autonomía personal, y cobrar por un derecho esencial puede considerarse restrictivo y discriminatorio, especialmente para quienes pueden no tener los medios económicos para costear el proceso.

También se debe tomar en cuenta que, las comunidades trans y de género diverso a menudo enfrentan desafíos económicos mayores debido a la discriminación en el empleo y otras áreas de la vida. Al eliminar el costo del cambio de registro de género, se ayuda a mitigar estas desigualdades y se facilita un apoyo esencial para que estas personas vivan con plenitud y seguridad.

Para continuar con la situación actual de los derechos de la comunidad LGTBIQ+, es esencial reconocer los avances que se han logrado a través de la constante lucha y activismo que han mantenido a lo largo de los años, para ello es importante mencionar la sentencia 184-J8-SEP-CC dictada dentro del caso No. 1692-12-EP más conocido como el caso Satya. Para ello, se cita el artículo "El caso Satya: un análisis integral", Juan

Montaña Pinto, constitucionalista y docente en la Universidad Central del Ecuador (UCE), el cual, examina profundamente el caso de Satya Bicknell Rothern, que resalta las dificultades legales y sociales enfrentadas por las familias formadas por parejas del mismo sexo en Ecuador. Montaña Pinto detalla cómo el caso emergió tras el intento de las madres de Satya, Nicola Susan Rothern y Helen Louis Bicknell, de registrar a su hija con los apellidos de ambas en el Registro Civil de Quito. La negativa inicial del Registro Civil, basada en la inexistencia de un marco legal que reconociera la duplicidad materna, marcó el inicio de un largo proceso judicial.

El artículo narra cómo, tras varios rechazos en instancias inferiores, el caso llegó a la Corte Constitucional, donde fue sometido a un intenso escrutinio público y político, exacerbado por la presión de grupos conservadores. El Doctor Montaña Pinto destaca que, a pesar de los desafíos, el caso finalmente se resolvió en mayo de 2018, cuando la Corte Constitucional emitió un fallo favorable bajo un nuevo contexto político, demostrando la evolución del sistema legal ecuatoriano hacia una mayor inclusión (Pinto J. M., 2018).

El análisis de Montaña Pinto subraya la importancia del caso Satya como un precedente judicial significativo en la lucha por los derechos de la comunidad LGBTIQ+ en Ecuador.

Sobre este caso en específico es primordial, hacer mencionar a la Corte Constitucional, específicamente en la página 84, párrafo segundo se menciona que:

Las uniones familiares formadas por parejas del mismo sexo reciben reconocimiento constitucional a la luz de los derechos de igualdad, no discriminación y dignidad humana. Consecuentemente, todo vínculo familiar se construye en base a una protección integral de su núcleo sin mediar distinciones que pudieren llegar a ser abusivas o arbitrarias. (Corte Constitucional del Ecuador, 2018)

Este pronunciamiento es importante, porque subraya que las uniones familiares formadas por parejas del mismo sexo están protegidas constitucionalmente bajo los principios de igualdad, no discriminación y dignidad humana. Esta afirmación de la Corte refleja un reconocimiento jurídico importante que asegura que todas las familias, independientemente de su composición, merecen igual protección y respeto por parte del

Estado.

En base a lo descrito, se puede determinar que, el caso de Satya puso de manifiesto la necesidad de reformas legales y sociales para garantizar la igualdad y la no discriminación de las personas LGBTIQ+, y sentó un precedente importante para la protección de los derechos humanos en Ecuador.

De esta manera, se concluye la narración de hitos importantes que han marcado un antes y un después en cuanto a los derechos de las personas transgénero y LGTBIQ+ en el Ecuador. Esto no quiere decir que todo sea “color de rosa” en la actualidad, sin embargo, se ha recalcado, la lucha persistente que ha tenido dicha comunidad para obtener su debido reconocimiento de derechos en el ordenamiento jurídico lucha la cual no ha sido en vano.

El siguiente país en la lista es Argentina, para ello se realiza un repaso breve sobre la historia de los derechos de la comunidad LGTBIQ+ y transexuales, para ello se ha seleccionado, lo mencionado en el portal web Memorias Situadas CIPDH – UNESCO, el cual menciona que, desde los años 1960 hasta finales de los 1990, la comunidad travesti trans en Argentina enfrentó una violencia sostenida, que se intensificó durante la última dictadura cívico-militar eclesiástica.

Durante este período, se intentó imponer un modelo de familia patriarcal alineado con una supuesta moralidad "occidental y cristiana", cabe recalcar que hasta el sol de hoy se intenta imponer este tipo de ideología. Los lugares como el Pozo de Banfield funcionaron como centros de detención donde se aplicaban medidas correctivas contra las disidencias sexuales.

Además, es necesario hacer hincapié en que históricamente, las víctimas de terrorismo de Estado dentro de la comunidad trans fueron invisibilizadas. Aproximadamente 400 legajos de personas catalogadas como "depravados y sodomitas" fueron excluidos de las investigaciones de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, influenciadas por peticiones de la comunidad católica. Además, el reconocimiento de las víctimas trans se complicó aún más porque muchas no fueron buscadas por sus familiares, fueron registradas con identidades que no correspondían a su género auto percibido, o fueron catalogadas como NN, es decir, sin nombre.

En 2018, el gobierno de Santa Fe reconoció a 19 mujeres trans y travestis como víctimas políticas de la última dictadura y les otorgó acceso a reparaciones históricas a través de la ley provincial 13.298, una medida que se busca ampliar a más víctimas.

Hasta el año 2000, los edictos policiales que declaraban la ilegalidad de las personas trans y permitían su arresto y multa simplemente por su presencia en la vía pública seguían vigentes. Desde la década de 1990, diversos marcos normativos y políticas de derechos, impulsados por organizaciones sociales del colectivo LGTB+, comenzaron a cambiar la situación de la comunidad trans en Argentina.

El asesinato de Diana Sacayán en 2015, el primer crimen catalogado como de odio a la identidad de género en Argentina, catalizó la sanción en 2021 de la Ley de Cupo e Inclusión Laboral Travesti Trans "Diana Sacayán-Lohana Berkins", que estableció un mínimo del 1% de los cargos y vacantes del sector público nacional para personas travestis, transexuales y transgénero.

A pesar de los avances en legislación y derechos, la comunidad travesti-trans aún sufre actos discriminatorios y violencias físicas, verbales, económicas, sociales e institucionales, además de altas tasas de crímenes de odio. La violencia, marginación y pobreza continúan vulnerando estructuralmente sus derechos y no se les garantiza adecuadamente acceso a servicios básicos como atención médica, vivienda, educación e inserción laboral, lo que resulta en una expectativa de vida promedio de entre 35 y 40 años. Muchas personas trans se definen como "sobrevivientes" de la dictadura y de la violencia institucional y marginación estructural en los años de democracia (Archivo de la Memoria Trans, (n.d)).

Por estas razones, es que en el año de 2023 se promulga la Ley de Reparación Post Dictadura a Trans y Travestis, esta ley busca, por un lado, proporcionar compensaciones económicas a las víctimas y a sus familias, reconociendo que muchas de estas personas se enfrentaron dificultades económicas extremas como resultado directo de la discriminación y la exclusión. Estas compensaciones buscan aliviar las dificultades económicas presentes que son legado de las persecuciones pasadas.

Y, por otro lado, esta ley busca el reconocimiento formal por parte del estado de los sufrimientos y abusos que enfrentaron las personas trans y travestis. Se puede interpretar

que este reconocimiento no es solo simbólico sino también sirve como una admisión oficial de responsabilidad por parte del Gobierno marcando un compromiso hacia la no repetición de tales injusticias (Presentes, A, 2024).

Bajo este contexto, es importante mencionar que Santa Fe fue la primera provincia en aplicar la ley antes mencionada, en este contexto es importante mencionar que son más de 140 personas, que serían beneficiadas por esta ley. El beneficio específico que percibirán es equivalente a dos haberes mínimos. Este beneficio se aplicará a personas que sufrieron privación de libertad por parte de fuerzas de seguridad entre el 10 de diciembre de 1983 hasta el 10 de junio de 2010

Este logro en definitiva es representativo, debido a que se les está dando el reconocimiento a las personas trans y travestis específicamente, por tanto, daños de represión y de lucha, este también es un reconocimiento a su perseverancia con resistencia hacia una violencia que se ejercía desde la sociedad y el estado por una cuestión de identidad de género (Presentes, 2023).

Hasta este punto, esbozado brevemente varios momentos cruciales que han transformado significativamente la lucha por los derechos de las personas transgénero y de la comunidad LGTBIQ+ en Argentina. A pesar de estos avances la situación actual dista de ser ideal. Lo que claramente resalta es el reconocimiento legal de sus derechos, un esfuerzo que definitivamente ha rendido importantes logros.

Para seguir con la narración de la historia de los derechos de las personas trans y de la comunidad LGTBIQ+ en la región, nos centraremos ahora en Colombia como el siguiente país en este breve repaso. Para poder ello, se utiliza como referencia principal el ensayo titulado “Memorias de resistencia: el movimiento social trans en Colombia” redactado por Andrés Verástegui y Gerónimo Céspedes el cual relata que:

La historia del movimiento trans en Colombia tiene sus raíces en la eliminación de la homosexualidad como delito en el Código Penal colombiano en 1980. Este cambio legal hizo posible el reconocimiento de la categoría "travesti", una identidad que, en aquel entonces, interpelaba las normas morales de la sociedad. La figura del travesti, comúnmente asociada en el imaginario público a hombres homosexuales que vestían de mujeres y ejercían la prostitución, comenzó a ganar visibilidad gracias a la

despenalización del porte y uso de prendas femeninas. Este cambio legislativo permitió que personas con identidades trans, particularmente aquellas involucradas en el trabajo sexual, pudieran mostrar sus identidades de manera más abierta.

A partir de estos cambios legales, la ciudad de Bogotá experimentó transformaciones significativas. En cumplimiento del Plan de Ordenamiento Territorial, la Alcaldía reubicó a las trabajadoras sexuales trans desde la zona de La Candelaria hacia los barrios de Los Mártires y Santa Fe. Esta reubicación facilitó procesos de apropiación territorial, donde las personas trans establecieron lugares de trabajo y peluquerías, operadas por ellas mismas, que funcionaban tanto de día como de noche. Estos espacios no solo ofrecieron una mayor visibilidad, sino que también permitieron la creación de comunidades más sólidas y cohesionadas.

Un aspecto crucial en este proceso de consolidación del movimiento trans en Colombia fue la figura de las "madres". Estas "madres" acogían a personas trans jóvenes, a menudo rechazadas por sus familias, y las instruían en las prácticas y estéticas propias del travestismo y el transformismo. Estas familias de elección, formadas en torno a la exclusión y marginalización social, proporcionaron redes de apoyo fundamentales en un contexto de alta vulnerabilidad.

Durante la década de 1960, las personas transformistas encontraron en los certámenes de belleza una oportunidad para resistir y desafiar las barreras de género. Estos reinados, que comenzaron como eventos en lugares de homosocialización, se convirtieron en espacios donde las expresiones artísticas y de identidad trans se ritualizaban colectivamente. En las décadas siguientes, especialmente en los años 90, el transformismo se diversificó, con presentaciones nocturnas de imitadoras de cantantes internacionales y la inclusión de elementos del folclor colombiano, como el bambuco y la música llanera.

Sin embargo, junto con estos avances culturales y sociales, la violencia sistemática contra la comunidad trans se mantuvo como una constante. Antes de 2004, las muertes de personas trans eran reportadas en los medios amarillistas con términos denigrantes, sin reconocimiento alguno de sus identidades. Fue a partir de ese año que las organizaciones sociales comenzaron a documentar y denunciar estos crímenes de odio, situándolos en la agenda de derechos LGBT. Casos emblemáticos, como los asesinatos de Blancanieves en

1993, y Katherine Sánchez y Wanda Fox en 2009, se convirtieron en símbolos de la lucha contra la violencia y la impunidad que afecta a las personas trans en Colombia (Céspedes, 2021).

En definitiva, este ensayo ofrece un panorama integral del surgimiento y desarrollo del movimiento social trans en Colombia, mostrando cómo la lucha por la visibilidad, la resistencia cultural y la denuncia de la violencia han sido pilares fundamentales en la construcción de un movimiento que continúa en pie de lucha.

En el marco de lo descrito, es oportuno, resaltar un hecho que planteo un precedente jurídico muy relevante, para las personas transexuales específicamente en Colombia. La sentencia 063/15 dictada por la Corte Constitucional de Colombia, el 13 de febrero de 2015.

La sentencia en cuestión trata sobre el caso de Sara Valentina López Jiménez, una mujer transgénero que presentó una acción de tutela para proteger sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la libre desarrollo de la personalidad, a la identidad sexual.

Dentro de este caso López Jimena alegó que estos derechos estaban siendo vulnerados por la negativa de la notaría 12 del círculo de Medellín para autorizar el cambio de sexo en su registro de nacimiento y en sus documentos de identidad, tales como cédula de ciudadanía y el pasaporte colombiano.

Para ser más específicos el 28 de noviembre del 2013 el juzgado séptimo penal municipal de Medellín tuteló los derechos de López Jiménez, ordenando validar a la Entidad Promotora de Salud (EPS) de Colombia convalidar las órdenes médicas para realizar la cirugía de reafirmación de sexo, junto a otros procedimientos necesarios para su transición de género. Como resultado el 15 de febrero del 2014 López Jiménez se sometió a la cirugía de reafirmación de sexo.

Tras la cirugía, el 2 de abril de 2014, López Jiménez acudió a la notaría 12 de Medellín para solicitar el cambio de nombre y sexo en sus documentos de identidad. En principio la notaría permitió el cambio de nombre, pero rechazó la modificación del sexo, argumentando que la sentencia anterior no incluía una orden explícita por este cambio. Según la notaría, para realizar dicha modificación era necesario, acudir a un proceso de

jurisdicción voluntaria, HD dado que el cambio de sexo por razones fisiológicas requería una decisión judicial según las directrices de la registraduría general del estado civil.

López Jiménez explicó que la incongruencia entre su identidad de género y los datos de sus documentos oficiales la sometida a constantes discriminaciones en el ámbito laboral y social. señaló que enfrentaba dificultades al buscar empleo ya que las empresas rechazaban su solicitud al notar la discrepancia entre su apariencia femenina y el sexo masculino indicado estos documentos.

Por otro lado, señaló que, al intentar homologar su licencia de aviación, la escuela de aviación antioqueña le negó el trámite, exigiéndole que primero definiera su situación de género. Hoy también señaló que, sufrió de amenazas durante las jornadas de votación, ya que era designada a puestos masculinos, dónde los votantes no aceptaban su identidad.

Ante estas circunstancias López Jiménez solicitó que se ampararan sus derechos fundamentales y como medidas de satisfacción solicitó la corrección del sexo en su registro de nacimiento y en sus documentos de identidad, solicitó, además, el cambio en el número de su cédula de ciudadanía para que coincidiera con la nomenclatura femenina. Al final, La Corte Decidió:

“Revocar la decisión de la sala civil del Tribunal Superior de Medellín, que había declarado improcedente la acción de tutela presentada por la señora López Jiménez. En su lugar, El Tribunal Constitucional contentió el amparo de sus derechos fundamentales a la dignidad humana al libre desarrollo de la personalidad, la identidad sexual y de género.

Se ordenó también a la notaría que en un plazo de 48 horas realice mediante escritura pública el cambio de nombre y la corrección del sexo en el Registro Civil de nacimiento del accionante, para que coincida con su identidad de género, una vez realizada esta acción, la notaría debía enviar una copia a la registraduría nacional del Estado civil para que actualice el Registro Civil y entregue una copia corregida a la accionante.

Se estableció también que el cambio de sexo en el Registro Civil Deberá tomar las medidas necesarias para cumplir con esta disposición”. (Corte Constitucional de Colombia, 2015).

Esta sentencia representó un paso significativo para los derechos de las personas transexuales específicamente, sobre esta sentencia quisiera resaltar lo que se desarrolla el punto:

“En definitiva, la exigencia impuesta a las personas transgénero de acudir a la vía judicial para lograr la corrección del sexo inscrito en el registro civil supone la afectación de múltiples derechos fundamentales a los que antes se hizo alusión y representa un trato desigual respecto del que se dispensa a las personas cisgénero. Procede, por tanto, evaluar si aquellas consecuencias gravosas y el desigual

tratamiento al que se ha hecho mención satisfacen las exigencias de razonabilidad y proporcionalidad que se imponen a toda medida que suponga una intervención en derechos fundamentales. Ello requiere evaluar si la medida (i) persigue un fin constitucionalmente legítimo y es idónea para alcanzarlo; (ii) es necesaria, al no existir otras alternativas que permitan satisfacer dicha finalidad sin menoscabo de los derechos fundamentales que se ven comprometidos y, (iii) es proporcional en sentido estricto”. (Corte Constitucional de Colombia, 2015)

Este punto es fundamental porque examina cómo la exigencia de que las personas transgénero acudan a la vía judicial para corregir su sexo en el registro civil impacta en sus derechos fundamentales y las coloca en una situación de desigualdad frente a las personas cisgénero. La importancia de este análisis radica en evaluar si esa exigencia es legítima y justificada bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad, que son esenciales en el derecho constitucional.

Cuando se trata de intervenir en derechos fundamentales, cualquier medida estatal debe cumplir con estos tres requisitos:

El primer paso es determinar si la medida tiene un objetivo que esté alineado con los principios constitucionales, como puede ser la seguridad jurídica o la precisión de los registros oficiales. Además, la medida debe ser adecuada o idónea para alcanzar ese objetivo. Es decir, la imposición del procedimiento judicial debe ser efectivamente capaz de cumplir con el fin que se persigue.

Este criterio obliga a preguntarse si existe otra manera de alcanzar el mismo objetivo sin imponer una carga tan pesada sobre los derechos fundamentales de las personas afectadas. Si hay alternativas menos restrictivas que puedan lograr el mismo fin, la medida en cuestión sería innecesaria y, por lo tanto, inconstitucional.

Aquí se trata de sopesar los beneficios de la medida contra el grado de afectación a los derechos fundamentales. La medida solo sería proporcional si el daño causado (la carga que representa el procedimiento judicial) no es desmedido en comparación con el beneficio que se obtiene (el fin constitucional legítimo).

Este análisis es esencial porque, si la medida no supera estas pruebas, puede ser considerada desproporcionada o irracional y, por lo tanto, inconstitucional. En este caso, la exigencia de acudir a la vía judicial podría ser vista como una violación de los derechos fundamentales de las personas transgénero, especialmente el derecho a la igualdad y a la

identidad.

Bajo mi percepción, este punto, además, subraya la importancia de garantizar que el estado no imponga barreras innecesarias o desproporcionadas que impidan a las personas transgénero el pleno ejercicio de sus derechos.

Perú es el país con el que finaliza este recorrido histórico, sobre como los derechos de la comunidad LGTBIQ+ y de las transexuales han evolucionado de a poco en el mundo; es así que, a inicios de los años 1980, Perú vivía un periodo de transición hacia la democracia tras años de gobierno militar. Con la elección de Fernando Belaúnde Terry en 1980, se restauró la libertad de prensa, lo que permitió a los medios retomar su papel en la sociedad. Sin embargo, muchos de estos medios adoptaron un enfoque sensacionalista y prejuicioso, especialmente hacia la comunidad LGBT. En este contexto, se fundó el Movimiento Homosexual de Lima (MHOL) el 15 de octubre de 1982, convirtiéndose en la primera organización en el país en defender los derechos de los disidentes sexuales. El MHOL nació en respuesta a la represión policial y a las constantes redadas en bares y discotecas LGBT, donde se detenían a decenas de personas. Liderado por activistas como Roberto Miró Quesada y Óscar Ugarteche, el MHOL no solo buscaba la igualdad de derechos, sino también un cambio en la percepción social de la homosexualidad en Lima.

La prensa limeña, particularmente diarios como *La República*, jugó un papel crucial en la construcción de una imagen negativa de la homosexualidad. Un análisis de dos casos criminales reportados en 1985 evidencia cómo la orientación sexual de las víctimas era utilizada para justificar crímenes y reforzar estereotipos homofóbicos. El primer caso analizado es el asesinato de Néstor Lamas, en enero de 1985. La cobertura mediática vinculó su homosexualidad con su muerte, sugiriendo que su asociación con otros homosexuales lo había llevado a un trágico desenlace. La narrativa sensacionalista del diario, que incluyó detalles sobre supuestas actividades homosexuales de Lamas, buscaba culparlo por su propio asesinato y alimentar el miedo y la homofobia en la sociedad.

Otro caso, es el asesinato de Raymundo Ticona, un profesor escolar, en marzo de 1985. Al igual que en el caso de Lamas, *La República* se centró en la orientación sexual de Ticona, describiendo con morbo la presencia de travestis en la escena del crimen. En

lugar de analizar los hechos criminales, la noticia destacó la homosexualidad de Ticona, reforzando la percepción de la homosexualidad como un elemento vinculado a la corrupción moral. Ambas coberturas mediáticas muestran cómo la prensa limeña utilizaba la homosexualidad como un chivo expiatorio, vinculándola con el crimen y la inmoralidad para captar la atención del público.

Ante este panorama, el MHOL se propuso contrarrestar las narrativas negativas promovidas por la prensa. Aunque durante su primer año el colectivo no tuvo mucha visibilidad, a partir de 1984 comenzó a involucrarse activamente en la defensa de los derechos LGBT, buscando demostrar que la homosexualidad no estaba ligada al crimen o la inmoralidad. El MHOL aspiraba a desmitificar la homosexualidad y a presentar a los homosexuales como individuos capaces de éxito y respeto en la sociedad limeña (Nuñez, 2021).

Todo esta historia se desarrolla en el artículo denominado: “El nacimiento del Movimiento Homosexual de Lima: una reconstrucción histórica a través de la prensa (1982-1985)”, publicado en el año 2021 por Joaquín Marreros Núñez. El contenido del texto anteriormente citado es fundamental para entender el surgimiento de los primeros defensores de los derechos de las personas que forman parte de la comunidad LGBT, estos primeros pioneros resultan muy relevantes, para comenzar a ser visible el movimiento tal y como lo conocemos hoy en día.

Uno de los puntos clave de este artículo, menciona el daño que puede llegar a generar la prensa con su amarillismo, alimentando de esta manera, muchos actos homofóbicos que pueden llegar a causar un daño irreparable en la comunidad LGTB. Ver como su narrativa, puede llevar a distraernos de aquellos acontecimientos que son realmente relevantes dentro de una investigación por asesinato, y lo que resulta indignante es que, la prensa solo se enfoque en la orientación sexual de una persona, esto puede crear un estado de impunidad, puesto que, realmente no se está dando la debida importancia y análisis para poder resolver un caso.

Es importante contar la historia de Naamin Cárdenas Calderón, quien después de años de lucha, logró en 2008 que el RENIEC la reconociera como mujer, convirtiéndose en un símbolo de inspiración para otras mujeres trans en Perú que han iniciado procesos

judiciales similares. Desde pequeña, Naamin se identificaba como mujer, a pesar de que su apariencia no lo reflejaba.

Ya en su adultez, se convirtió en una bailarina profesional, reunió fondos y en 2003 viajó a Francia para someterse a una operación de reasignación de sexo. Posteriormente, ese mismo año, decidió enfrentar al Estado peruano en un proceso legal que duró hasta 2008, cuando el Decimosexto Juzgado Civil de Lima reconoció su identidad femenina en su partida de nacimiento.

Dos años después, en 2010, un juzgado especializado ordenó el cambio de nombre, permitiéndole finalmente tramitar su nuevo DNI en Reniec. Este logro fue trascendental para la comunidad LGTBI+ en Perú, ya que Naamin fue la primera mujer trans en obtener este reconocimiento, inspirando a muchas otras a seguir su ejemplo (Infobae, 2023).

En este sentido, es fundamental realizar una línea del tiempo que describa de mejor manera toda la trayectoria que ha tenido la comunidad exigiendo derechos. Empezando en 1978, personas trans acudieron al Congreso de la República para exigir protección contra la discriminación, marcando uno de los primeros actos de protesta y reivindicación de los derechos de la comunidad trans en Perú. En 1995 se llevó a cabo la primera manifestación de gays y lesbianas en el parque Kennedy en Miraflores, lo que representó un hito en la visibilidad y organización de la comunidad LGTBI+ en el país.

En 2002 se organizó la primera marcha del orgullo en la plaza Francia, consolidando un evento anual de gran importancia para la comunidad LGTBI+ en Perú.

En 2003 Giuseppe Campuzano fundó el Museo Travesti del Perú un espacio que documenta y celebra la historia y el arte travesti en el país contribuyendo a la visualización y preservación de la memoria cultural de la comunidad trans.

En 2006, Belissa Andía se presentó como la primera candidata trans al Congreso de la República, rompiendo importantes barreras en la participación política de las personas trans. En el año 2009, hubo dos hechos significativos en la lucha contra la discriminación. En primer lugar, el Tribunal Constitucional declaró ilegal la discriminación por orientación sexual dentro de las Fuerzas Armadas y policiales, sentando un precedente importante en la protección de los derechos de las personas LGTBI+ en instituciones públicas. Además, ese mismo año se publicó en Ayacucho la primera ordenanza

municipal que incluía la orientación sexual e identidad de género como categorías protegidas contra la discriminación.

En 2011 se llevó a cabo la protesta “besos contra la homofobia” frente a la Catedral de Lima, un acto simbólico que desafió el conservadurismo religioso y visibilizó la lucha por los derechos LGBTI+ en un espacio tradicionalmente adverso. En 2013 surgió la campaña por la Unión Civil, ya impulsada por organizaciones LGTBI y activistas independientes, que buscaba la legalización de la Unión Civil para parejas del mismo sexo. Sin embargo, en 2015 el proyecto de ley fue archivado por la Comisión de Justicia en el Congreso, frustrando las esperanzas de muchas personas en la comunidad. A pesar de este revés, en 2014 Luisa Revilla fue elegida la primera regidora trans en el distrito de la Esperanza, Trujillo, lo que representó un avance importante en la representación política de las personas trans en el país.

En 2016 se promulgó el Decreto Legislativo 1323 que reconocía la orientación sexual e identidad de género como agravantes en casos de agresiones y como motivos de discriminación, aunque posteriormente fue derogado por el Congreso.

En 2017 se lograron dos avances significativos: la aprobación de la reforma trans en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), que permitió a las personas trans ser tratadas por su nombre social, y la presentación del proyecto de ley de matrimonio civil igualitario en el Congreso, buscando asegurar la igualdad de derechos para las parejas del mismo sexo.

Según explica Aranza Quiñonez ese mismo año, se dio un paso adicional en la visibilidad y comprensión de las realidades de la población LGBTI en Perú con la realización de la Primera Encuesta Virtual para Personas LGBTI en el país. Esta encuesta, promovida por el despacho del congresista Alberto De Belaúnde y aplicada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), se llevó a cabo entre el 17 de mayo y el 17 de agosto de 2017, y fue respondida por 8,630 personas de Lima y diversas regiones del país.

El muestreo de la encuesta fue no probabilístico, lo que significa que los resultados no son necesariamente representativos de toda la población LGBTI en Perú. No obstante, proporcionó valiosa información sobre la situación laboral y social de la comunidad. Por

ejemplo, el 61.8% de las personas encuestadas entre 18 y 29 años reportó estar trabajando, con la mayoría empleada formalmente, aunque un importante 17.5% se identificó como trabajador independiente. Además, la encuesta reveló que un 11.5% de las personas LGBTI que trabajan han sufrido algún tipo de discriminación o violencia en el entorno laboral, con un 24.9% de ellas reportando haber sido agredidas física, verbal o sexualmente.

Los datos también muestran que el 56.5% de los encuestados siente temor de expresar su orientación sexual o identidad de género, principalmente por miedo a la discriminación, la pérdida del trabajo o el rechazo familiar y social. Además, el 63% reportó haber sido víctima de algún tipo de discriminación o violencia, siendo los espacios públicos, educativos, de transporte y comerciales los lugares más comunes para estas agresiones.

La encuesta también destacó que los agresores suelen ser compañeros de escuela y sus padres, líderes religiosos, funcionarios públicos y miembros de la familia, entre otros. En cuanto a la violencia sexual, un 18% de los participantes reportó haberla sufrido, y un 15% indicó haber experimentado acciones que no respetaban su identidad de género.

A pesar de ser un esfuerzo importante para visibilizar y entender las experiencias de la comunidad LGBTI en Perú, la encuesta enfrentó limitaciones debido a su formato virtual, que restringió la participación de aquellos sin acceso a internet, especialmente fuera de Lima. Como resultado, los datos obtenidos reflejan principalmente las experiencias de personas LGBTI en Lima y de sectores socioeconómicos más altos.

En comparación, un diagnóstico realizado por el colectivo No Tengo Miedo en 2016 visibilizó la situación de violencia y discriminación que enfrenta la comunidad LGBT en regiones fuera de Lima, mostrando que el 87.7% de las personas LGBT en el país ha sufrido algún tipo de violencia o discriminación a lo largo de su vida. Sin embargo, esta violencia rara vez es denunciada, lo que evidencia una tolerancia y resignación frente a la violencia estructural que afecta a la comunidad LGBTIQ en Perú, especialmente en el caso de las mujeres trans (Quiñones, 2022).

Continuando con la línea del tiempo en 2019, el Consejo de la Municipalidad de Lima aprobó una ordenanza que prohibía toda forma de discriminación, incluyendo la

orientación sexual y la identidad de género como categorías protegidas.

Ese mismo año, se fundó la Casa Trans de Lima, un espacio seguro creado por y para mujeres trans, y se aprobó la reforma trans en la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa, que también permitió a las personas trans ser tratadas por su nombre social.

En 2021, la Comisión de la Mujer y Familia del Congreso aprobó un dictamen que propone la Ley de Identidad de Género, un paso crucial hacia el reconocimiento legal y la protección de los derechos de las personas trans en Perú.

Aunque podría parecer que se ha desviado el objetivo principal de la investigación, hola qué es el análisis del decreto 009-2024-S.A, consideró que este recorrido histórico es esencial. Porque nos permite conocer la historia de lucha por los derechos de las personas transexuales y de la comunidad LGTBIQ en general, lo que nos brinda una perspectiva más profunda y nos recuerda que los derechos conquistados no deben darse por sentados. Sin una comprensión clara de este contexto histórico corremos el riesgo de repetir lo de errores del pasado.

La historia no solo ilumina el presente, sino que también nos alerta sobre las amenazas que pueden surgir cuando se ignoran los derechos y la dignidad de las personas, por lo que este análisis histórico por algunos países es no solo relevante sino también crucial para entender el impacto del decreto hoy 009-2024-S.A. ha tenido en el Perú.

La razón por la que Perú, es el encargado de cerrar esta línea del tiempo que se ha mencionado hasta ahora, a pesar de ser este país la razón principal de este texto. Es para poder visualizar y comparar, como es que la lucha que la comunidad se ha mantenido a lo largo del tiempo, lucha que ha dado frutos hoy en día; si bien es cierto, en la actualidad sigue existiendo mucha violencia hacia este grupo de personas y aun se debe seguir trabajando en este proceso, es indudable como de a poco se han ido obteniendo logros significativos, que han revolucionado su movimiento.

Por otro lado, es sobre todo interesante ver cómo se repiten ciertos patrones en muchos países, en esta línea del tiempo que se ha revisado, seguramente han podido notar que, parece existir un factor común en todas estas historias; es decir, siempre han existido leyes que, “intentan mantener el orden y las buenas costumbres de una sociedad”, sin embargo lo único que han logrado conseguir con la expedición de estas leyes es, una

violencia brutal hacia este grupo de personas, violencia que ha sido traducida durante la historia con: violencia física, violencia psicológica, violaciones a los derechos humanos en general; esto ha tenido como resultado, un sin número de masacres, desapariciones y numerosas torturas para las personas que forman parte de este colectivo por el simple hecho de ser quienes son.

Además, es menester señalar que, otro patrón que se repite en estas leyes es, radica en que siempre se ha patologizado a estas personas, provocando más afectaciones para sus derechos y a más de eso, puede ocurrir un incremento en cuanto la homofobia y transfobia en la sociedad.; conjuntamente esta patologización ha ocasionado que la vida de estas personas sea condicionada constantemente, ya que, siempre se las ha tratado como “personas enfermas deben de seguir a tratamientos específicos para conseguir curarse”, así como lo pudimos ver reflejado en la de la “Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social”, ley promulgada en los años 70 durante la dictadura de Franco.

Cuando en realidad no hay nada que curar; este mensaje no es más que una fachada, para justificar un pensamiento caduco e incongruente con la realidad, pensamiento o premisa que no hace más que alimentar un discurso de odio durante el transcurso de los años, en muchos lugares del mundo.

ANÁLISIS DEL DECRETO 009-2024-S.A

Después de todo lo anteriormente mencionado, resulta difícil creer que, en pleno siglo 21, se sigan promulgando decretos, leyes y normativa en general que, pueda perjudicar a personas que forman parte integral de la sociedad. Lamentablemente, este es el caso del Decreto Supremo 009-2024-S. A., que clasifica a las personas transexuales como enfermas mentales. Esta decisión ha generado un profundo malestar en la sociedad peruana y ha provocado una gran indignación en el resto de países de la región y del mundo.

Este decreto supremo establece en su artículo uno:

“Artículo 1.- Incorporación de diagnósticos CIE-10 en el Plan Esencial de Aseguramiento en Salud:

Incorporar en el literal b) diagnósticos cie-10 (pág. 903 de 922); del numeral 153. persona

con problema de salud mental; del literal b. condiciones asegurables de la persona con enfermedad; del numeral 3. descripción de las condiciones asegurables, listado de intervenciones y prestaciones: del anexo i- a: plan esencial de aseguramiento en salud (peas) - listado priorizado de condiciones asegurables intervenciones y prestaciones; del plan esencial de aseguramiento en salud (peas), aprobado por el decreto supremo n° 023-2021-sa; siete (07) diagnósticos cie-10 acorde a la codificación y descripción del capítulo v, trastornos mentales y del comportamiento, de la clasificación estadística internacional de enfermedades y problemas relacionados con la salud, de la organización mundial de la salud, décima revisión, edición de 2018, de acuerdo al siguiente detalle.

DESCRIPCIÓN DE LAS CONDICIONES ASEGURABLES, LISTADO DE INTERVENCIONES Y PRESTACIONES

B) CONDICIONES ASEGURABLES DE LA PERSONA CON ENFERMEDAD:

153. Persona con problema de salud mental

b) Diagnósticos CIE-10

F64.0 Transexualismo

F64.1 Transvestismo de rol dual

F64.2 Trastorno de la identidad de género en la niñez

F64.8 Otros trastornos de la identidad de género

F64.9 Trastorno de la identidad de género, no especificado

F65.1 Transvestismo fetichista

F66.1 Orientación sexual egodistónica”. (2024)

LA PROBLEMÁTICA DE ESTA CLASIFICACIÓN

Para poder desmenuzar esta problemática, primero quiero resaltar como este decreto, contraviene lo establecido en su ordenamiento jurídico y tratados internacionales que ha ratificado. Empezando por lo que dicta la Constitución Política del Perú en el artículo 7:

“Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa” (Constitución Política del Perú, 1993)

Con base a este artículo se puede mencionar que, todos los ciudadanos tienen derecho a la protección de su salud sin necesidad de cumplir con condiciones adicionales, cómo ser clasificados bajo una categoría específica de salud mental. La clasificación de transexualidad como una enfermedad mental sugiere que estas personas necesitan un diagnóstico para acceder a la atención médica, lo que es innecesario y contrario a los principios constitucionales.

El Estado por su parte, tiene la obligación de garantizar que todos los ciudadanos, incluidas las personas transexuales, Tengan acceso equitativo a los servicios de salud. En

este sentido, no había ningún tipo de necesidad para clasificar a estas personas cómo enfermas, para ofrecer un acceso de salud “prioritario”, cuando en realidad todos merecemos un trato equitativo.

Es importante recordar que, la estigmatización de las personas trans puede llevar a un deterioro en su salud mental, aumentando el riesgo de depresión, ansiedad y otros efectos psicológicos, debido al rechazo y discriminación social. Hay que hacer hincapié, en que este derecho es universal y no debe de ser condicionado por diagnóstico o clasificación estigmatizante. A su vez, se está vulnerado lo que se estipula en el artículo 9 de la Constitución Política del Perú.

“El estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos los de acceso equitativo a los servicios de salud” (Constitución Política del Perú, 1993)

Con base en lo que dicta este artículo, en el que claramente se enfatiza, la necesidad de una política de salud plural y descentralizada, lo que implica reconocer y respetar la diversidad de la población y sus necesidades. Esta clasificación generada en el Decreto Supremo 009-2024-S. A, refleja una visión limitada y centralizada que no respeta la pluralidad de identidades de género y necesidades de salud, lo que da un claro incumplimiento al enfoque plural que exige la Constitución.

Así también, se debe señalar que, el poder ejecutivo encargado de normar y supervisar la política de salud, al permitir o promover una clasificación discriminatoria, el Estado está fallando en su obligación de garantizar un acceso equitativo y sin prejuicios. Se puede argumentar entonces que, en lugar de fortalecer la salud pública, este decreto perpetúa la marginación y dificulta la implementación de una política verdaderamente plural y descentralizada.

Adicionalmente, se estaría generando un escenario negativo para las personas transexuales, en base lo correspondiente a la “Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia”. Dicha convención que fue firmada por el Estado del Perú el 25 de octubre del 2016.

En lo que respecta esta convención; bajo el contexto de este decreto, se estaría

generando un escenario de discriminación indirecta tal y como lo define el artículo 1.2: “Discriminación indirecta es la que se produce en la esfera pública o privada, cuando una disposición, un criterio o una práctica, aparentemente neutro es susceptible de implicar una desventaja particular para las personas que pertenecen a un grupo específico, o los pone en desventaja, a menos que dicha disposición, criterio o práctica tenga un objetivo o justificación razonable y legítimo a la luz del derecho internacional de los derechos humanos” (OEA, 2013)

A pesar de que el Decreto Supremo 009-2024-S. A, se presenta bajo la premisa de brindar acceso a servicios de salud para las personas transexuales, esta clasificación a primera vista podría parecer una medida neutral dirigida a facilitar la atención médica. Sin embargo, esta disposición coloca a las personas trans en una situación de desventaja ya que perpetúa la estigmatización y refuerza prejuicios que dificultan su integración social. Además, puede llevar a un trato discriminatorio en los entornos médicos y sociales ya que se les considera “enfermos mentales” en lugar de ciudadanos con los mismos derechos.

Aquí, además, no se estaría generando una debida justificación a este decreto, puesto que no cumple con los estándares de razonabilidad y legitimidad según el derecho internacional de los derechos humanos; ya que cabe recalcar que, el manual que han usado para realizar dicha clasificación, es decir el CIE 10, tal instrumento ya no se encuentra en vigencia, debido a que desde el 11 de febrero del año 2022 entro en vigencia el CIE 11 de la OMS.

Teniendo esto en cuenta, se puede argumentar que el Estado peruano tenía la responsabilidad de adaptar sus normativas de manera progresiva para alinearse con los estándares internacionales de hola derechos humanos, especialmente en lo que respecta a la salud mental y la dignidad de las personas trans. Dicha adaptación puede requerir tiempo y un enfoque gradual, sin embargo, en este caso no se llevó a cabo ninguna acción para actualizar la normativa, a pesar de la existencia de nuevas directrices establecidas por la OMS, a través del CIE11.

Después de la entrada en vigor del CIE11 el 11 de febrero de 2022, el Estado peruano ha tenido tiempo suficiente para realizar y ajustar sus políticas y normativas. El hecho de

que no se haya realizado esta revisión demuestra una falta de diligencia y compromiso en la protección de los derechos humanos de las personas trans. es incumplimiento no solo perpetúa el uso de un marco normativo obsoleto, sino que también pone de manifiesto una negligencia en la obligación del Estado de garantizar que sus prácticas y leyes estén en concordancia con los estándares internacionales vigentes (Salud, 2022).

En consecuencia, la falta de adaptación a las nuevas normativas internacionales no puede justificarse por el tiempo transcurrido, si no que evidencia una omisión en la responsabilidad del Estado de actualizar sus políticas públicas para proteger y promover los derechos humanos de todas las personas. Especialmente aquellas que pertenecen a un grupo vulnerable como las personas transexuales.

IMPACTO DEL DECRETO 009-2024-S.A, DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL.

Comprender como funciona el derecho internacional puede llegar a ser complejo, es por esta razón que realice una entrevista al Dr. Mario Melo, abogado ecuatoriano y defensor de víctimas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conversamos sobre el impacto del Decreto 009-2024-CEA emitido por el Perú, que patologiza a las personas homosexuales, y cómo este tipo de normativas contravienen los principios de derechos humanos establecidos en el sistema interamericano.

Dr. Mario Melo comenzó presentando su vasta experiencia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Desde 2002, ha defendido casos importantes ante la Corte Interamericana, entre ellos el caso Sarayaku vs. Ecuador y el caso Guachalá-Chimbo vs. Ecuador, obteniendo sentencias a favor de las víctimas. Además, Melo ha trabajado en la promoción de los derechos humanos a nivel regional, ejerciendo también como profesor universitario.

Al preguntarle sobre las convenciones internacionales, el Dr. Mario Melo explicó que una convención es un acuerdo internacional de carácter obligatorio para los Estados que la ratifican. "Es, en esencia, el equivalente a una ley internacional," explicó, señalando que aunque la mera firma de un tratado no crea una obligación completa, los Estados

firmantes se comprometen de buena fe a no actuar en contra de sus principios hasta que el tratado sea ratificado formalmente.

El Dr. Melo también abordó la importancia del artículo 1.2 de la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, que prohíbe la discriminación indirecta. Señaló que si un Estado genera un escenario discriminatorio sin justificación, está incumpliendo con el principio de igualdad y no discriminación. "Las restricciones a los derechos pueden ser válidas si pasan un test de proporcionalidad, lo que implica que el Estado debe justificar cualquier distinción que haga", afirmó.

En relación con el Decreto Supremo 009-2024-CEA, el cual clasifica a las personas transexuales como enfermos mentales, el Dr. Mario Melo fue contundente: "Esto sería un acto discriminatorio que no cumple con el test de proporcionalidad, ya que no existe justificación médica ni científica para sostener tal clasificación, especialmente considerando que el manual en el que se basa está obsoleto."

El Dr. Mario Melo también explicó, cómo el control de convencionalidad puede reformar leyes o decretos que contravengan los tratados internacionales. Utilizando como ejemplo el caso *Atala Riffo vs. Chile*, explicó que si una legislación interna contradice un tratado internacional ratificado, esta legislación debe considerarse inválida, pues los tratados tienen una jerarquía superior.

Al preguntarle sobre la naturaleza de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, Melo aclaró que, si bien no son vinculantes como una sentencia, las opiniones consultivas establecen importantes estándares internacionales que los Estados deben seguir.

Finalmente, le mencioné a Dr. Mario, sobre la Opinión Consultiva OC-18/03, la cual establece que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que generen situaciones de discriminación. En este sentido, Melo confirmó que el hecho de que Perú no haya actualizado su normativa médica podría ir en contra de lo que establece esta opinión consultiva. (Melo, 2024)

Antes de continuar, es necesario aclarar que, el 25 de junio de este año, durante el desarrollo de esta investigación, el Ministerio de Salud del Perú dispuso, el cese del término transexualismo en el capítulo de trastornos y del comportamiento de la CIE-10,

(Plataforma del Estado Peruano, 2024) así lo informó el propio Ministerio por medios digitales.

A pesar de que, este decreto ya no se encuentra en vigencia el daño causado a la comunidad trans es real y tangible, El impacto en la dignidad y bienestar de las personas trans ya se ha generado, es por ello que, es fundamental que quede un precedente claro de que este tipo de acciones no deben de volver a repetirse.

El Estado peruano también debe de asumir su responsabilidad no solo corrigiendo esta situación, sino también implementando mecanismos que aseguren que cualquier normativa futura esté en conformidad con los estándares internacionales de derechos humanos. Dejar pasar este incidente sin una reflexión y acción correctiva adecuada sentaría un peligroso precedente de indiferencia frente a los derechos de las personas trans.

Además, la derogación de este artículo no fue por dado por el Estado peruano, por buena voluntad, sino que más bien, por el gran revuelo causado en redes sociales, miles de personas se indignaron al conocer el contenido de dicho decreto y así fue como se comenzó a hacer presión social por medio de las redes sociales.

A esto se le sumó la valiente lucha de quienes se movilizaron en las calles para protestar contra este decreto, que generaba una patologización hacia las personas transexuales.

“En el Día Internacional contra la Homofobia, la Transfobia y la Bifobia, activistas por los derechos de las personas LGBTQ se manifestaron frente al Ministerio de Salud del país contra el decreto, que consideran discriminatorio y que perpetuador de la estigmatización de las identidades de las personas al clasificarlas como patologías.” (Michael Rios, 2024)

“Esta medida del MINSA lo que tiene detrás es toda una política de exterminio de las personas trans. Buscan clasificarnos como enfermas para no darnos ciudadanía en este país. No darnos cambio de nombre, no darnos derecho al trabajo, no darnos derecho a la identidad.” (Presentes, A, 2024) Explicó Leyla Huerta, presidenta de la organización de mujeres trans, Fémimas Perú, para el portal digital Presentes

“Cuando dicen que era beneficioso para nosotros, nosotras, nosotres, en realidad era

un beneficio mínimo en comparación a lo mucho que tenemos que perder en otros ámbitos o aspectos de la vida al denominarnos personas con trastornos mentales” (Glatky, 2024) Explico la activista trans y periodista Gianna Camacho el portal digital del New York Times en español

Más adelante en esta investigación tendremos un gran testimonio de lo generado en las calles del Perú, por la activista transexual y periodista Gianna Camacho, quien nos brindará su perspectiva, todo lo que se tuvo que vivir a causa de este decreto.

Pero antes de continuar, quisiera recalcar que esta lucha no fue en vano, ya que no solo detuvo la implementación de una norma que vulneraba sus derechos, sino que también envió un mensaje claro de resistencia y empoderamiento. Sirvió para demostrar que la organización colectiva y la exigencia de Justicia pueden generar cambios reales, y que la defensa de los derechos humanos, incluso frente a políticas discriminatorias, puede y debe prevalecer.

LA LUCHA EN CONTRA DEL DECRETO

Habiendo puesto en contexto, todo el impacto que generado por este decreto, resulta de suma relevancia entender, como es que se vivió todo este proceso desde adentro, es por ello que, para este trabajo presentaré una entrevista realizada por mi persona, el 8 de julio del 2024, tuve la oportunidad de poder hablar con Gianna Camacho periodista trans y defensora de los derechos humanos, la activista compartió su preocupación sobre el reciente Decreto 009-2024-SA en Perú, que patologiza a las personas trans. Gianna expresó su indignación y señaló el impacto que esta medida tiene sobre los derechos humanos y el bienestar emocional de las personas trans.

Gianna Camacho señaló: "Este decreto no solo refleja un retroceso en términos de derechos humanos, sino que también perpetúa estigmas que hemos luchado tanto por erradicar. Al recibir la noticia, mi primer instinto como periodista fue contactar a los medios y empezar a movilizar a la comunidad para denunciar esta injusticia. Sabíamos que teníamos que hacer oír nuestras voces, no solo para protegernos, sino para evitar que esto se normalizara."

La activista destacó la importancia de la movilización inmediata de la comunidad y el papel crucial de los medios de comunicación en amplificar el rechazo a la medida. Según Gianna, el impacto psicológico de este tipo de decretos es significativo, afectando negativamente la salud mental de las personas trans en el país. "El impacto en la salud mental fue profundo. Muchos sintieron que sus identidades estaban siendo invalidadas por el estado, lo cual puede generar sentimientos de desesperanza, ansiedad y depresión. Lamentablemente, este tipo de medidas refuerzan la idea de que ser trans es algo incorrecto, lo que afecta gravemente la autoestima y el bienestar emocional de las personas," explicó Gianna.

En cuanto al papel de las redes sociales, Gianna resaltó su importancia como una herramienta de resistencia y organización, especialmente en tiempos de crisis. "Las redes sociales fueron fundamentales. Nos permitieron organizar protestas, difundir información y, lo más importante, conectar con personas y organizaciones a nivel internacional que apoyaron nuestra causa. En momentos como este, las redes se convierten en una herramienta de resistencia poderosa, amplificando nuestras voces más allá de las fronteras nacionales."

La derogación del decreto fue vista por Gianna como una victoria importante, pero también como un recordatorio de que la lucha por los derechos de las personas trans continúa. "Fue un momento de gran alivio y satisfacción, pero también de reflexión. Esta victoria no fue un regalo del gobierno; fue el resultado de la presión constante que ejercimos como comunidad. Significó que nuestras voces tenían poder, que nuestra resistencia había dado frutos, pero también nos recordó que debemos mantenernos vigilantes, porque estos ataques pueden volver a suceder."

Para concluir, Gianna ofreció un mensaje inspirador a las nuevas generaciones de activistas: "Mi mensaje para las nuevas generaciones es que no se rindan, que sigan luchando con determinación y valentía. Nuestra lucha no ha sido fácil, pero cada pequeño paso que damos nos acerca a una sociedad más justa e inclusiva. Y recuerden, no están solos; la comunidad trans es fuerte y está aquí para apoyarlos en cada paso del camino." (Camacho, 2024)

Ahora que pudimos entender cómo es que se vivió esta situación en el Perú, quisiera

mostrar, como es que este decreto también llegó a afectar a otras personas parte de la comunidad en otros países de la región. Para ello expondré lo relatado en una entrevista llevada por mi persona, el 3 de junio del 2024.

En la entrevista que realicé a Diane Rodríguez, una de las activistas en derechos humanos más reconocidas del Ecuador ella es psicóloga y actual presidenta de la Cámara de Comercio y Turismo LGBTIQ+ de Ecuador, conversamos sobre los avances y desafíos que enfrenta la comunidad LGBTIQ+ en Ecuador. Diane compartió su trayectoria en el activismo, que comenzó a los 18 años, cuando colaboró en la creación de la primera propuesta de ley de la juventud en Ecuador, junto a otros grupos de activistas juveniles.

Diane comenzó explicando cómo la despenalización de la homosexualidad en Ecuador en 1997 fue un paso crucial, pero señaló que aún queda mucho por hacer. "En 1997, se despenalizó la homosexualidad en Ecuador. Desde entonces, hemos logrado importantes avances como la filiación homoparental y el reconocimiento de la identidad de género. Sin embargo, aún tenemos grandes retos por delante, como la inclusión laboral y una atención integral para las personas trans", explicó Diane. A pesar de estos avances formales, destacó que los derechos de las personas trans en Ecuador siguen enfrentándose a barreras significativas.

Uno de los mayores desafíos que mencionó fue la inclusión laboral de las personas trans en Ecuador. "La inclusión laboral es, sin duda, uno de los temas más fundamentales. Es crucial que las personas trans tengan acceso a trabajos dignos y que se les permita desarrollarse profesionalmente en un entorno que respete su identidad." Según Diane, sin oportunidades laborales justas, es difícil que las personas trans puedan acceder plenamente a otros derechos, como la educación o la salud.

Como presidenta de la Cámara de Comercio y turismo LGBTIQ+ de Ecuador, Diane ha trabajado incansablemente para promover la inclusión económica de la comunidad LGBTIQ+. En este sentido, la Cámara ha impulsado diversas iniciativas para apoyar a los negocios liderados por personas LGBTIQ+ y fomentar la igualdad de oportunidades en el ámbito empresarial. "Nuestro trabajo en la Cámara está destinado a crear espacios de articulación entre los comerciantes y empresas que son lideradas por personas LGBTIQ+, y facilitar su acceso a oportunidades de negocio, además de promover su inclusión en

grandes empresas multinacionales", explicó Diane.

En cuanto al reciente decreto en Perú que patologiza a las personas trans, Diane expresó su preocupación y solidaridad con la comunidad trans peruana. "Me parece un grave retroceso. Lo que ha hecho el gobierno peruano al patologizar a las personas trans es muy preocupante. No soy peruana, pero no necesito serlo para que esta situación me indigne profundamente. Este tipo de decisiones pueden servir como un mal ejemplo para otros países, y debemos estar atentos a los riesgos que esto puede representar para los derechos humanos en la región."

Además de su activismo en Ecuador, Diane enfatizó la importancia de la solidaridad regional. "Este problema no es solo de Perú, es un problema regional que podría afectar negativamente a muchos otros países si no se toma una postura firme en contra", señaló. También destacó el papel de las redes sociales en la lucha por los derechos de la comunidad LGBTIQ+. "Las redes sociales han sido fundamentales para visibilizar nuestras luchas y para conectar a la comunidad a nivel regional e internacional. Nos permiten denunciar injusticias, movilizar a la gente y generar presión en momentos críticos."

Finalmente, Diane ofreció un mensaje inspirador para las futuras generaciones de activistas: "Mi mensaje es claro: sigan luchando y no se detengan. Nuestros derechos no se nos han dado, los hemos tenido que ganar a pulso, y debemos estar siempre preparados para defender lo que hemos logrado." También subrayó la importancia de la conexión con otras luchas sociales, afirmando que solo a través de la solidaridad entre diferentes movimientos se puede generar un cambio real. "Conecten con otras luchas sociales, como las de los pueblos indígenas o las personas con discapacidad, porque solo juntos podemos crear un cambio real," concluyó Diane. (Rodríguez, 2024)

EL IMPACTO DE PATOLOGIZAR A LAS PERSONAS TRANS

Para poder entender el grave impacto psicológico, que puede conllevar la patologización de las personas transexuales; yo he realizado una entrevista a dos psicólogos, ellos son Pablo Bermúdez y Hansel Cangá, ellos nos brindaran desde su visión

profesional, una explicación más amplia sobre este tema.

La entrevista se basó en tres puntos de discusión, el primero la diferenciación entre DSM y el CIE, en segundo lugar, se tiene la problemática de la despatologización y por último se habló con respecto al terrible posible escenario de la creación de “las clínicas de deshomosexualización”.

Según lo mencionó Pablo Bermúdez, "la psicopatología se mide a partir de algunos manuales internacionales, de los cuales los más influyentes actualmente son el DSM-5 y el CIE-11". El DSM-5, creado por la Asociación Americana de Psiquiatría, marcó un cambio crucial al eliminar la disforia de género como un trastorno psicopatologizante, moviéndose hacia una comprensión que reconoce la diversidad de género. Bermúdez explicó que este manual "propone una visión que reconoce las diversidades de género, enfatizando la importancia del contexto en el que emergen y cómo las personas se perciben a sí mismas". Este enfoque representa un alejamiento de las antiguas concepciones que veían la identidad trans como una enfermedad mental.

Por otro lado, el CIE-11, desarrollado por la Organización Mundial de la Salud, también ha adoptado una postura hacia la despatologización. Este manual, que aborda todas las patologías que pueden afectar a una persona, no solo los trastornos mentales, busca activamente promover la integración social de las personas en lugar de confinarlas en instituciones. Bermúdez subrayó que "el CIE-11 busca desmanicomizar a las personas, permitiendo que quienes tienen trastornos mentales se integren en la sociedad, en lugar de ser aislados".

Hansel Cangá, por su parte, destacó cómo la patologización de las identidades trans coloca a las personas en un contexto de vulnerabilidad. "Cuando se patologiza cualquier situación, se quita importancia a la identidad de la persona, lo que puede generar problemas de autoestima y afectar a toda una comunidad". Cangá señaló que la patologización no solo afecta a nivel individual, sino que también tiene un impacto profundo en la comunidad trans en su conjunto, minando la confianza y perpetuando el estigma.

Un tema particularmente preocupante discutido durante la entrevista fue la creación de clínicas de "homosexualización". Estas instituciones, que podrían surgir como

resultado de políticas que ven la identidad trans como una enfermedad, estarían diseñadas para "curar" lo que perciben como desviaciones de la norma. Bermúdez advirtió que "lo que el estado ha hecho es habilitar la proliferación de estos espacios que buscan rehabilitar a las personas trans de una manera equivocada". Estas clínicas podrían emplear prácticas inhumanas, como las terapias aversivas, que incluyen métodos como golpes o estímulos eléctricos para "corregir" la identidad de género de una persona, asociándola con un dolor físico o psicológico.

Hansel Cangá complementó esta preocupación, comparando estas clínicas con una "cacería de brujas" donde las personas son literalmente capturadas y llevadas a estos centros contra su voluntad. Cangá señaló que "ya estando dentro de estas clínicas, las personas trans podrían ser sometidas a tratos inhumanos, incluyendo terapias aversivas que buscan forzar la conformidad con roles de género tradicionales".

Además, ambos psicólogos coincidieron en que estas prácticas no solo son un retroceso en términos de derechos humanos, sino que también reflejan una regresión social. "No solo sería una regresión en cuanto a los derechos de las personas trans, sino también una regresión como sociedad", afirmó Bermúdez, subrayando que este tipo de políticas y prácticas nos alejan de los valores de tolerancia y respeto por la diversidad.

CONCLUSIONES

Para concluir esta investigación, es importante destacar que se ha recorrido un amplio trayecto, en el que ha quedado evidenciado cómo la identidad, especialmente la de las personas trans y la comunidad LGTBIQ+, a menudo se enfrenta a un sistema legal que, hoy en lugar de protegerla, la oprime. A lo largo de la historia y en diferentes países, hemos visto cómo las leyes pueden ser tanto un instrumento de reconocimiento y avance como una herramienta de discriminación y retroceso.

Este constante enfrentamiento entre la identidad personal y las leyes de impuestas por los estados es una lucha continua que, refleja las tensiones entre el derecho a ser uno mismo y las barreras legales que limitan ese derecho. El Decreto supremo 009-2024-S. A emitido en Perú, hoy es un ejemplo claro de cómo las leyes pueden atacar directamente a

la identidad, patologizándola y estigmatizándola, en lugar de protegerla.

Las personas que forman parte de la comunidad LGTBIQ+ no deberían verse obligado a luchar contra normativas que nieguen su dignidad y derechos. Es el tipo de decretos no solo afecta el bienestar psicológico de las personas, sino que también vulneran los principios de igualdad y no discriminación que deberían guiar cualquier sistema jurídico.

Es de aquí, dónde el título de este proyecto cobra todo su sentido: la identidad, constantemente cuestionada por varias normativas legales en todo el mundo no cesa de luchar por ser reconocida y respetada. Este trabajo no solo busca exponer estas injusticias, sino que también hacer un llamado a la acción y a la empatía.

En este sentido es esencial hacer un llamado a la empatía. Si bien yo no soy una persona trans, ni formo parte de la comunidad LGTBIQ+, soy una persona con discapacidad y aunque nuestras luchas son diferentes, entiendo lo que es de enfrentar barreras sociales y legales. No es necesario pertenecer a una comunidad para hablar sobre estos temas; lo que sí es indispensable es estar bien informado y comprometido con la justicia y la igualdad. Lo que nos une es la empatía y la capacidad de reconocer que todos tenemos derecho a vivir con dignidad y respeto.

Este trabajo me tomó tiempo, no solo por la complejidad del tema, sino porque quise asegurarme de investigar a fondo y entender bien cada aspecto de esta problemática.

Solo a través del conocimiento y la información podemos contribuir de manera efectiva a la defensa de los derechos humanos. Es por ello que, invito a todos a que hagan lo mismo, a educarse, a reflexionar y hacer parte activa en la lucha por una sociedad más justa e inclusiva para todos.

BIBLIOGRAFÍA

Bhattacharyya, G. (2018). Rethinking racial capitalism. Questions of reproduction and survival. Londres: Rowman y Littlefield / Rowman y Littlefield International.

Bohrer, A. (2018). “Intersectionality and Marxism: A Critical Historiography”. *Historical Materialism*.

DOI: 10.1163/1569206x-00001617

Bourdieu, P. (1986). “La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique”. Actes de la recherche en sciences sociales. Vol. 64, septiembre 1986.

DOI: <https://doi.org/10.3406/arss.1986.2332>

Bourdieu, P. (2002 [1966]). Campo de poder, campo intelectual. Buenos Aires: Editorial Montessor.

Brah, A. (2013). “Pensando en y a través de la interseccionalidad”. En La interseccionalidad en debate, editado por Martha Zapata Galindo, Sabina García Peter y Jennifer Chan de Ávila, 14-20. Berlín: Proyecto Medidas para la Inclusión Social y Equidad en Instituciones de Educación Superior en América Latina. Versión digital. Acceso el 17 de junio de 2024.

https://www.upla.cl/inclusion/wp-content/uploads/2015/04/Interseccionalidadendebate_misealweb-1.pdf

Carangui Vásquez, J.M. y M. Torres Wilchez. (2023). “La vulneración del derecho a la defensa, frente al mal uso de las medidas de protección por parte de la víctima en violencia contra las mujeres”. Conciencia digital, Vol 6, Núm. 3. DOI: <https://doi.org/10.33262/concienciadigital.v6i3.2635>

Castillo Martínez, E.X. y S.V. Ruiz Castillo. (2021). “La eficacia de las medidas de protección en los casos de violencia intrafamiliar en Ecuador”. Revista de Derecho, vol. 6, núm. 2. DOI: <https://doi.org/10.47712/rd.2021.v6i2.147>

Crenshaw, K. (2012 [1991]). “Cartografiando los márgenes. Interseccionalidad, políticas identitarias, y violencia contra las mujeres de color”. En Intersecciones: cuerpos y sexualidades en la encrucijada, editado por Raquel (Lucas) Platero, 87-122. Barcelona: Bellaterra Edicions.

Della Porta, D. y M. Keating, editores. (2013 [2008]). Enfoques y metodologías de las ciencias sociales. Una perspectiva pluralista. Madrid: Akal.

- Delphy, C. (2015). *Pour une théorie générale de l'exploitation. Des différentes formes d'extorsion de travail aujourd'hui*. París: Éditions Syllepse.
- Dorlin, E. (2019). *Autodefensa. Una filosofía de la violencia*. Txalaparta.
- Fassin, É. (2021). "Sou um homem branco? Epistemologia política do paradoxo majoritário". *Sexualidad, Salud y Sociedad (Rio de Janeiro)*, núm. 37.
DOI: <https://doi.org/10.7440/res64.2018.03>
- Foucault, M. (1988). "El sujeto y el poder". *Revista Mexicana de Sociología*, Vol. 50, No. 3 (julio-septiembre): 3 - 20. <http://links.jstor.org/sici?sici=0188-2503%28198807%2F09%2950%3a3%3C3%3AESYEP%3E2.0.CO%3B2-AFoucault>
- Golubov, N. (2016). "Interseccionalidad". En *Conceptos clave en los estudios de género*, vol. 1, coordinado por Hortensia Moreno y Eva Alcántara, 197-213. México: UNAM-PUEG. Versión digital. Acceso el 15 de junio de 2024.
https://estudiosfeministas.xoc.uam.mx/wp-content/uploads/2022/03/perspectivas-feministas_compressed.pdf
- Guillaumin, C. (2002 [1972]). *L'idéologie raciste*. París: Gallimard.
- Haraway, D.J. (1995 [1991]). *Ciencias, cyborgs y mujeres. La reinención de la naturaleza*. Madrid: ediciones Cátedra, Universitat de Valencia, Instituto de la Mujer.
- Paillacho Yar, M.G. (2011). "La boleta de auxilio en el entorno familiar de las mujeres violentadas", tesis aprobada para la obtención del título de maestría en Ciencias Sociales con mención en género y desarrollo, por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, sede Ecuador. Versión digital. Acceso el 20 de junio de 2024.
<http://hdl.handle.net/10469/6399>
- Portilla Paguay, R.E.; Santander Moreno, J.J.; Montenegro Altamirano, V.L. y E.J. Menza Ortega. (2023). "Los efectos perjudiciales del uso inapropiado de las boletas de auxilio en la integridad personal y moral de los individuos sometidos a proceso:

una reflexión crítica”. Revista Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores, Año XI, Núm. 1, Art. 129. Versión digital. Acceso el 5 de julio de 2024.

<http://www.dilemascontemporaneoseduccionpoliticayvalores.com/>

Ramírez Rosado, A.I. (2016). “El impacto a la seguridad jurídica con respecto a la caducidad de las boletas de auxilio”. Proyecto de investigación previo a la obtención del título de abogada de los tribunales de la república, Uniandes, Babahoyo, Ecuador. Versión digital. Acceso el 2 de julio de 2024.

<https://dspace.uniandes.edu.ec/handle/123456789/7070>

Sánchez Méndez, A.C. y B. Tello Castillo. (2022). “El mal uso de la boleta de auxilio, por parte de las víctimas del delito de violencia física, emitidas por la unidad judicial contra la violencia a la mujer o miembro del núcleo familiar del cantón esmeraldas en el año 2020”. Trabajo de titulación de la maestría en derecho penal, con mención en derecho procesal penal, Universidad de Otavalo, Ecuador. Versión digital. Acceso el 1 de julio de 2024.

<http://repositorio.uotavalo.edu.ec/handle/52000/783>

Torres Machuca, Á.B. y G.I. Pasquel Andrade. (2023). Defensa integral de víctimas de violencia de género desde un enfoque multidisciplinario. Defensoría Pública del Ecuador. ISBN: 978-9942-44-228-4.

Vélez López, L.M. (2022). “La boleta de auxilio como garantía de los derechos de las mujeres víctimas de violencia”. Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar (en línea), Volumen 6, Número 2. DOI: https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v6i2.1997

Ley para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres. Registro Oficial del Ecuador, Suplemento 175, de 5 de febrero de 2018.

Ley contra la violencia a la mujer y la familia (Ley 103). Registro Oficial 839, de 11 de diciembre de 1995.

RFJ REVISTA FACULTAD
DE JURISPRUDENCIA

La Revista Facultad de Jurisprudencia (RFJ) es una publicación científica digital de carácter bianual de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Aborda temas desde una perspectiva analítica y crítica. Promueve el estudio del derecho como fenómeno social desde las distintas disciplinas científicas, así como el trabajo de equipos multidisciplinarios. Busca conectar el trabajo de investigadores e investigadoras a nivel regional e internacional. Incluye artículos originales (dossier y sección abierta), además de traducciones originales, reseñas de libros y entrevistas.

Se encuentra dirigida a docentes, investigadores e investigadoras de la comunidad académica internacional interesados y comprometidos con generar y compartir abierta y éticamente conocimiento científico de calidad con impacto global y regional.

RFJ