

REFLEXIONES JURÍDICAS SOBRE LA II BIENAL LATINOAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

2024

ISBN 978-628-7708-11-2

BIENAL
DIDH 2024

II BIENAL LATINOAMERICANA
DE ESTUDIOS SOBRE DERECHO
INTERNACIONAL DE LOS
DERECHOS HUMANOS



Facultad
de Derecho

REFLEXIONES JURÍDICAS SOBRE LA II BIENAL LATINOAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

2024

ISBN 978-628-7708-11-2

BIENAL
DIDH 2024

II BIENAL LATINOAMERICANA
DE ESTUDIOS SOBRE DERECHO
INTERNACIONAL DE LOS
DERECHOS HUMANOS

Bienal de Derechos Humanos

2024

ISBN 978-628-7708-11-2



EDITORES DEL LIBRO

LAURA BETANCUR-RESTREPO

Facultad de Derecho
Universidad de los Andes

RENÉ FERNANDO ÚRUEÑA-HERNÁNDEZ

Facultad de Derecho
Universidad de los Andes

UNIVERSIDAD DE LOS ANDES

Facultad de Derecho
Carrera 1 N.º 18A - 12, Bogotá D. C., Colombia
www.derecho.uniandes.edu.co

Universidad de los Andes | Vigilada Mineducación. Reconocimiento como universidad: Decreto 1297 del 30 de mayo de 1964. Reconocimiento de personería jurídica: Resolución 28 del 23 de febrero de 1949, Minjusticia. Acreditación institucional de alta calidad, 10 años: Resolución 582 del 9 de enero del 2015, Mineducación.

Este libro es editado bajo una licencia Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional. Se autoriza la reproducción del contenido de esta publicación siempre y cuando se reconozca y cite a los autores y a la publicación, y no se realicen modificaciones a los textos.

DISEÑO, EDICIÓN E IMPRESIÓN Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.S

Tabla de contenido

- 7 LAURA BETANCUR- RESTREPO Y RENÉ FERNANDO URUEÑA-HERNÁNDEZ
Introducción
- 17 LILIANA GALDÁMEZ-ZELADA
Criterios de la Corte IDH en Medio Ambiente y Agua: su discusión en el marco de los fallidos procesos constituyentes de Chile
- ~ PRIMERA PARTE
- Derecho Económico y Derechos Humanos**
- 37 DANIELA NARANJO-TABARES
Ley 1918 de 2018: una oportunidad para la consolidación de políticas empresariales de debida diligencia en derechos humanos en Colombia
- ~ SEGUNDA PARTE
- Preocupaciones sobre Migración en Latinoamérica**
- 49 JULIÁN GUTIÉRREZ-MARTÍNEZ, DIANA GUARNIZO-PERALTA
Y PAULA ANGARITA-TOVAR
Publicidad digital de alimentos y bebidas dirigida a niños, niñas y adolescentes: debates, ausencias, y desafíos desde los derechos humanos
- 73 YETZABEL PAUCAR-BARRIENTOS, DAYANNA MARGOT PETRONILA
CRUZ-QUISPE Y LUZ ANA ALEJANDRINA CABRERA-FERNÁNDEZ
Entre la salud y el hambre: los bonos de ayuda social y la discriminación a los migrantes venezolanos en Perú durante la pandemia covid-19
- 103 DANIELLE ANNONI
Feminization of Latin American Migrations
- 137 LINA CALLEJAS
Migración familiar en Chile
- 151 MARÍA LUCÍA HERNÁNDEZ-DUEÑAS
Y NICOLÁS MANTILLA-NAVARRO
Niñez y adolescencia migrante y refugiada no acompañada venezolana: necesidades de una política pública integral
- 173 CAROLINA MORENO V. Y GRACY PELACANI
El contexto migratorio colombiano: las inocultables fisuras de un marco fragmentario y de corto plazo

~ **TERCERA PARTE**

Protesta social

- 203 DANIEL TENORIO-PÉREZ
El derecho a la protesta en tiempos de pandemia
- 223 GONZALO ITURRA-MARCHAN
“Luchas sociales, represión de la protesta y defensa de los derechos humanos en la ciudad de Valparaíso, Chile”

~ **CUARTA PARTE**

Aproximaciones del Tercer Mundo al Derecho Internacional: TWAIL

- 241 FABIA FERNANDES-CARVALHO, PAOLA ANDREA ACOSTA-ALVARADO,
LAURA BETANCUR-RESTREPO, ENRIQUE PRIETO-RÍOS
Y DANIEL RIVAS-RAMÍREZ
Adaptando TWAIL en la enseñanza del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en América Latina

INTRODUCCIÓN

Investigación y práctica(s): Celebrando la Segunda Bienal Latinoamericana de Estudios en Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Laura Betancur-Restrepo y René Urueña-Hernández

Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes - Colombia

La investigación en el derecho de los derechos humanos en la América Latina se ha caracterizado por una íntima conexión entre la teoría y la práctica. Por un lado, el trabajo de las organizaciones de sociedad civil, instituciones y cortes nacionales de derechos humanos, así como del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que están constantemente informados por las actividades de la academia. Sea mediante sus aportes de investigación, eventos académicos, o por medio del trabajo de las numerosas clínicas de derechos humanos en las facultades de derecho de América Latina, entre otros.

Por otra parte, los más innovadores desarrollos académicos de la región se han enmarcado en una atención cercana a las actividades de organizaciones de sociedad civil, instituciones y cortes nacionales de derechos humanos, así como del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El trabajo de estas instituciones y organizaciones, y en particular, su énfasis en la protección de las víctimas ha proveído un horizonte ético al trabajo académico en la región y ha provisto, igualmente, un marco para entender la relevancia de la investigación académica de la región en referencia a problemas sociales concretos¹.

Este constante marco de colaboración entre la academia y la práctica de los derechos humanos en la región ha facilitado el surgimiento de una particular forma de investigación-acción en derechos humanos latinoamericanos. Este volumen presenta importantes contribuciones de una generación innovadora de investigadores, resultado

1. Véanse, los trabajos incluidos en los tres volúmenes de Paula Andrea Acosta Alvarado, Laura Betancur-Restrepo & Enrique Prieto-Ríos, *Derecho Internacional: Investigación, Estudio y Enseñanza. Historia(s) del Derecho Internacional*. (1 ed. 2020).

de una cercana colaboración de la sociedad civil, el *Programa Estado de Derecho* para Latinoamérica de la Fundación *Konrad Adenauer* y la *academia de la región*. Si bien la pandemia impidió el encuentro presencial previsto para la Segunda Bienal Latinoamericana de Estudios en Derecho Internacional de los Derechos Humanos previsto para celebrarse en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia), durante el año 2021 se celebraron tres eventos virtuales sobre migraciones, medioambiente y derecho internacional económico, respectivamente; los cuales permitieron una discusión avanzada de los temas presentes en este volumen. Gracias al apoyo de la *Fundación Konrad Adenauer*, de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, así como del *Centro de Derechos Humanos* de la Universidad Chile y de su profesora Liliana Galdámez, organizadores de la Primera Bienal, la Segunda Bienal Latinoamericana de Estudios en Derecho Internacional de los Derechos Humanos fue un evento constructivo, que reunió diferentes visiones del derecho de los derechos humanos en nuestra región.

Ahora bien, ¿qué ha permitido el desarrollo de esta forma de investigación en la región, de la cual son excelentes ejemplos los trabajos aquí incluidos? Esta introducción presenta algunas de las variables claves en el surgimiento de esta dinámica: en primer lugar, una estructura jurídica que ha facilitado esta constante conexión entre academia y práctica, la cual es explorada en la siguiente sección. En segundo lugar, una cierta práctica social estructurada alrededor de esa estructura jurídica, que ha permitido el surgimiento de una verdadera comunidad de práctica comprometida con la construcción del lenguaje de los derechos humanos en América Latina, y que es discutida en la segunda parte. Finalmente, la última sección de esta introducción considera algunos desafíos a nuestra aproximación, y prelude los contenidos del presente volumen.

1. Condiciones jurídicas

Empecemos con la dimensión jurídica². A partir de los años ochenta, la mayoría de los países en la región introdujeron en sus constituciones una amplia sección de derechos fundamentales, incluyendo derechos económicos y sociales³, así como cláusulas que intentaban mejorar la participación democrática, ya sea por participación directa o a través de una mejor representación⁴. Esa transformación significó un

2. René Uruña, *Domestic Application of International Law in Latin America*, in *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law* (Curtis A. Bradley ed., 2019).

3. Véase César A. Rodríguez Garavito, *Radical Deprivation on trial: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in The Global South* (2015).

4. Venezuela: Edward Jonathan Ceballos-Méndez, *Participación Ciudadana en el marco de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y los Consejos Comunales*, *PROVINCIA* 43-60 (2009). También: Luis Salamanca, *La Constitución Venezolana de 1999: de la representación a la hiperparticipación ciudadana*, *Rev. Derecho Público* 82: 85-105 (2000). Chile, Colombia y Guatemala: María

cambio profundo de dejar de ver el derecho como el producto de una élite dedicada a obstruir el cambio social (una visión sostenida por progresistas de la región entre 1960 y 1970⁵) a verlo como un instrumento crucial para la transformación social. En una región dominada en ese momento por el formalismo jurídico, las fuerzas detrás de estos cambios constitucionales buscaban proteger los derechos en la vida real y garantizar una verdadera participación en la toma de decisiones en los procesos democráticos emergentes⁶.

Complementando este proceso, las nuevas constituciones “abrieron” el derecho nacional al derecho internacional, en particular hacia el derecho de los derechos humanos, a través de cláusulas que incorporaban el derecho internacional al derecho nacional. Aun cuando hay variaciones significativas entre estas cláusulas, el resultado general fue una integración profunda del derecho nacional y del derecho internacional de los derechos humanos, en el cual la Convención Americana y sus instituciones juegan un papel clave en el derecho constitucional nacional⁷. Desde el punto de vista doctrinal, esto es concebido en la mayoría de los países como un “bloque de constitucionalidad”, el cual está compuesto por la Constitución nacional y la Convención⁸,

Antonietta Huerta-Malbrán et. al., *Descentralización, municipio y participación ciudadana: Chile, Colombia y Guatemala* (2000). En Perú: Víctor Cuesta López, Juan Fernando López Aguilar & Juan Rodríguez-Drincourt Alvarez, *Participación directa e iniciática legislativa del ciudadano en democracia constitucional* (2008). Martha Lucía Márquez Restrepo, Eduardo Pastrana Buelvas & Guillermo Hoyos Vásquez, *Democracia y ciudadanía: Problemas, promesas y experiencias en la región* (2009). Ecuador y Argentina: Yanina Welp, *La participación ciudadana en la encrucijada. Los mecanismos de democracia directa en Ecuador, Perú y Argentina*, *Íconos Rev. Cienc. Soc. FLACSO -ECUAD.* 117–130 (2008).

5. Eduardo Novoa Monreal, *El derecho como obstáculo al cambio social*. (1. ed. 1975).

6. Rodrigo Uprimny, *The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges*, *TEX. LAW REV.* 89: 1587–1609 (2010).

7. Véase Francisco Cumplido Cereceda, *Alcances de la Modificación del Artículo 5° de la Constitución Política Chilena en Relación a los Tratados Internacionales*, *Rev. Chil. Derecho*, 23: 255–258 (1996). Sobre Bolivia, *Constitution of the Plurinational State of Bolivia*, *Articles 257, 410*, y José Ismael Villarro el Alarcón, “El Tratamiento Del Derecho Internacional En El Sistema Jurídico Boliviano,” en *De Anacronismos y Vaticinios: Diagnóstico Sobre Las Relaciones Entre El Derecho Internacional y El Derecho Interno En Latinoamérica*, ed. Paola Acosta Alvarado, Juana Inés Acosta López, y Daniel Rivas Ramírez (Bogotá: Universidad de La Sabana/Universidad Externado de Colombia, 2017), 29–66. En Ecuador: Constitución de Republica del Ecuador, Artículo 424, y Danilo Alberto Caicedo Tapia, *El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la Constitución*, *Foro Rev. Derecho*, pp. 5–29 (2009). De Brasil, Constitución de la Federal Republica del Brazil, Artículo 5, Enmienda Constitucional n° 45. Este resumen esta basado en Rene Uruena, *Domestic Application of International Law in Latin America*, in *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*, pp. 565–582 (Curtis A. Bradley ed., 2019).

8. Manuel Góngora Mera, *Inter-American Judicial Constitutionalism. On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication* (IIDH 2011).

razón por la cual la Convención puede ser considerada como parte del derecho nacional en muchos Estados de la región⁹.

En sincronía con estos cambios, los jueces y abogados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) desarrollaron dos teorías doctrinales que soportan estos desarrollos constitucionales. La primera fue la interpretación evolutiva de los tratados derechos humanos. Fue allí, cuando la Corte empezó a adaptar el significado de las garantías enmarcadas en la Convención, en su mayoría tomadas de la Convención Europea de Derechos Humanos, teniendo en consideración los retos específicos de Latinoamérica. Para el Tribunal Interamericano “[...] los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, los cuales deben ser interpretados en consonancia con la evolución de los tiempos y las actuales condiciones de vida”¹⁰. A través de la interpretación evolutiva, la Corte expandió y profundizó la protección de diferentes derechos con un enfoque latinoamericano, tal y como se puede ver en la jurisprudencia –ahora reconocida mundialmente– sobre desaparición forzada¹¹, privacidad¹², libertad personal¹³, derecho de los niños¹⁴, propiedad colectiva¹⁵, igualdad y no discriminación¹⁶.

9. Laura Betancur-Restrepo, *The Legal Status of the Colombian Peace Agreement*, *AJIL Unbound* 110: 188-192. (2016). Christina Binder, *Hacia una Corte Constitucional Latinoamericana? La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con enfoque especial sobre las amnistías*, en: A. von Bogdandy/E. Ferrer MacGregor/M. Morales (Eds), *La Justicia Constitucional y su Internacionalización*, UNAM: 156-188 (2010).

10. Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos sobre “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”*. Serie A_16. párr. 114.

11. Corte IDH, *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. párr. 155. *Godínez Cruz Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. párr. 155.

12. Corte IDH, *Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257. párr. 272.

13. Corte IDH, *Masacres de Ituango Vs. Colombia*, 1 de julio de 2006, Serie C No. 148. párrs. 154-158.

14. Corte IDH, “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y otros*) *Vs. Guatemala*, fondo, 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63. Párrs. 191-198, Corte IDH, *Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, 8 de julio de 2004. Serie C No. 110. párr. 164-167.

15. Corte IDH, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, fondo, reparaciones y costas, de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79. párr. 148.

16. Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, fondo, reparaciones y costas, 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. párrs. 83 y 91.

El segundo desarrollo doctrinal es el “control de convencionalidad”¹⁷, que aplica la interpretación evolutiva directamente en la vida de la gente. En este sentido, la doctrina llama a las cortes nacionales a realizar revisiones judiciales de cualquier acto nacional, incluyendo leyes nacionales, en base a la Convención Americana, y tomando en consideración la interpretación de la Corte IDH¹⁸. El control de convencionalidad transforma cada juez nacional en un juez interamericano, respetando “el marco de sus respectivas jurisdicciones y sus correspondientes reglas procedimentales”¹⁹. Así, la Corte Interamericana, también tiene jurisdicción para revisar la conformidad de leyes nacionales con la Convención²⁰. En casos excepcionales, se han declarado normas nacionales “sin efectos jurídicos”²¹ por violar la Convención. Estos actos amplían enormemente el alcance de ese instrumento y crean un verdadero sistema de aplicación descentralizado, compuesto no solo por órganos interamericanos, sino potencialmente por miles de autoridades nacionales²².

17. Corte IDH, *Almonacid Arellano y Otros Vs. Chile* (Septiembre 26, 2006) Series C No. 154, Objeciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Véase generalmente Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Conventionality Control the New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights*, pp.109 *AJIL Unbound*, pp.93-99 (2015). Y Miriam Henríquez y Mariela Morales Antoniazzi (eds), *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano Vs. Chile* DER Ediciones, (2017).

18. *Tibi Vs. Ecuador. Tibi Vs. Ecuador*, Objeciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) No.114, 3 (Septiembre. 7, 2004) (García-Ramírez, J., voto concurrente).

19. Véase CtIADH, (Aguado - Alfaro et al.) v. Peru, Sentencia de noviembre 24, 2006 (Objeciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 128; CtIADH, *Gelman Vs. Uruguay*, Sentencia de Febrero 24, 2011 (*Merits and Reparations*), párr. 193.

20. Néstor Pedro Sagüés, *Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad*, 8 ESTUD. CONST. 117-136 (2010). pp. 120. Claudio Nash Rojas, *Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, XIX *Anu. Derecho Const. Latinoam.* 489-509 (2013). 491-492.

21. Véase *La Cantuta v. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) No. 162, 189 (Noviembre. 29, 2006). *La Cantuta v. Perú*, Sergio García Ramírez, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) No. 162, pp. 4-5 (Noviembre. 29, 2006). *Barrios Altos v. Peru*, *Merits*, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) No. 75, (Marzo. 14, 2001).

22. El alcance de las autoridades nacionales encargadas de realizar el control de convencionalidad ha sido precisado en la jurisprudencia. En el caso *Cabrera García y otros Vs. México*, la CtIADH sostuvo que todos los órganos del Estado, no sólo las autoridades judiciales, están obligados a realizar dicho control (CtIADH, *Cabrera García y Montiel-Flores vs. México*, Sentencia del 26 de noviembre de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 225. Sin embargo, esta interpretación corría el riesgo de una aplicación descoordinada de las normas interamericanas por el ámbito interno. Por ello, la Corte trató de limitar el alcance de la doctrina aclarando que el control de convencionalidad debía ser ejercido, de oficio, por las autoridades estatales, “evidentemente en el marco de su respectiva jurisdicción y de las normas procesales correspondientes”. Véase CtIADH, *Caso de los empleados despedidos del Congreso (Aguado - Alfaro y otros) Vs. Perú*, Sentencia del 24 de noviembre de 2006 (Objeciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 128; CtIADH, *Gelman c. Uruguay*, Sentencia de 24

2. La comunidad de práctica

Aunque estos desarrollos jurídicos no tendrían el impacto actual si no fuera por la particular dinámica social que los ha acompañado²³. El derecho de los derechos humanos se ha convertido en una verdadera práctica social en América Latina: un grupo de personas que interactúan, sobre la base de la Convención, para impulsar sus agendas y cumplir lo que ven como sus mandatos. Esta comunidad está compuesta por diferentes actores: ONGs transnacionales que presentan casos ante el sistema interamericano, organizaciones de base que utilizan estos derechos para proteger a las víctimas en sus territorios, clínicas en facultades de derecho que presentan informes *Amicus Curiae*, tribunales nacionales que interpretan y aplican la Convención y jurisprudencia de la Corte IDH, funcionarios que trabajan en derechos humanos para gobiernos nacionales, académicos que escriben y enseñan derecho de los derechos humanos²⁴, los comisionados y jueces del sistema interamericano, y también políticos con una agenda de derechos humanos.

La noción de comunidad de práctica surge en 1991, cuando el antropólogo Jean Lave y el científico informático Etienne Wenger cristalizaron la noción de aprendizaje situado; es decir, la idea de que el aprendizaje es fundamentalmente un proceso social. Por lo tanto, el aprendizaje no solo está conectado a conceptos abstractos, sino también a la acción, lo que implica la socialización²⁵. Wenger defendió la idea, reformulándola como una forma organizativa: grupos de personas, unidas informalmente por experiencias compartidas y pasión por una empresa conjunta. Sus relaciones se definen en tres dimensiones: compromiso mutuo, una empresa conjunta y un repertorio compartido, que significa “rutinas, palabras, herramientas, formas de hacer las cosas, historias, gestos, símbolos, géneros, acciones o conceptos que la comunidad ha producido o adoptado en el curso de su existencia y que se han convertido en parte de su práctica”²⁶. Posteriormente, el académico de relaciones internacionales

de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones), párr. 193. En este contexto, el control de convencionalidad implica que las instituciones nacionales tienen el deber de aplicar el derecho internacional, siempre y cuando sea compatible con las normas internas de jurisdicción y procedimiento, una doctrina mucho menos radical de lo que parece inicialmente.

23. Esta discusión de la comunidad de práctica está basada en Armin von Bogdandy & René Urueña, *International Transformative Constitutionalism in Latin America*, 114 *American Journal of International Law*: 403-442 (2020).

24. Véase Laura Betancur-Restrepo & Enrique Prieto-Ríos, *Educación del derecho internacional en Bogotá: un primer diagnóstico a partir del análisis de los programas de clase y su relación con las epistemologías de no conocimiento*, *Revista derecho del Estado* 53 (2017).

25. Jean Lave & Etienne Wenger, *Situated Learning: Legitimate Peripheral Participation* (1991).

26. Etienne, *Communities of Practice: Learning, Meaning, and Identity*. (1998), p. 83.

Emanuel Adler, muy influenciado por Pierre Bourdieu, sugirió que “no hay ninguna razón [...] por la que no podamos identificar comunidades de práctica transnacionales o incluso globales. Cuanto más nos acercamos al nivel de prácticas, de hecho, más podemos tomar el sistema internacional como una colección de comunidades de práctica; por ejemplo, comunidades de diplomáticos, comerciantes, ambientalistas y activistas de derechos humanos. Las comunidades de práctica atraviesan las fronteras estatales y median entre los estados, los individuos y la agencia humana, por un lado, y las estructuras y sistemas sociales, por el otro”²⁷.

Las comunidades de prácticas han sido consideradas en derecho internacional. Brunée y Toope han aplicado la noción, completándola con una reinterpretación de los criterios fullerianos de la moralidad interna del derecho, para analizar el problema de la obligación jurídica internacional²⁸. Más allá de esa discusión, sin embargo; la existencia de una nueva comunidad de práctica que crea un nuevo fenómeno compuesto de elementos que se originan en diferentes órdenes jurídicos y está conectada por un impulso común. Una nueva ola de derecho transnacional que creó entornos jurídicos para un proyecto constitucional transformador en toda la región –particularmente, en el contexto de la educación en el derecho internacional–²⁹. Una comunidad práctica que dio vida estándares jurídicos que, según la Corte IDH, juegan un papel central en dicho proyecto.

3. Investigación en derechos humanos en América Latina: contenidos del volumen

Sin duda, enfocarse en el surgimiento de la comunidad de práctica conlleva el riesgo de sobrevalorar la agencia de profesionales jurídicos individuales en la configuración del campo jurídico y, por otro, de minimizar el impacto de factores estructurales, como el género, el origen étnico, el origen geográfico, o los medios financieros. Es claro que los factores estructurales, y particularmente las estructuras socioeconómicas, influyen en la agencia de los actores³⁰. Pero tales estructuras no son el final de la

27. Emanuel Adler, *Communitarian International Relations: The Epistemic Foundations of International Relations*, London and New York: Routledge, (2005) p. 15.

28. Stephen J. Toope & Jutt Brunnée, *Legitimacy and Legality in International Law: An Interactional Account* (2010).

29. Laura Betancur-Restrepo, Enrique Prieto Rios & Fabia Vescoco, *Rethinking international legal education in Latin America: Exploring some obstacles of a hegemonic colonial academic model in Chile and Colombia*, in *Decolonizing Law: Indigenous, Third World and Settler*, Sujith Xavier et al. eds., (2021), p. 114.

30. Véase Rene Urueña, *International Law as Expert Knowledge: Exploring the Changing Role of International Lawyers in National Contexts*, in *International Law as Profession: 389–410* Jean d’Aspremont et al. eds., (2017). pp. 395-396.

historia. No todos los resultados están determinados por la estructura, pero tampoco es justo ver la construcción del derecho de los derechos humanos en América Latina como el resultado de la “pura casualidad y voluntad”³¹. La noción de comunidad de práctica, que se coloca entre las limitaciones de la estructura y la agencia de los individuos, trata de lograr ese equilibrio.

Por su parte, una comunidad de práctica tampoco implica homogeneidad. Los actores a menudo tienen distintos proyectos, así como diferentes puntos de vista sobre los derechos humanos³². La comunidad de práctica está constituida no por un único objetivo, sino por un entendimiento común compartido de lo que están haciendo, y el por qué³³. Al mismo tiempo, la comunidad latinoamericana de derechos humanos comparte un marco: sus instituciones, sus actores, los desafíos a enfrentar, es decir; un sentido de propósito y sus realidades. En este marco, existen muchos puntos de vista sobre los derechos humanos en América Latina, pero la interacción continua establece el significado de una norma internacional para un caso dado.

Es en ese marco de diversidad y relevancia práctica se enmarca este volumen. En los trece capítulos que componen este volumen, encontramos estudios sobre la relación de los derechos humanos y la migración, aproximaciones críticas del derecho internacional, la protesta social y el derecho económico.

Una importante mayoría de capítulos abordan situaciones relacionadas con la migración. Esto evidencia la importancia de la cuestión migratoria que está viviéndose en diferentes países de Latinoamérica, los retos que este fenómeno trae para la región, así como los obstáculos y las deficiencias en materia de protección de los derechos humanos de las personas migrantes. En el presente volumen se encuentran estudios enfocados en la situación de algunos países (Perú, Venezuela, Chile, Colombia, Centroamérica y México), así como sobre temas específicos que afectan con mayor intensidad a la población migrante (la afectación de la pandemia del COVID-19 en esta población, la situación de las mujeres y de los menores migrantes, los proyectos de

31. Susan Marks, *False Contingency*, *Curr. Leg. Probl.*, 62: 1–21 (2009). p. 10.

32. En el contexto del uso estratégico del derecho internacional en el Acuerdo de Paz en Colombia, véase Helena Alviar-García & Laura Betancur-Restrepo, *Derecho Internacional y Justicia Transicional: Explorando Algunos Desafíos a Través Del Caso Colombiano*, *American Journal of International*, 116. (2022). p. 297.

33. Emanuel Adler, *Communitarian International Relations: The Epistemic Foundations of International Relations*, pp. 22. La noción de comunidades de práctica ha sido criticada por guardar silencio sobre la cuestión de los desequilibrios de poder; por ejemplo, en Alessia Contu y Hugh Willmott, *Re-Embedding Situatedness: The Importance of Power Relations in Learning Theory*, *ORGAN. SCI* 14. pp. 283–296 (2003). Sin embargo, nuestra lectura de la comunidad latinoamericana de práctica de los derechos humanos tiene en cuenta las diferencias de poder, ya que considera a muchos actores y no sólo a los Estados y a la organización intergubernamental.

transferencia monetaria, el derecho a la igualdad y a la libertad laboral, las fracturas familiares y los desafíos de la movilidad migratoria).

Una de las investigaciones ofrece un estudio crítico al derecho internacional de los derechos humanos, en donde se reflexiona sobre el discurso de los derechos humanos como una herramienta de transformación en la enseñanza del derecho internacional en América Latina. Por su parte, dos capítulos abordan temas relacionados con la protesta social: uno examinando el caso de las luchas sociales en Valparaíso (Chile) y el otro la situación del derecho a la protesta social en tiempos de pandemia. Finalmente, los últimos dos capítulos analizan relaciones entre los derechos humanos y el derecho económico, analizando la consolidación de políticas empresariales y debida diligencia y la situación de la industria de los ultraprocesados.

A través de la discusión colectiva que proponen los autores y autoras, se construye un sofisticado mapa de estado del arte en el estudio del derecho de los derechos humanos en América Latina. Se trata de una práctica viva de investigación y práctica, íntimamente vinculada con las necesidades de los más desfavorecidos en la región. Como co-editores y co-organizadores, celebramos la realización de los tres eventos virtuales que constituyeron la Segunda Bienal de Derechos Humanos, y esperamos que los textos contenidos en este volumen sirvan como base para una amplia discusión y para la próxima Bienal, manteniendo así vibrante la investigación y práctica(s) de los derechos humanos en nuestra región.

Bogotá, enero de 2023.

Criterios de la Corte IDH en Medio Ambiente y Agua: su discusión en el marco de los fallidos procesos constituyentes de Chile

Liliana Galdámez-Zelada¹

RESUMEN En este trabajo se analizarán los criterios desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito de los DESCAs, con especial atención al derecho a un medio ambiente sano y al agua, asimismo y dada su proximidad temática y de contexto, se analizarán los recientes ensayos constitucionales de Chile, uno rechazado en plebiscito de septiembre de 2022 y el segundo en curso, particularmente la forma en que ambos procesos recogen e incorporan la doctrina de la Corte IDH en conexión con otras fuentes y órganos del Derecho Internacional de los derechos humanos en los campos que propongo examinar.

PALABRAS CLAVE: Corte IDH; Derechos económicos sociales y ambientales; ensayos constitucionales y medio ambiente.

Introducción

Los derechos a la salud², a un medioambiente sano³ y al agua⁴, emergen como nuevos desafíos en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

1. Doctora en Derecho por la Universidad de Valladolid, profesora asociada Departamento de Derecho Internacional, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Título del trabajo: Corte Interamericana de Derechos Humanos, medioambiente y derecho humano al agua: impactos en los ensayos constitucionales chilenos (2020-2023). Dirección de correo electrónico: lgaldamez@derecho.uchile.cl.

2. Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349; Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 14 de mayo de 2019. Serie C No. 378; Corte IDH. *Caso Gonzales Llu y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.

3. Corte IDH. *Medio ambiente y derechos humanos* (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23.

4. Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400.

A través de un conjunto de sentencias la Corte IDH, siguiendo un razonamiento semejante al de los jueces en los ordenamientos nacionales⁵, considera que los derechos a la salud, al medioambiente sano y el derecho humano al agua, forman parte del catálogo de derechos que la CADH reconoce y ampara. Juega en esta conclusión, un rol central el art. 26 de la CADH y particularmente el reenvío a la Carta de la Organización de Estados Americanos. Esta construcción de la Corte se fundamenta además en la conexión del medio ambiente y el agua con otros derechos de reconocimiento expreso en la CADH, entre ellos, vida e integridad personal. Esta perspectiva es asimismo coherente con el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que a través de distintos órganos, como la Asamblea General de Naciones Unidas en julio de 2022, “Reconoce el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible como un derecho humano”⁶.

Merece la pena reflexionar cómo en la construcción de sus argumentos, la Corte IDH utiliza en su jurisprudencia más reciente, remisiones a los ordenamientos internos, especialmente constitucionales⁷, para reforzar argumentos respecto a la protección de los derechos ya mencionados, construyendo sus argumentos a partir de fuentes internacionales e internas.

Los derechos económicos, sociales y ambientales, además de su protección han sido un desafío mayor para los ordenamientos nacionales en Latinoamérica⁸ y para su estabilidad democrática. Las desigualdades históricas que caracterizan al continente desde hace décadas impulsan en la Corte IDH el desarrollo de criterios que buscan avanzar en las transformaciones necesarias para propiciar mayores niveles de igualdad⁹. Más allá de los procesos por graves violaciones a los derechos humanos, los nuevos casos conocidos por la Corte IDH, están generando directrices que buscan avanzar en su protección. Para ello, la Corte retoma instrumentos como la Carta de la OEA, la cual adquiere una nueva vitalidad a la luz de su jurisprudencia.

5. Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, rol N° 3729-2017, que se pronuncia sobre requerimiento de inconstitucionalidad presentado en contra del proyecto de ley de despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales.

6. Naciones Unidas. Asamblea General A/76/L.75.

7. Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400.

8. Abramovich V. Courtis C. *Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales*. Disponible en: <http://www.oda-alc.org/documentos/1366995147.pdf>.

9. von Bogdandy, Armin. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador*. Revista Derecho del Estado n.º 34, enero-junio, (2015).

Los casos donde la Corte ha condenado estados por la vulneración de los derechos mencionados, suponen mayores desafíos por la envergadura de las medidas que la Corte ordena a los Estados. El cumplimiento de esas medidas¹⁰, contempla por otra parte, plazos extensos para su cumplimiento, obligaciones de hacer, y en algunos casos supone incluso el reforzamiento de la institucionalidad encargada de dar cumplimiento y desarrollar esas medidas.

El reciente proceso constituyente se desarrolla en dos etapas. Una primera (2020-2022) culminó con el plebiscito de septiembre de 2022, donde el texto fue finalmente rechazado por la ciudadanía¹¹. Luego de este resultado se dio paso a un segundo proceso que está en desarrollo, donde se ha elaborado un nuevo anteproyecto constitucional por un comité de expertos/as, texto que deberá ser revisado por un Consejo Constitucional elegido a esos efectos y votado a finales de 2023 por plebiscito ciudadano. Ocurre que en ambos procesos es posible identificar la incorporación de los criterios de la Corte IDH que impactan en la redacción del texto, aunque con distinta intensidad y alcance.

En este trabajo propongo entonces analizar el contenido y alcance del derecho a un medio ambiente sano y derecho humanos al agua en los ensayos constitucionales de Chile.

Para abordar esta materia examinaré la opinión consultiva 23/17 y la sentencia de la Corte IDH, en el caso Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina, ambas resoluciones desarrollan el contenido y alcance de los derechos que serán luego examinados a la luz del proceso constituyente chileno.

I.–Derecho Humano a un medio ambiente sano y derecho humano al agua y al saneamiento en la jurisprudencia de la Corte IDH.

A.–Opinión Consultiva 23/17, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Entre los pronunciamientos más consistentes de la Corte IDH, se encuentra la OP 23/17 de 15 de noviembre de 2017 solicitada por Colombia que pide a la Corte pronunciarse sobre el derecho a un medioambiente sano a propósito de la protección de

10. Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de mayo de 2019; Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de febrero de 2018.

11. Servicio Electoral de Chile. Opción apruebo: 38,11%. Rechazo: 61,89%. Vid: <https://historico.servel.cl/servel/app/index.php?r=EleccionesGenerico&id=237>

los derechos a la vida y la integridad personal para que el Tribunal determine: “de qué forma se debe interpretar el Pacto de San José cuando existe el riesgo de que la construcción y el uso de las nuevas grandes obras de infraestructura afecten de forma grave el medio ambiente marino en la Región del Gran Caribe y, en consecuencia, el hábitat humano esencial para el pleno goce y ejercicio de los derechos de los habitantes de las costas y/o islas de un Estado parte del Pacto, a la luz de las normas ambientales consagradas en tratados y en el derecho internacional consuetudinario aplicable entre los Estados respectivos”¹². Asimismo, el Estado solicitante busca que la Corte determine: “cómo se debe interpretar el Pacto de San José en relación con otros tratados en materia ambiental que buscan proteger zonas específicas, como es el caso del Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Marino en la Región del Gran Caribe, con relación a la construcción de grandes obras de infraestructura en Estados parte de estos tratados y las respectivas obligaciones internacionales en materia de prevención, precaución, mitigación del daño y de cooperación entre los Estados que se pueden ver afectados”¹³.

Importante reconocer el contexto en el que se solicita esta OP, dado que evidencia lo señalado en casi todos los conflictos relacionados con la naturaleza y el ambiente, la tensión entre derechos, en este caso, los impactos del desarrollo y la industria y la protección del derecho a la vida y la integridad personal y al medio ambiente sano.

Entre los aspectos más destacados de la sentencia y que se relacionan con lo acordado en el texto que se propone el país para ser aprobado en plebiscito, se encuentran:

1. La interrelación entre los derechos humanos y el medioambiente

“Esta Corte ha reconocido la existencia de una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos, en tanto la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático afectan el goce efectivo de los derechos humanos”¹⁴.

2. Reconocimiento del derecho a un medioambiente sano a partir del Art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos

“[...]este derecho también debe considerarse incluido entre los derechos económicos, sociales y culturales protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana, debido a que bajo dicha norma se encuentran protegidos aquellos derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA, en la Declaración Americana sobre Derechos y

12. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 23/17, p. 4.

13. *Ibid.*

14. *Ibid.*

Deberes del Hombre (en la medida en que ésta última ‘contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere’) y los que se deriven de una interpretación de la Convención acorde con los criterios establecidos en el artículo 29 de la misma... La Corte reitera la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello¹⁵.

3. Derecho humano al medioambiente sano como derecho autónomo, de naturaleza individual y colectiva que considera a las futuras generaciones

“El derecho humano a un medio ambiente sano se ha entendido como un derecho con connotaciones tanto individuales como colectivas. En su dimensión colectiva, el derecho a un medio ambiente sano constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras. Ahora bien, el derecho al medio ambiente sano también tiene una dimensión individual, en la medida en que su vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas debido a su conexidad con otros derechos, tales como el derecho a la salud, la integridad personal o la vida, entre otros. La degradación del medio ambiente puede causar daños irreparables en los seres humanos, por lo cual un medio ambiente sano es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad¹⁶.”

4. Medioambiente y daños transfronterizos

“Muchas afectaciones al medio ambiente entrañan daños transfronterizos. La contaminación de un país puede convertirse en el problema de derechos ambientales y humanos de otro, en particular cuando los medios contaminantes, como el aire y el agua, cruzan fácilmente las fronteras. La prevención y regulación de la contaminación ambiental transfronteriza ha dado lugar a gran parte del derecho internacional ambiental, por medio de acuerdos bilaterales y regionales o acuerdos multilaterales para abordar problemas globales de carácter ambiental tales como el agotamiento del ozono y el cambio climático. El derecho internacional exige a los Estados una serie de obligaciones frente a la posibilidad de daños ambientales que traspasen las fronteras de un particular Estado... Las actividades que se emprendan dentro de la jurisdicción de un Estado Parte no deben privar a otro Estado de la capacidad de asegurar a las personas en su jurisdicción el goce y disfrute de sus derechos bajo la Convención. La Corte considera que los Estados tienen la obligación de evitar daños ambientales transfronterizos que pudieran afectar los derechos humanos de personas fuera de su territorio. A efectos de la Convención Americana, cuando ocurre un daño transfronterizo que

15. *Ibid*, párr. 57 (puntos suspensivos introducidos por la autora).

16. *Ibid*, párr. 59.

afecte derechos convencionales, se entiende que las personas cuyos derechos han sido vulnerados se encuentran bajo la jurisdicción del Estado de origen¹⁹⁵ si existe una relación de causalidad entre el hecho que se originó en su territorio y la afectación de los derechos humanos de personas fuera de su territorio”¹⁷.

5. Principio preventivo

“En el ámbito del derecho ambiental el principio de prevención ha implicado que los Estados tienen la “responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional”. Este principio fue establecido expresamente en las Declaraciones de Estocolmo y de Río sobre el medio ambiente y está vinculado a la obligación de debida diligencia internacional de no causar o permitir que se causen daños a otros Estados”¹⁸.

6. Principio de precaución

“(…)la obligación general de garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal implica que los Estados deben actuar diligentemente para prevenir afectaciones a estos derechos... Asimismo, al interpretar la Convención como ha sido solicitado en este caso, debe siempre buscarse el “mejor ángulo” para la protección de la persona... Por tanto, esta Corte entiende que, los Estados deben actuar conforme al principio de precaución, a efectos de la protección del derecho a la vida y a la integridad personal, en casos donde haya indicadores plausibles que una actividad podría acarrear daños graves e irreversibles al medio ambiente, aún en ausencia de certeza científica”¹⁹.

7. Deber de cooperación

“En el caso concreto de actividades, proyectos o incidentes que puedan generar daños ambientales significativos transfronterizos, el Estado o los Estados potencialmente afectados requieren de la cooperación del Estado de origen y viceversa, a efectos de adoptar las medidas de prevención y mitigación que fueran necesarias para garantizar los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción... Por otro lado, el cumplimiento por parte del Estado de origen de su obligación de cooperación es un elemento importante en la evaluación de su obligación de respetar y garantizar los derechos humanos de las personas fuera de su territorio que pudiera verse afectadas por actividades realizadas dentro de este[...]”²⁰.

17. *Ibid*, párrs. 96, 97 y 101, (puntos suspensivos introducidos por la autora).

18. *Ibid*, párr. 128.

19. *Ibid*, párr. 180.

20. *Ibid*, párr. 182.

8. Obligaciones de procedimiento

“En particular, se detallan obligaciones en relación con: (1) el acceso a la información; (2) la participación pública, y (3) el acceso a la justicia, todo en relación con las obligaciones estatales para la protección del medio ambiente... En relación con actividades que podrían afectar el medio ambiente, esta Corte ha resaltado que constituyen asuntos de evidente interés público el acceso a la información sobre actividades y proyectos que podrían tener impacto ambiental. En este sentido, la Corte ha considerado de interés público información sobre actividades de exploración y explotación de los recursos naturales en el territorio de las comunidades indígenas y el desarrollo de un proyecto de industrialización forestal...esta Corte considera que los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar el acceso a la información relacionada con posibles afectaciones al medio ambiente. Esta obligación debe ser garantizada a toda persona bajo su jurisdicción, de manera accesible, efectiva y oportuna, sin que el individuo solicitando la información tenga que demostrar un interés específico. Además, en el marco de la de protección del medio ambiente, esta obligación implica tanto la provisión de mecanismos y procedimientos para que las personas individuales soliciten la información, como la recopilación y difusión activa de información por parte del Estado”²¹.

“[...]esta Corte estima que, del derecho de participación en los asuntos públicos, deriva la obligación de los Estados de garantizar la participación de las personas bajo su jurisdicción en la toma de decisiones y políticas que pueden afectar el medio ambiente, sin discriminación, de manera equitativa, significativa y transparente, para lo cual previamente deben haber garantizado el acceso a la información relevante”²².

“En el contexto de la protección ambiental, el acceso a la justicia permite al individuo velar por que se apliquen las normas ambientales y constituye un medio para remediar cualquier violación a los derechos humanos que hubiera sido causada por el incumplimiento de normas ambientales, incluyendo los recursos y la reparación. Ello también implica que el acceso a la justicia garantiza la plena realización de los derechos a la participación pública y al acceso a la información, a través de los mecanismos judiciales correspondientes”²³.

9. Desarrollo sostenible

“[...]existe un amplio reconocimiento en el derecho internacional sobre la relación interdependiente entre la protección al medio ambiente, el desarrollo sostenible y los derechos humanos. Dicha interrelación se ha afirmado desde la Declaración de

21. *Ibid*, párrs. 212; 222; 225, (supresión de la autora).

22. *Ibid*, párr. 231.

23. *Ibid*, párr. 234.

Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano (en adelante “Declaración de Estocolmo”), donde se estableció que “[e]l desarrollo económico y social es indispensable para asegurar al hombre un ambiente de vida y trabajo favorable y crear en la Tierra las condiciones necesarias para mejorar la calidad de la vida”, afirmándose la necesidad de balancear el desarrollo con la protección del medio humano. Posteriormente, en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (en adelante “Declaración de Río”), los Estados reconocieron que “[l]os seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible” y, a la vez, destacaron que “a fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo”. En seguimiento de lo anterior, en la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible se establecieron los tres pilares del desarrollo sostenible: el desarrollo económico, el desarrollo social y la protección ambiental. Asimismo, en el correspondiente Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, los Estados reconocieron la consideración que se debe prestar a la posible relación entre el medio ambiente y los derechos humanos, incluido el derecho al desarrollo”²⁴.

B.–Derecho Humano al agua en el caso Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina, sentencia de 6 de febrero de 2020

En este caso, para la Corte IDH este derecho humano al agua se encuentra protegido en el artículo 26 de la CADH, que se “desprende de las normas de la Carta de la OEA, en tanto las mismas permiten derivar derechos de los que, a su vez, se desprende el derecho al agua”²⁵. En este punto la Corte IDH agrega, “debe resaltarse que la Organización de las Naciones Unidas, a través de su Asamblea General, emitió el 28 de julio de 2010 la Resolución 64/292 titulada “El derecho humano al agua y el saneamiento”, que reconoce que “el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”. En la misma línea, la Carta Social de las Américas, en su artículo 9 del Capítulo III, afirma que “[l]os Estados [...] reconocen que el agua es fundamental para la vida y básica para el desarrollo socioeconómico y la sostenibilidad ambiental” y que “se comprometen a continuar trabajando para garantizar el acceso al agua potable y a los servicios de saneamiento para las presentes y futuras generaciones”. La Asamblea General de la OEA adoptó también, en 2007 y 2012, las resoluciones 2349/07 y 2760/12, denomi-

24. Ibid, párr. 52.

25. *Caso Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina*, párr. 222.

nadas respectivamente “[e]l agua, la salud y los derechos humanos” y “[e]l derecho humano al agua potable y el saneamiento”. La primera, en sus artículos 1 y 4, “[r]econoce” al agua como “esencial para la vida y la salud” e “indispensable para poder vivir una vida con dignidad humana”, así como “el uso ancestral del agua por parte de las comunidades urbanas, rurales y pueblos indígenas, en el marco de sus usos y costumbres sobre el uso del agua, de conformidad con las respectivas legislaciones nacionales”. La segunda, en su primer artículo, “invita” a los Estados a “seguir trabajando” para “asegurar el acceso al agua potable y a servicios de saneamiento para las generaciones presentes y futuras”. El derecho también está contemplado en el artículo 12 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores²⁶.

1. Contenido y alcance del derecho humano al agua

“El Comité DESC ha indicado que “[e]l derecho al agua entraña tanto libertades como derechos”. Las primeras implican poder “mantener el acceso a un suministro de agua” y “no ser objeto de injerencias”, entre las que puede encontrarse la “contaminación de los recursos hídricos”. Los derechos, por su parte, se vinculan a “un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población iguales oportunidades de disfrutar del derecho”. Destacó también que “[e]l agua debe tratarse como un bien social y cultural, y no fundamentalmente como un bien económico”, y que “los siguientes factores se aplican en cualquier circunstancia: a) La disponibilidad. El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos [...]. b) La calidad. El agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre [...]. Además, el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables [...]. c) La accesibilidad. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte²⁷”.

2. Obligaciones asociadas al reconocimiento del derecho humano al agua

“Rige, desde luego, el deber de respetar el ejercicio del derecho, así como el deber de garantía, señalados en el artículo 1.1 de la Convención. Este Tribunal ha indicado que “el acceso al agua” implica “obligaciones de realización progresiva”, pero que “sin embargo, los Estados tienen obligaciones inmediatas, como garantizar [dicho acceso] sin discriminación y adoptar medidas para lograr su plena realización”. Entre las obligaciones estatales que pueden entenderse comprendidas en el deber de garantía se encuentra la de brindar protección frente a actos de particulares, que exige que los Estados impidan a

26. *Ibid*, párr. 224.

27. *Ibid*, párr. 227.

terceros que menoscaben el disfrute del derecho al agua, así como “garantizar un mínimo esencial de agua” en aquellos “casos particulares de personas o grupos de personas que no están en condiciones de acceder por sí mismos al agua [...], por razones ajenas a su voluntad”. La Corte concuerda con el Comité DESC en cuanto a que, en el cumplimiento de sus obligaciones relativas al derecho al agua, los Estados “deben prestar especial atención a las personas y grupos de personas que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho”, inclusive, entre otros, “los pueblos indígenas”. En ese sentido, deben velar porque “[e]l acceso de los pueblos indígenas a los recursos de agua en sus tierras ancestrales sea protegido de toda transgresión y contaminación ilícitas” y “facilitar recursos para que los pueblos indígenas planifiquen, ejerzan y controlen su acceso al agua”, así como que “[l]as comunidades nómadas [...]tengan acceso al agua potable en sus lugares de acampada tradicionales”²⁸.

Las decisiones examinadas, asociadas a un progresivo desarrollo del Derecho Internacional del Ambiente, al desarrollo de contenidos y alcances en el derecho comparado, particularmente en la Constitución de Ecuador y Bolivia. Además de notable jurisprudencia comparada que va dotando de fortaleza y contenido a la protección del ambiente y la naturaleza, junto con un notable aporte de la doctrina y de organizaciones dedicadas a la promoción y protección del ambiente, impulsaron de manera determinante en la propuesta de nueva Constitución con algunas particularidades. Por ejemplo, la propuesta usa de manera preferente la referencia a la naturaleza (65 referencias) y menos al ambiente (19 referencias)²⁹; la nueva propuesta utiliza la noción desarrollo sostenible en cuatro ocasiones, se trata de un texto que podríamos afirmar, desconfía de esta noción por ser vacía de contenido, consagrando un conjunto de principios como base para la regulación de la relación entre el desarrollo y la protección del ambiente y la naturaleza. Además el texto avanza y reconoce la sintiencia de los animales y el derecho a vivir una vida libre de maltrato (artículo 131).

II.- La recepción de los criterios de la Corte IDH en el fallido ensayo constitucional 2020-2022

El proceso constituyente chileno se ha extendido más allá de lo esperado y ha experimentado distintas etapas. La primera, que se desarrolló entre los años 2020 y 2022 generó gran expectativa, sin embargo, en septiembre de 2022 en un plebiscito ciudadano, la propuesta desarrollada por 154 personas electas para redactar la propuesta de nueva Constitución fue rechazado.

28. *Ibid*, párrs. 229 y 230.

29. Este número se determinó analizando con un buscador las ocasiones en que el proyecto usaba las denominaciones “naturaleza” y la denominación “medio ambiente”.

El proceso constitucional chileno (que incluye la propuesta rechazada y la actual en desarrollo) se escribe en el marco de un orden global amenazante. Diversos informes señalan, como el IPCC, “los científicos están observando cambios en el clima de la Tierra en todas las regiones y en el sistema climático en su conjunto. Muchos de los cambios observados en el clima no tienen precedentes en miles, sino en cientos de miles de años, y algunos de los cambios que ya se están produciendo, como el aumento continuo del nivel del mar, no se podrán revertir hasta dentro de varios siglos o milenios”, así, el cambio climático es *generalizado, rápido y se está intensificando*” (IPCC, agosto 2021)³⁰.

Lo ambiental y la naturaleza estuvieron “ presentes en el trabajo de la Convención desde sus inicios y se plasmó en el Reglamento General de la Convención que contempla como eje transversal de su trabajo a la protección de la naturaleza y el ambiente en el proceso de discusión y redacción de la propuesta de nueva Constitución, así por ejemplo el Reglamento crea la, “Comisión sobre Medio Ambiente, Derechos de la Naturaleza, Bienes Naturales Comunes y Modelo Económico”³¹. Esta comisión, conforme a lo que señalaba el artículo 66 del reglamento, abordaría a lo menos los siguientes temas

“a) Medioambiente, biodiversidad, principios de la bioética y bienes naturales comunes; b) Derechos de la naturaleza y vida no humana; c) Estatuto constitucional sobre minerales; d) Derecho humano y de la naturaleza al agua y estatuto constitucional del agua; e) Estatuto constitucional del territorio marítimo; f) Desarrollo Sostenible, buen vivir y modelo económico; g) Régimen público económico y política fiscal; h) Soberanía alimentaria y resguardo de la semilla ancestral y campesina; i) Crisis climática; j) Democracia ambiental, derechos de acceso a la participación, información y justicia ambiental; k) Estatuto constitucional de la energía; l) Estatuto constitucional de la tierra y el territorio; m) Deber de protección, justicia intergeneracional, delitos ambientales y principios de no regresión ambiental, preventivo, precautorio y otros; n) Estatuto Antártico y estatuto de glaciares y criósfera, y ñ) Reconocimiento de la función ecológica y social de la propiedad”³².

El fuerte y anticipado enfoque ecológico del texto que se propuso a aprobación, quedó reflejado en una propuesta que a modo de síntesis contenía:

30. Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático. 2021/17/PR. Disponible en: https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2021/08/IPCC_WGI-AR6-Press-Release-Final_es.pdf

31. Reglamento General de la Convención, p. 25. Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2021/10/Reglamento-definitivo-versio%CC%81n-para-publicar.pdf>

32. Galdámez Liliana. La Naturaleza en la nueva Constitución de Chile, *Diritti Comparati, Vid*, (2022) <https://www.diritticomparati.it/la-naturaleza-en-la-nueva-constitucion-de-chile/>

- a. Principios: Estado ecológico; relación indisoluble ser humano naturaleza; buen vivir; equilibrio armónico; progresividad; preventivo y precautorio; solidaridad intergeneracional; justicia ambiental responsabilidad; acción climática; reparación del daño; desarrollo sostenible.
- b. Derechos de las personas y de la naturaleza

De las personas:

Agua y saneamiento; derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado; acceso a montañas y lugares naturales; aire limpio durante todo el ciclo de vida; derecho a un mínimo vital de energía asequible y segura; educación y conciencia ecológica; el derecho a la ciudad y al territorio; derecho a una alimentación adecuada, saludable, suficiente, nutricionalmente completa y pertinente culturalmente que comprende la garantía de alimentos especiales para quienes lo requieran por motivos de salud; el Estado garantiza en forma continua y permanente la disponibilidad y el acceso a los alimentos que satisfagan este derecho, especialmente en zonas aisladas geográficamente. Toda persona tiene el derecho a una vivienda digna y adecuada, que permita el libre desarrollo de una vida personal, familiar y comunitaria; movilidad segura y sustentable; derecho de campesinas, campesinos y pueblos y naciones indígenas al libre uso e intercambio de semillas tradicionales.

De la naturaleza:

Se respete y proteja su existencia, a la regeneración, a la mantención y a la restauración de sus funciones y equilibrios dinámicos, que comprenden los ciclos naturales, los ecosistemas y la biodiversidad.

3. Instituciones

Comisión de transición ecológica; Defensoría de la Naturaleza; Agencia Nacional del Agua; Defensoría del Pueblo.

4. Estatutos especiales

Del agua; de los minerales; de los bienes comunes.

5. Otras materias y deberes de protección

Biodiversidad; humedales; áreas protegidas; residuos; bosques; suelo; cambio climático; antártica.

Lo anterior es lo que se refiere a la naturaleza y al ambiente. Especial atención se debe prestar a la manera en que el texto configura la relación entre el DIDH y el ordenamiento interno, cuyos trazos, de ser aprobado el texto, solo reforzarán el impacto del trabajo de la Corte IDH y el DIDH en el ordenamiento interno.

En este campo la propuesta consideraba las siguientes normas:

Artículo 15. Los derechos y obligaciones establecidos en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, los

principios generales del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional consuetudinario de la misma materia forman parte integral de esta constitución y gozan de rango constitucional. El Estado tiene la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos conforme a las disposiciones y principios del derecho internacional de los derechos humanos. Asimismo, debe prevenir, investigar, sancionar y reparar integralmente las violaciones a los derechos humanos.

Artículo 318. Ejecución de las resoluciones. Para hacer ejecutar las resoluciones y practicar o hacer practicar las actuaciones que determine la ley, los tribunales de justicia podrán impartir órdenes o instrucciones directas a la fuerza pública, debiendo cumplir lo mandatado de forma rápida y expedita, sin poder calificar su fundamento, oportunidad o legalidad.

Las sentencias dictadas contra el Estado de Chile por tribunales internacionales de derechos humanos, cuya jurisdicción ha sido reconocida por éste, serán cumplidas por los tribunales de justicia conforme al procedimiento establecido por la ley, aun si contraviniera una sentencia firme pronunciada por estos.

Artículo 311. Perspectiva interseccional. La función jurisdiccional debe ejercerse bajo un enfoque interseccional, debiendo garantizar la igualdad sustantiva y el cumplimiento de las obligaciones internacionales de derechos humanos en la materia. Este deber resulta extensivo a todo órgano jurisdiccional y auxiliar, funcionarias y funcionarios del Sistema de Justicia, durante todo el curso del proceso y en todas las actuaciones que realicen. Asimismo, los tribunales, cualquiera sea su competencia.

Artículo 124. Atribuciones de la Defensoría del Pueblo. La Defensoría del Pueblo tendrá las siguientes atribuciones:

1. Fiscalizar a los órganos del Estado en el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos.
2. Formular recomendaciones en las materias de su competencia... Realizar acciones de seguimiento y monitoreo respecto de las recomendaciones formuladas por los organismos internacionales en materia de derechos humanos y de las sentencias dictadas contra el Estado de Chile por tribunales internacionales de derechos humanos.

Como puede apreciarse, se trató de texto que recogía los criterios de la Corte y avanza más allá, incorporando otras perspectivas provenientes del derecho y jurisprudencia comparada y del propio Derecho Internacional Ambiental.

III.- Lo ambiental y derecho humano al agua en el actual proceso constituyente (2022-2023)

En el presente proceso constituyente disminuye de manera considerable la referencia a lo ambiental y la naturaleza en el texto propuesto por un Comité de Expertos que será revisado y posiblemente modificado por Consejeros electos/as. Una síntesis de los nuevos contenidos (que podrán ser modificados en por los Consejeros/as electos/as) indican que se conserva parcialmente el fortalecimiento de la protección del derecho a un medio ambiente sano, que se configura en los siguientes términos:

1. Como derecho:

“Artículo 16, No 20. El derecho a vivir en un medio ambiente sano, sostenible y libre de contaminación, que permita la existencia y el desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones.

a) Es deber del Estado velar porque este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza y su biodiversidad.

b) De acuerdo a la ley, se podrán establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente.

2. Como deber de protección

Artículo 38 No 3. Es un deber de todos los habitantes de la República proteger el medio ambiente, considerando las generaciones futuras y prevenir la generación de daño ambiental. En caso que se produzca, serán responsables del daño que causen, contribuyendo a su reparación en conformidad a la ley.

3. Como principio:

Artículo 12. Es deber del Estado el cuidado y la conservación de la naturaleza y su biodiversidad, protegiendo el medio ambiente y promoviendo la sostenibilidad y el desarrollo

4. Configuración: medio ambiente, sostenibilidad y desarrollo:

Artículo 201 La protección del medio ambiente, la sostenibilidad y el desarrollo están orientados al pleno ejercicio de los derechos de las personas, así como al cuidado de la naturaleza y su biodiversidad, considerando a las actuales y futuras generaciones³³.

33. Otras normas que contiene el capítulo son: Artículo 202. Las personas, las comunidades y el Estado deben proteger el medio ambiente. Este deber comprende la conservación, preservación, restauración y regeneración de las funciones y equilibrios de la naturaleza y su biodiversidad, según corresponda, de conformidad a la ley. Anteproyecto de Constitución Política de la República de Chile 115 Artículo 203 La distribución de cargas y beneficios ambientales estará regida por criterios de equidad y participación

5. Derecho humano al agua:

Artículo 16 No 29. El derecho al agua y al saneamiento, de conformidad a la ley. Es deber del Estado garantizar este derecho a las generaciones actuales y futuras. Prevalecerá su uso para el consumo humano y para el uso doméstico suficiente.

Breves conclusiones

Lo ambiental y la protección de la naturaleza son materias de un gran crecimiento en el derecho, la jurisprudencia y la doctrina, son un asunto de interés público global y nacional y se encuentra muy presente en la agenda de las organizaciones de la sociedad civil. La Corte IDH viene a congregar muchos de esos aportes. La metodología que desarrolla en el conocimiento de los casos que son sometidos a la Corte a su decisión y sus opiniones consultivas, invoca fuentes del derecho interamericano, del derecho universal, del Derecho Internacional del Ambiente, del derecho comparado y los ordenamientos internos de los estados sometidos a su jurisdicción. El conjunto complejo de normas y fuentes se cristaliza en criterios con vocación regional y universal que se refleja e impacta en el proceso constituyente chileno.

Lo ambiental y la naturaleza han pasado a formar parte del nuevo constitucionalismo del S. XXI con una vertiente importante que proviene del DIDH y del Derecho Internacional del Ambiente. En el proceso constituyente (en curso y fallido) no parece existir dudas en cuanto a la necesidad de avanzar hacia un nuevo texto que se haga cargo de los enormes desafíos que enfrentará el país y el mundo en lo que se refiere a la protección y cuidado de la naturaleza y el ambiente. Los matices se encuentran en cuanto a la innovación y creación de normas, instituciones y mecanismos que van de más a menos.

Los contenidos y alcances que se desarrollan sobre medio ambiente, agua y naturaleza en el actual proceso constituyente difieren del primer fallido proceso. No desarrolla institucionalidad, opta por referirse a medio ambiente más que a naturaleza; no reconoce derechos a la naturaleza ni elimina el derecho de aprovechamiento de aguas, entre otras cuestiones. En cuanto al contenido y alcance del derecho a un medio ambiente sano y al agua y al saneamiento ambos procesos se aproximan, tam-

ciudadana oportuna, de conformidad a la ley. Artículo 204 El Estado debe fomentar el desarrollo sostenible, armónico y solidario del territorio nacional, instando a la colaboración privada en dicha tarea. Artículo 205 El Estado promoverá las fuentes de energía renovable, así como también la reutilización y reciclaje de los residuos, de conformidad a la ley. Artículo 206 El Estado implementará medidas de mitigación y adaptación, de manera oportuna y justa, ante los efectos del cambio climático. Asimismo, promoverá la cooperación internacional para la consecución de estos objetivos. Artículo 207 1. El Estado contará con instituciones administrativas y jurisdiccionales en materia ambiental, las que serán de carácter técnico. 2. Los procedimientos de evaluación ambiental serán de carácter técnico y participativo, y asegurarán una decisión razonable y oportuna.

bién en la protección de la diversidad biológica y en el reconocimiento de las futuras generaciones, así como en la ampliación de los deberes de protección a todas las personas. Estas aproximaciones acercan los textos a las propuestas defendidas por la Corte IDH. Lo cierto es que, con el proceso en curso, no es fácil anticipar dos hechos fundamentales: primero, cuál será el texto final que se cometerá a plebiscito a finales de 2023; segundo, cuál será el resultado de ese proceso.

Se puede afirmar que ambos procesos incorporan con mayor o menor intensidad lo ambiental, la naturaleza y el agua. El primero más innovador se estrelló en un importante rechazo, el segundo, parece buscar una cierta legitimidad al incorporar, sin grandes innovaciones, lo ambiental, el agua y sus actuales complejidades.

Latinoamérica enfrenta en este ámbito un desafío mayor, con economías fuertemente dependientes de la explotación de minerales, no es fácil encontrar una ecuación justa entre el bienestar y la protección del ambiente y la naturaleza, mucho se ha escrito sobre el avanzar hacia otras formas y modelos económicos pero no parece que en este momento estemos cerca de esos otros modelos, mientras tanto, es importante que el derecho proporcione herramientas que reconozcan esa relación indisoluble ser humano-naturaleza para cimentar en tiempos complejos e inciertos,

Bibliografía

- ABRAMOVICH V. & COURTIS, C. (1997). Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales. 283-350. Disponible en: <http://www.oda-alc.org/documentos/1366995147.pdf>
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE (2022). Propuesta. Vid: https://s3.amazonaws.com/gobcl-prod/public_files/Campa%C3%B1as/Chile-Vota-Informado/Propuesta_de_la_Nueva_Constituci%C3%B3n.pdf.
- GRUPO INTERGUBERNAMENTAL DE EXPERTOS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO. 2021/17/PR. Disponible en: https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2021/08/IPCC_WGI-AR6-Press-Release-Final_es.pdf
- GALDÁMEZ L. (2022). La Naturaleza en la nueva Constitución de Chile. *Rivista di Diritto Comparati*, Blog. <https://www.dirittocomparati.it/la-naturaleza-en-la-nueva-constitucion-de-chile/>.
- NACIONES UNIDAS. Asamblea General A/76/L.75.
- REGLAMENTO GENERAL DE LA CONVENCION, 25. Disponible en: <https://www.chile-convencion.cl/wp-content/uploads/2021/10/Reglamento-definitivo-versio%C3%81n-para-publicar.pdf>
- VON BOGDANDY, A. (2015). *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista Derecho del Estado* n.º 34, enero-junio.

Jurisprudencia y Opinión Consultiva Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349.

Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de mayo de 2019. Serie C No. 378; Corte IDH.

Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.

Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400.

Corte IDH. Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, rol N° 3729-2017, que se pronuncia sobre requerimiento de inconstitucionalidad presentado en contra del proyecto de ley de despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales.

Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de mayo de 2019.

Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de febrero de 2018.

Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23.

PRIMERA PARTE

Derecho Económico y Derechos Humanos



Ley 1918 de 2018: una oportunidad para la consolidación de políticas empresariales de debida diligencia en derechos humanos en Colombia

Daniela Naranjo-Tabares¹

(Colombia)

RESUMEN La Ley 1918 de 2018, reglamentada por el Decreto 753 de 2019, establece el deber de las entidades públicas y privadas de verificar en sus procesos de selección de personal el registro de inhabilidades por delitos sexuales cometidos contra menores de edad, cuando los aspirantes pretendan desempeñar cargos, oficios o profesiones que impliquen una relación habitual y directa con los mismos. Esta norma parece representar un precedente de *Due Diligence* o debida diligencia obligatorio en derechos humanos para las empresas, en una época en que su responsabilidad en la protección de los mismos adquiere mayor trascendencia en el contexto mundial y latinoamericano.

PALABRAS CLAVE: *Due diligence*, derechos humanos, política empresarial.

1. Algunas consideraciones sobre delitos sexuales contra menores de edad en la legislación colombiana y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Según las cifras del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses², en el año 2019 se realizaron en Colombia 26.158 exámenes médico legales por presuntos delitos sexuales, de los cuales el 89.22% correspondió a casos de niños, niñas y/o adolescentes (en adelante NNA). Los casos se han mantenido en constante aumento desde el año 2016, pese a que para el año 2020, la cifra de los exámenes médico legales por presunto delito sexual practicados a esta población disminuyó. Para el banco de

1. Abogada y especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Libre de Pereira y Magíster en Derecho Empresarial de la Universidad Javeriana de Cali. Para la fecha de presentación de la ponencia, vinculada como abogada senior a una empresa del sector privado de la ciudad de Pereira, Colombia. Correo electrónico: danielant17@gmail.com , Ley 1918 de 2018: una oportunidad para la consolidación de políticas empresariales de debida diligencia en derechos humanos en Colombia.

2. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. “Exámenes médico legales por presunto delito sexual en Colombia” (2019). <https://www.medicinalegal.gov.co/cifras-estadisticas/forensis>.

datos *Data República* esto no sería indicativo de “una real reducción de casos, sino ser resultado de una menor cantidad de denuncias realizadas dado el confinamiento obligatorio por la propagación de la COVID-19 en el país”³. Situación agravada por la ausencia de interacción de los NNA con personas claves en la detección de signos de alarma, como profesores, personal médico, familia extensa, entre otros, por lo que no deja de ser un panorama preocupante.

Cabe destacar que, “el delito sexual está constituido por actos o amenazas que atentan contra la dignidad y libertad sexual de una persona ejercido mediante el uso de la fuerza física o engaño con el propósito de imponer una conducta sexual en contra de su voluntad”⁴. Definición que cobija una amplia gama de conductas que pueden ser consideradas como tal. En la legislación colombiana, específicamente en el código penal⁵, estos delitos están estipulados como aquellos que atentan contra la libertad, integridad y formación sexuales, encontrándose también una especial protección para los menores de 14 años, cuando son víctimas de conductas como el acceso carnal o los actos sexuales. Lo anterior, como lo ha resaltado la Corte Constitucional “no implica (...) que los menores mayores de 14 años no gocen de protección constitucional o legal alguna respecto de actos sexuales o accesos carnales violentos, sin su consentimiento”⁶, máxime cuando a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño, “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”⁷.

Ahora bien, la protección constitucional y legal no se brinda solo desde el aparato punitivo del Estado. Pues si bien la investigación y castigo de conductas que afecten sus derechos son muy importantes, otro tipo de medidas son esperadas de la sociedad en general y los entes encargados de su protección, empezando por el Estado. En ese sentido, ha indicado UNICEF⁸ que un entorno nacional propicio para la protección de los derechos de los NNA abarca la aplicación efectiva de leyes y políticas, prevención de delitos y creación de instituciones y entornos seguros.

3. Sophia Jaramillo. “Informe sobre violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes en Colombia, 2015-2020”, *Data República*, 30 de junio de 2021.

4. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. “*Posibles delitos sexuales*” (s.f). <https://www.medicinalegal.gov.co/documents/20143/49222/Delito+Sexual.pdf>

5. Congreso de la República de Colombia, Ley 599 de julio 24 de 2000.

6. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C- 876 de 2011.

7. Organización de Naciones Unidas, (1989) En <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

8. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), *Acción para poner fin a la explotación y el abuso sexuales de las niñas, niños y adolescentes*, diciembre de 2020. En: <https://www.unicef.org/media/102211/file/CSAE-SUMMARY-WEB-ES.pdf>,

Frente a este último aspecto, por ejemplo, la Corte Interamericana de DDDHH resaltó, en el marco del caso Guzmán Albarracín y Otras Vs. Ecuador⁹, el derecho de los NNA a una vida libre de violencia sexual en el ámbito educativo. Señalando que el Estado ecuatoriano era responsable de la violación a los derechos a salud; integridad personal; a la honra y dignidad; a la igualdad y no discriminación; a vivir libre de violencia y a la educación, de una menor que se suicidó después de ser víctima de una serie de abusos en un colegio estatal, incluyendo la violencia sexual. Además, se consideró que dicho Estado había incumplido su deber de respeto y de garantía en el componente de prevención.

Por otro lado, el Comité de los Derechos del Niño ha resaltado que, entre las obligaciones del Estado, la familia y otros agentes, se cuenta la de actuar con debida diligencia para proteger a los NNA de las violaciones a sus derechos humanos (en adelante DD.HH.)¹⁰. Lo que conlleva a deducir que, hay otros agentes que pueden ser partícipes de actividades los cuales no son monopolio del Estado y que contribuyen a la protección de un grupo poblacional especial frente a conductas que los hacen vulnerables, como la violencia sexual en todas sus acepciones.

2. Responsabilidad de los Estados por violación de los derechos humanos cometida por empresas

Bajo los estándares interamericanos, el requerimiento de protección a los DD.HH. y la responsabilidad por acciones u omisiones que socaven los mismos, en el marco de las actividades empresariales, había estado dirigido tradicional y únicamente a los Estados a través de la imposición de deberes como el de adoptar disposiciones de derecho interno, prevenir las violaciones, fiscalizar, investigar, sancionar y garantizar reparaciones¹¹. Sin embargo, para la Relatoría Especial sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –REDESCA–, la interpretación a cerca de los actores que deben tomar partida en la protección de los DD.HH., debe extenderse a otros agentes sociales, incluyendo a las empresas. Puesto que, es “ampliamente aceptado que el respeto de los derechos humanos es una norma de conducta mundial aplicable a todas las empresas en todas las situaciones, independientemente de la existencia de normas nacionales que la concreten y de las obligaciones internacionales de los Estados en esta ma-

9. Sentencia del 24 de junio de 2020 (Fondo, reparaciones y costas), p. 27.

10. Organización de Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 13 (2011). Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia.*

11. Relatoría Especial sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos -REDESCA-, *Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos*, (2019): p. 55.

teria”¹². Esta misma entidad ha dejado claro que ninguna empresa estaría exenta de desarrollar políticas de protección a los DD.HH., independientemente de factores como su tamaño, actividad, localización, entre otros¹³.

Cabe resaltar que, si bien se viene incluyendo hace tiempo en las decisiones de la Corte Interamericana un llamado a la responsabilidad empresarial en la protección de los DD.HH., recientemente éste se ha hecho más contundente. Puede destacarse el caso de *Los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y Otros) Vs. Honduras* en donde se reconoció “la existencia de violaciones a los derechos humanos en el contexto de actividades empresariales de pesca submarina en donde se sometía a trabajadores indígenas a condiciones de explotación laboral aprovechándose de su situación de vulnerabilidad, incluyendo la pobreza [...]”¹⁴.

También se tiene como referente el caso *Martina Rebeca Vera Rojas Vs. Chile* en el que, por la omisión estatal al seguimiento a las condiciones de salud de una menor y por la ausencia de garantías para protegerla de la actuación indebida de empresas privadas. Se ha determinado en lo que va del caso que, “*de la obligación estatal de asegurar la efectividad de los derechos humanos se proyectan efectos en las relaciones entre particulares, quienes por consecuencia tienen la obligación de respetar estos*”. Respecto de las obligaciones de las empresas aseguradoras que intervienen en la prestación de servicios de salud¹⁵.

Otros como *Caso Muelle Flores Vs. Perú*¹⁶, se han prestado para que la Corte reitera que los Estados también pueden ser responsables por falta de salvaguardas normativas que prevengan la violación de DD.HH. en el ámbito empresarial.

Así entonces, el avance progresivo en los informes de la Comisión o en la jurisprudencia de la Corte IDH, deben representar un referente en la materia, tanto para Estados como para empresas. Pues si bien la responsabilidad a través de éste tribunal no puede ser declarada directamente sobre ellas, el solo hecho de involucrarlas y mencionarlas, puede generar un alto impacto reputacional. Además de las sanciones internas y la obligación de aportar en procesos de reparación, en eventuales decisiones. Por lo que, de alguna manera debería alentar al desarrollo voluntario de políticas de protección a los DD.HH.

12. *Ibíd.*, p. 93.

13. *Ibíd.*, p.13.

14. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 31 de agosto de 2021.

15. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe de Fondo No. 107/18, 5 de octubre de 2018.

16. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Muelle Flores Vs. Perú*, Sentencia de 6 de marzo de 2019.

3. Debida diligencia empresarial en derechos humanos

Dentro de las múltiples buenas prácticas en DD.HH. que se esperan de las empresas, principalmente condensadas en los Principios de la ONU sobre Derechos Humanos y Empresas¹⁷ –actualmente el referente más importante en la materia–; la debida diligencia –*due diligence*– es entendida como un mecanismo que permite a estas “identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos”¹⁸. Pese a ello, por los factores como desconocimiento, renuencia o desinterés de las empresas frente al tema, entidades como *Human Rights Watch*¹⁹, han documentado e investigando violaciones a los DD.HH., han realizado llamados a favor de la promulgación de una norma internacional vinculante en debida diligencia, argumentando la ausencia de acción estatal para su regulación y el bajo compromiso de la comunidad empresarial para la implementación voluntaria de políticas²⁰. De hecho, desde el 2014 se viene gestando la creación de un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos²¹. El proyecto completó hasta octubre de 2021, tres borradores, en los que el *due diligence* ha sido una parte importante, sobre todo por la conexidad que tiene en la materialización de la prevención y los mecanismos de remedio por violación a los DD.HH.

Otras latitudes también se han sumado al auge de la debida diligencia, con un enfoque en problemáticas específicas como el trabajo forzado. Ya desde 2014, Reino Unido promulgó una ley sobre esclavitud moderna que obliga a algunas empresas a declarar sobre las medidas adoptadas para la prevención de este flagelo. Por otro lado, la Comisión Europea de los Derechos Humanos lanzó también en julio de 2021 una directiva sobre la debida diligencia para la prevención del trabajo forzado en las ca-

17. También conocidos como los *Principios de John Ruggie*.

18. Organización de las Naciones Unidas. Principios Ruggie (2011), p. 20.

19. Human Rights Watch, *Los derechos humanos en las cadenas de suministro: Un llamado a favor de una norma internacional vinculante sobre la debida diligencia* (2016).

20. María Prandi. *Los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: significado y alcance* Debates IESA 14, 4, (2009), 56-58.

21. Organización de Naciones Unidas, *Improving Accountability and Access to Remedy for Business and Human Rights Abuses: A submission from the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR) on the Third Revised Draft of the legally binding instrument (LBI) to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises*. (18 de octubre de 2021). En: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/igwg-7th-ohchr-submission.pdf>.

denas de suministro²², destacando que ésta ayudaría a dar un manejo a riesgos como impactos reputacionales o económicos por litigios relacionados con violaciones a derechos humanos. Por lo que, era importante que fuera exigida en los Estados a través de legislación, así como por los inversores y empresarios.

Por otro lado, entidades como la OCDE se suman a la causa de promover la implementación de procesos de debida diligencia en las empresas. La Guía de la OCDE de debida diligencia para una conducta empresarial responsable²³, alineada con los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos y la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la Organización Internacional del Trabajo –OIT–, reconoce la importancia de abordar estrategias especiales para grupos poblacionales vulnerables como los niños²⁴. Esta misma entidad ha promovido también guías por sectores económicos para la implementación de procesos de debida diligencia, reconociendo los riesgos más presentes en ellos.

Todo lo anterior, da cuenta de la importancia que ha ido adquiriendo la debida diligencia en el escenario mundial de los derechos humanos. En Colombia, el escenario no es diferente. En una reciente investigación sobre “Las decisiones judiciales en Colombia y la debida diligencia empresarial en Derechos Humanos”, se concluye que en algunas decisiones de la Corte Constitucional “se analizan e incorporan parámetros internacionales sobre debida diligencia para entender si las empresas actuaron de la manera correcta y traza obligaciones que deben asumir para reparar sus daños”²⁵. Sin embargo, la transformación de dichas decisiones en buenas prácticas empresariales puede tardar mucho tiempo, especialmente porque no todas las compañías están enteradas de los beneficios de la debida diligencia en el manejo de riesgos por violación a los derechos humanos, y porque hasta ahora, no se han proferido normas que exijan su implementación integral.

22. Comisión Europea de los Derechos Humanos, Guidance On Due Diligence For Eu Businesses To Address The Risk Of Forced Labour In Their Operations And Supply Chains. (12 de julio de 2019) En: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/july/tradoc_159709.pdf.

23. Guía de la OCDE, (2018).

24. *Ibíd.*, p. 55.

25. Zuleta Abogados & Fundación Ideas Para La Paz, (2021), 52.

4. La Ley 1918 de 2018 y la debida diligencia empresarial para la protección de niños, niñas y adolescentes

La Ley 1918 de 2018, promulgada por el Congreso de la República de Colombia el 12 de julio de 2018²⁶, establece que las personas que hayan sido condenados por la comisión de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales de persona menor de 18 años, serán inhabilitadas para el desempeño de cargos, oficios o profesiones que involucren una relación directa y habitual con menores de edad²⁷. Para ello, se creó un registro de inhabilidades administrado por el Ministerio de Defensa, a través de la Policía Nacional que sirve como base de consulta virtual –atendiendo las formalidades de ley en materia de protección y uso de datos personales–, para los procesos de selección de personal. La verdadera novedad de la norma, es que dicha verificación no es voluntaria. En el artículo cuatro, dispone el **deber de verificación** a cargo de todo tipo de entidades, públicas o privadas, de consultar el registro de inhabilidades cuando los candidatos en sus procesos de contratación laboral estén buscando ocupar cargos que impliquen esa relación directa o habitual con menores de edad.

La norma fue objeto de una demanda que alegaba su inconstitucionalidad por ser contraria a los fines de la pena y su límite temporal en Colombia, como lo citó la Corte Constitucional, por imponer un trato inhumano y degradante al “incapacitar al condenado a través de un mecanismo de inocuización que impida cualquier contacto con menores de edad”²⁸ y por vulnerar los derechos al buen nombre, honra, igualdad, dignidad humana, trabajo, entre otros. En sentencia C-407 de 2020, la Corte Constitucional decidió la constitucionalidad condicionada de la norma, en el sentido de que “la duración de la pena accesoria referida en la mencionada disposición, deberá sujetarse a los límites temporales que para dichas penas establezca el Código Penal”²⁹, y declarando inexecutable la facultad que daba la norma al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF– para definir los cargos, oficios o profesiones que se caracterizaban por esa relación con los NNA.

Dicha brecha fue cerrada mediante el Decreto 753 de 2019, al establecer:

Se consideran como cargos, oficios o profesiones susceptibles de la aplicación de la inhabilidad especial por delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes, aquellos desarrollados en los ámbitos: educativo, recreativo de cuidado, protección, asistencia, salud, nutrición, bienestar,

26. Congreso de la República de Colombia, (2018).

27. *Ibid.*, Artículo 1º.

28. Cita de la Corte Constitucional de Colombia, sentencia C- 407 de 2020, citando la demanda objeto de decisión.

29. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C- 407 de 2020.

cultural, religioso, seguridad, entre otros que puedan implicar un trato directo y habitual con los niños, niñas y adolescentes³⁰.

Si bien el Decreto define algunos cargos, se aclara que son simplemente enunciativos, pues el criterio que deben seguir las entidades públicas y privadas para establecer si están obligadas a consultar el registro de inhabilidades en los procesos de contratación es “el trato directo y habitual con niños, niñas y adolescentes”, que el mismo decreto define como “aquella interacción o trato personal o a través de cualquier medio tecnológico, que se genere en el ejercicio del empleo, oficio o profesión que comporte un contacto con los menores de edad que tenga carácter habitual, es decir, que se genere con frecuencia”³¹.

Finalmente, el Decreto reitera que tanto entidades públicas y privadas están no solo obligadas, sino también legitimadas para hacer la consulta, so pena de una sanción pecuniaria, que puede ser impuesta por la infracción durante el proceso de selección o por la ausencia de seguimiento cada cuatro meses después de dar inicio a la relación laboral, legal o reglamentaria³².

Este punto condensa la tesis aquí planteada, ya que si la debida diligencia en términos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y más precisamente, de acuerdo con los Principios de Empresas y Derechos Humanos de la ONU, es concebida como un mecanismo que busca identificar y prevenir los riesgos empresariales en derechos humanos. La Ley 1918 de 2018 contiene un verdadero deber para las compañías colombianas de estructurar un proceso de debida diligencia para prevenir un flagelo social grave, como lo es la violencia sexual contra los NNA que eventualmente pudiera cometerse desde la ejecución de sus actividades o por sus trabajadores.

Además, se materializa el clamor de tantas organizaciones internacionales por la regulación estatal en la materia, incluyendo sanciones. Y, si bien no se está plasmando en la norma el desarrollo integral de una política o procedimiento en debida diligencia para prevenir íntegramente las violaciones a derechos humanos, al menos se acoge la prevención de una afectación grave y con alto impacto social, dirigida a un grupo de especial protección constitucional.

Por ello, se trata de un primer paso hacia consolidación de políticas más íntegras y de la apertura paulatina de las compañías al reconocimiento de un proceso de prevención y mitigación de riesgos relacionado con derechos humanos. La implementa-

³⁰. Presidente de la República de Colombia. Por medio del cual se reglamenta la Ley 1918 de 2018 “Por medio de la cual se establece el régimen de inhabilidades a quienes hayan sido condenados por delitos sexuales cometidos contra menores, se crea el registro de inhabilidades y se dictan otras disposiciones”, (30 de abril de 2019)., art. 1.

³¹. *Ibid.*

³². *Ibid.*, art. 3.

ción de la norma reclama activismo de las empresas colombianas, que estén obligadas en los términos ya mencionados, más allá de la simple consulta en las listas restrictivas por inhabilidades sexuales al momento de contratar personal.

Finalmente, una implementación real será de beneficio compartido: las compañías podrían proteger activos intangibles como la reputación empresarial y el fortalecimiento de sus sistemas de riesgos; el conglomerado social fortalecería la protección de los derechos sexuales de los menores de edad; y el Estado colombiano podría avanzar paulatinamente en una forma de prevención y control de las violaciones a DD.HH. que se puedan cometer desde el sector privado.

Bibliografía

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Martina Vera Vs. Chile*. Informe de Fondo No. 107/18, 5 de octubre de 2018.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Ley 1918 de 2018, 12 de julio. *Diario oficial* 50.652.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Ley 599 de julio 24 de 2000.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Por medio de la cual se establece el régimen de inhabilidades a quienes hayan sido condenados por delitos sexuales cometidos contra menores, se crea el registro de inhabilidades y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* No. 50.652 de 12 de julio de 2018.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-407 de 2020, M.P José Fernando Reyes Cuartas
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C- 876 de 2011, M.P Mauricio González Cuervo.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CASO MUELLE FLORES Vs. PERÚ, Sentencia de 6 de marzo de 2019.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de Los Buzos Miskitos (Le-moth Morris Y Otros) Vs. Honduras*, Sentencia de 31 de agosto de 2021.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Guzmán Albarracín y Otras Vs. Ecuador*, Sentencia del 24 de junio de 2020, Fondo, reparaciones y costas.
- FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA (UNICEF), Acción para poner fin a la explotación y el abuso sexuales de las niñas, niños y adolescentes, diciembre de 2020. <https://www.unicef.org/media/102211/file/CSAE-SUMMARY-WEB-ES.pdf>.
- HUMAN RIGHTS WATCH. Los derechos humanos en las cadenas de suministro: Un llamado a favor de una norma internacional vinculante sobre la debida diligencia, (2016). <https://www.hrw.org/es/report/2016/05/30/los-derechos-humanos-en-las-cadenas-de-suministro/un-llamado-favor-de-una-norma>.

- INSTITUTO COLOMBIANO DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORESES. *Revista Forensis*, (2018). <https://www.medicinalegal.gov.co/documents/20143/386932/Forensis+2018.pdf/be4816a4-3da3-1ff0-2779-e7b5e3962d60>.
- INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES. “Exámenes médico legales por presunto delito sexual en Colombia”, 2019. <https://www.medicinalegal.gov.co/cifras-estadisticas/forensis>.
- INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES. (s.f.) “Posibles delitos sexuales”.
- JARAMILLO, S. “Informe sobre violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes en Colombia, 2015-2020”, *Data República*, 30 de junio de 2021. <https://datarepublica.org/publica/49>.
- OCDE. *Guía De La OCDE De Debida Diligencia Para Una Conducta Empresarial Responsable*, 2018.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (2011), Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 13.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Convención sobre los Derechos del Niño, (1989). <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Principios Rectores sobre Derechos Humanos y Empresas, (2011). https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf
- PRANDI, M. (2009) “Los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: significado y alcance” *Debates IESA*. 14(4), 56-58.
- PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, 30 de abril de 2019. Por medio del cual se reglamenta la Ley 1918 de 2018 “Por medio de la cual se establece el régimen de inhabilidades a quienes hayan sido condenados por delitos sexuales cometidos contra menores, se crea el registro de inhabilidades y se dictan otras disposiciones”.
- RELATORÍA ESPECIAL SOBRE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, REDESCA. *Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos*, (2019). <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>.
- ZULETA ABOGADOS & FUNDACIÓN IDEAS PARA LA PAZ-FIP- 2021. *Las Decisiones Judiciales En Colombia y La Debida Diligencia Empresarial En Derechos Humanos*, cinco estudios de caso.

SEGUNDA PARTE

Preocupaciones sobre Migración en Latinoamérica



Publicidad digital de alimentos y bebidas dirigida a niños, niñas y adolescentes: debates, ausencias, y desafíos desde los derechos humanos

Julián Gutiérrez-Martínez¹
Diana Guarnizo-Peralta²
Paula Angarita-Tovar³
(Colombia)

RESUMEN Ante el crecimiento en las cifras de sobrepeso, obesidad y enfermedades no transmisibles, la academia y organismos como la Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de la Salud han sugerido medidas como la regulación de la publicidad de productos ultraprocesados dirigida a niños, niñas y adolescentes. Partiendo de lo anterior, esta ponencia busca dar un panorama general sobre el concepto de publicidad digital, particularmente del uso de *influencers* como técnica para publicitar alimentos y bebidas no saludables, sus efectos en los hábitos de consumo de los niños, niñas y adolescentes, así como el deber de los Estados de regular esta publicidad.

PALABRAS CLAVE: Publicidad digital; influencers; regulación; productos ultraprocesados; obesidad; niños.

Introducción

Existe una fuerte evidencia científica desarrollada durante los últimos 40 años que señala cómo el sobrepeso y la obesidad han crecido de manera dramática entre

1. Magister en Sociología de la Universidad de Oxford. Abogado y especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia. Se desempeñó como Investigador de la línea de Justicia Económica de Dejusticia. julfgutierrezmar@unal.edu.co.

2. PhD y LLM de la Universidad de Essex. Abogada y especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia. Actualmente se desempeña como directora del área de Justicia Económica en Dejusticia. dguarnizo@dejusticia.org.

3. Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente se desempeña como investigadora del área de Justicia Económica en Dejusticia. pangarita@dejusticia.org.

niños, niñas y adolescentes, al menos entre 1975 y 2016⁴. La obesidad en niños, niñas y adolescentes tiende a prevalecer en la edad adulta, y se convierte en un factor de riesgo para la adquisición de enfermedades crónicas no transmisibles (ECNT), como las cardiovasculares y algunos cánceres⁵. En este contexto, la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Organización Panamericana de la Salud (OPS)⁶ y el *World Cancer Research Fund* (WCRF)⁷ incluyen el consumo de productos comestibles ultraprocesados, coloquialmente llamados “comida chatarra”, como uno de los principales causantes del aumento de estas afecciones.

Así, los problemas de malnutrición (obesidad y otras enfermedades crónicas no transmisibles), por el consumo excesivo de productos comestibles ultraprocesados con alto contenido de grasas, azúcar y sodio han sido considerados una amenaza para la salud pública mundial⁸. Actualmente, salubristas y científicos reconocen la epidemia de obesidad como “el cambio climático de la salud pública”⁹.

Ante esto, tanto la OMS¹⁰ como la OPS¹¹, han insistido en que los Estados adopten políticas tendientes a desincentivar el consumo de productos altos en azúcar, grasa saturada y sodio, como también en promover hábitos de alimentación saludable en la población. Una de estas medidas, está enfocada en tomar medidas orientadas a reducir el impacto que tiene en los niños, niñas y adolescentes la publicidad y promo-

4. Leandra Abarca-Gómez et al., «Worldwide trends in body-mass index, underweight, overweight, and obesity from 1975 to 2016», *The Lancet* 390(10113) (2017): 627-42, [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(17\)32129-3](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(17)32129-3).

5. Leanne Riley, Hebe Gouda, y Melanie Cowan, *Non-Communicable Diseases Progress Monitor 2017*, *World Health Organization 2017*, (2017), <https://doi.org/10.2766/120051>.

6. OPS y OMS, «Alimentos y bebidas ultraprocesados en América Latina: tendencias, efecto sobre la obesidad e implicaciones para las políticas públicas», (2015). https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/7698/9789275318645_esp.pdf.

7. *World Cancer Research Fund International*, «Curbing global sugar consumption: Effective food policy actions to help promote healthy diets and tackle obesity» (*World Cancer Research Fund*, 2015).

8. M. de Onis y T. Lobstein, «Defining Obesity Risk Status in the General Childhood Population: Which Cut-Offs Should We Use?», *International Journal of Pediatric Obesity* 5(6) (diciembre de 2010): 458-60, <https://doi.org/10.3109/17477161003615583>.

9. Geof Rayner y T. Lang, «Ecological public health», *Health of people, places and planet* 617 (2012).

10. Organización Mundial de la Salud, *Conjunto de recomendaciones sobre la promoción de alimentos y bebidas no alcohólicas dirigida a los niños*, (2010), https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44422/9789243500218_spa.pdf?sequence=1.

11. Organización Panamericana de la Salud, *Recomendaciones de la Consulta de Expertos de la Organización Panamericana de la Salud sobre la promoción y publicidad de alimentos y bebidas no alcohólicas dirigida a los niños en la Región de las Américas*, (2011), [https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2012/Experts-Food-Marketing-to-Children-\(SPA\).pdf](https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2012/Experts-Food-Marketing-to-Children-(SPA).pdf).

ción de dichos productos (recomendaciones 1, 2 y 7 de la OMS y recomendaciones 1, 2 y 7 de la OPS). La publicidad y promoción de productos considerados como no saludables incide en la modificación de hábitos de consumo en los niños hacia la adultez, como consecuencia de la influencia desproporcionada que estos tienen en el establecimiento de preferencias, solicitudes de compra y consumo¹².

La evidencia científica ha sido reiterativa al afirmar que la publicidad de productos altos en azúcar, sodio y grasas es una de las causas de la epidemia obesogénica infantil, la cual incide en muertes prematuras y/o muchos años de atención médica costosa¹³. Según Boyland y Halford¹⁴, la frecuente exposición de los niños, niñas y adolescentes a publicidad de productos comestibles y bebibles no saludables causa el aumento significativo en la ingesta de estos, y una mayor preferencia por alimentos altos en carbohidratos y altos en grasas en niños que se ven expuestos a una gran cantidad de medios publicitarios¹⁵.

Empero, la influencia de la publicidad en niños, niñas y adolescentes es especialmente preocupante por dos motivos: primero, porque sus capacidades cognitivas aún se están en desarrollo, y, segundo, por las repercusiones que tiene en el estilo de vida futuro¹⁶. Se ha demostrado que, si bien la habilidad cognitiva de los niños y niñas para entender el intento de venta de un producto se alcanza cerca de los 8 años, la habilidad cognitiva para entender el intento de persuasión (es decir, el utilizar técnicas de promoción para aumentar el deseo de adquirir algo) se desarrolla después de los 11 años. Inclusive, la evidencia más reciente resalta que esta habilidad se desarrolla progresivamente hasta la adultez¹⁷. Por otra parte, también se ha demostrado que los hábitos alimentarios desarrollados en la niñez suelen persistir durante la vida adulta.

12. J. Michael McGinnis, Jennifer Appleton Gootman, y Vivica I. Kraak, *Food marketing to children and youth: threat or opportunity? Institute of Medicine of The National Academies, The National Academies Press*, (2006), <https://doi.org/10.17226/11514>.

13. Tim Lang, David Barling, y Martin Caraher, *Food Policy: Integrating health, environment and society, Food Policy: Integrating Health, Environment and Society*, Oxford University Press, (2009), <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198567882.001.0001>.

14. Emma J. Boyland y Jason C.G. Halford, «Television advertising and branding. Effects on eating behaviour and food preferences in children», *Appetite* 62(1) (2013): 236-41, <https://doi.org/10.1016/j.appet.2012.01.032>.

15. *Ibid.*

16. Mallarino, C. et al., «Advertising of ultra-processed foods and beverages: Children as a vulnerable population», *Revista de Saude Publica* 47(5) (2013): 1006-10, <https://doi.org/10.1590/S0034-8910.2013047004319>.

17. Owen B.J. C. et al., «Children's understanding of the selling versus persuasive intent of junk food advertising: Implications for regulation», *Social Science and Medicine* 72(6) (2011): 962-68, <https://doi.org/10.1016/j.socscimed.2011.01.018>.

A pesar de que, la literatura científica se ha preocupado por analizar diversos tipos de publicidad dirigida a niños, niñas y adolescentes, encontramos que las técnicas de publicidad comúnmente analizadas son la publicidad televisiva y en películas¹⁸. Ahora bien, aunque la evidencia científica relacionada con la publicidad digital continúa en desarrollo, el consolidar su regulación, de la manera más adecuada, se ha convertido cada vez más en un tema de estudio por parte de la academia, como es el caso del campo de los derechos humanos. Así las cosas, esta ponencia busca dar un panorama general sobre el concepto de la publicidad digital, particularmente del uso de *influencers* como técnica para publicitar alimentos y bebidas no saludables; sus efectos en los hábitos de consumo de los niños, niñas y adolescentes; así como el deber del Estado de regular dicho tipo de publicidad.

Este documento se dividirá en cinco partes: primero, una reconstrucción del concepto, características e implicaciones de la transformación de la publicidad tradicional a la publicidad digital; segundo, una breve descripción del reto particular que presenta la publicidad de *influencers* en la modificación de hábitos de consumo de los jóvenes; tercero, un análisis de los derechos que potencialmente se ven afectados por el uso de *influencers*, como técnica publicitaria para promocionar alimentos y bebidas no saludables; cuarto, una presentación del estado actual de la regulación estatal sobre la materia; y, finalmente, algunas conclusiones.

1. Publicidad digital dirigida a niños, niñas y adolescentes

En los últimos quince años se ha dado una clara transformación en la manera en la cual los consumidores reciben los mensajes publicitarios. El tiempo que estos pasaban en televisión ha disminuido significativamente, dando paso a un mayor consumo de contenido digital, incluidas las redes sociales, videojuegos y servicios de suscripción de video vía *streaming*¹⁹. Además, al menos un tercio de todos los usuarios de internet son niños y niñas, con un consumo aproximado de 15 horas semanales.

Esta transformación ha sido analizada con prevalencia en países como Estados Unidos, donde el tiempo que los adolescentes estuvieron frente a la televisión pasó

18. Smith, R. et al., «Food marketing influences children's attitudes, preferences and consumption: A systematic critical review», *Nutrients* 11(4) (2019): 875, <https://doi.org/10.3390/nu11040875>; Maria Manuela Chemas-Velez et al., «Scoping review of studies on food marketing in Latin America: Summary of existing evidence and research gaps», *Revista de saude publica* 53, n.o 107 (2020): 18, <https://doi.org/10.11606/S1518-8787.2019053001184>.

19. Radesky, J. et al., «Digital Advertising to Children», *Pediatrics* 146(1) (julio de 2020): e20201681, <https://doi.org/10.1542/peds.2020-1681>; Emma Boyland et al., «Digital Food Marketing to Young People: A Substantial Public Health Challenge», *Annals of Nutrition and Metabolism* 76, n.o 1 (2020): 5-8, <https://doi.org/10.1159/000506413>.

de 2.6 horas diarias en 2013 a 1.8 en 2017, disminuyendo en un 43%²⁰. En cambio, los adolescentes que reportaron pasar su tiempo en línea constantemente pasó del 24% en 2014 a cerca del 50% en 2018, es decir, un aumento de cerca de 25 puntos porcentuales²¹. Esto llevó a que la inversión por publicidad digital en este país llegara a los 1.700 millones de dólares en 2021²². En esa misma tendencia, para América Latina el gasto por publicidad llegó igualmente a los 6.000 millones de dólares²³.

Este cambio en el panorama ha establecido en la comunidad científica, como también en el mundo de los derechos humanos, una preocupación especial por la publicidad en los medios digitales, la cual plantea retos particulares en comparación con las formas de mercadeo tradicional. La publicidad o mercadeo digital es, de acuerdo con Boyland y otros²⁴ una actividad de promoción comercial a través de medios digitales que busca maximizar su impacto a través de “métodos creativos o analíticos”, involucrando a múltiples actores como “*Adtech Companies*” (empresas de tecnología publicitaria), publicistas y marcas o agencias²⁵.

Ahora bien, la evidencia sobre el impacto que este tipo de publicidad ejerce sobre los comportamientos de consumo en relación con los niños, niñas y adolescentes implica retos particulares debido a su complejo funcionamiento. La publicidad digital es más difícil de identificar que la presentada en televisión u otros medios tradicionales, pues se basa en un sofisticado sistema de recolección y análisis de datos personales que personaliza y apunta de manera más precisa su contenido a través de múltiples medios, plataformas y redes sociales.

Actualmente las empresas de publicidad y mercadeo pueden “rastrear e influenciar a las personas guiados por la recolección de datos comportamentales”²⁶, a través de los cuales se desarrollan un perfil digital de usuario para dirigir los mensajes

20. Fleming-Milici, F. y Harris, «*Adolescents’ Engagement with Unhealthy Food and Beverage Brands on Social Media*», *Appetite* 146 (marzo de 2020): 104501, <https://doi.org/10.1016/j.appet.2019.104501>; Monica Anderson y Jingjing Jiang, «*Teens, social media & technology 2018*», *Pew Research Center* 31 (2018): 1673-89.

21. *Ibid.*

22. Boyland et al., «*Digital Food Marketing to Young People: A Substantial Public Health Challenge*» (s.f.).

23. Statista, «*Publicidad digital: gasto anual Latinoamérica 2023*», Statista, accedido 23 de diciembre de 2021, <https://es.statista.com/estadisticas/627228/gasto-anual-en-publicidad-digital-latinoamerica/>.

24. Boyland et al., «*Digital Food Marketing to Young People: A Substantial Public Health Challenge*» (s.f.).

25. *Ibid.*

26. *Ibid.*

comerciales de manera más efectiva²⁷. Estos datos personales son recolectados a través de múltiples mecanismos: el almacenamiento del historial de búsqueda en las “Cookies” del navegador; la recolección de información sobre localización, contactos o la actividad realizada en aplicaciones y en las redes sociales (*Likes, Dislikes*, publicaciones, compras, etc.); o el historial en motores de búsqueda como Google, entre otros²⁸.

De la información recolectada en dispositivos móviles, de acuerdo con un estudio realizado por Binns y otros²⁹, la mayoría se tomó de aplicaciones infantiles y de noticias. Se estima que, respecto de un niño de 13 años, una *Adtech Company* puede haber recolectado alrededor de 72 millones de datos, “equivalentes a 12.000 piezas de información por hora en línea”³⁰.

Tal información es extraída por *Data-Brokering Companies* (compañías de minado de datos) con software especializados para posteriormente ser vendida a terceros (compañías interesadas en publicitar sus productos) que utilizarán esta información para fines comerciales³¹. Estos servicios son, sin embargo; de funcionamiento complejo, con algoritmos adaptativos entre múltiples plataformas e “intencionalmente opacos”, haciéndolos inaccesibles para la investigación académica³².

A pesar de la dificultad para recopilar evidencia sobre este tipo de publicidad, los estudios tradicionales han mostrado claramente cómo la publicidad dirigida a niños, niñas y adolescentes tiene un efecto persuasivo desproporcionado sobre estos como consecuencia de su estado de desarrollo cognitivo, que les impide diferenciar claramente entre la información objetiva y los mecanismos de persuasión, haciéndolos más susceptibles a estos últimos³³. Dado que la mayor exposición la tienen los niños,

27. Radesky et al., «*Digital Advertising to Children*» (s.f.).

28. Goldfarb, A. «*What is different about online advertising?*», *Review of Industrial Organization* 44, (2) (2014): 115-29; Radesky et al., «*Digital Advertising to Children*».

29. Reuben Binns et al., «*Third Party Tracking in the Mobile Ecosystem*», en *Proceedings of the 10th ACM Conference on Web Scienc*, WebSci '18: 10th ACM Conference on Web Science, Amsterdam Netherlands: ACM, (2018): 23-31, <https://doi.org/10.1145/3201064.3201089>.

30. Boyland et al., «*Digital Food Marketing to Young People: A Substantial Public Health Challenge*» (s.f.).

31. Zarouali, B. et al., «*“Do You like Cookies?” Adolescents’ Skeptical Processing of Retargeted Facebook-Ads and the Moderating Role of Privacy Concern and a Textual Debriefing*», *Computers in Human Behavior* 69 (abril de 2017): 157-65, <https://doi.org/10.1016/j.chb.2016.11.050>; Radesky et al., «*Digital Advertising to Children*».

32. Radesky et al., «*Digital Advertising to Children*» (s.f.).

33. McGinnis, Gootman, y Kraak, *Food marketing to children and youth: threat or opportunity?* Jennifer L. Harris, Kelly D. Brownell, y John A. Bargh, «*The Food Marketing Defense Model: Integrating Psychological Research to Protect Youth and Inform Public Policy*», *Social Issues and Policy Review* 3(1) (2009): 211-71, <https://doi.org/10.1111/j.1751-2409.2009.01015.x>; Mallarino et al., «*Advertising of ultra-processed foods and beverages: Children as a vulnerable population*».

niñas y adolescentes a este tipo de publicidad; así como el carácter focalizado de esta, ya que es posible prever cómo este tipo de publicidad impacta de manera más fuerte a esta población, en comparación con otros tipos de publicidad ya estudiados como la televisiva³⁴.

2. Publicidad de alimentos en redes sociales y el impacto de los influencers

Además de su capacidad de direccionar de manera más precisa el mensaje comercial a un consumidor mejor caracterizado, existen muchas características propias de la publicidad digital específicamente de productos comestibles y bebidas no saludables que, en su conjunto, pueden generar un efecto aún mayor sobre los niños, niñas y adolescentes, especialmente cuando usan redes sociales.

En un estudio de 2021, Daphne van der Bend y otros³⁵ analizan las visiones de los expertos en relación con las características de la publicidad de alimentos en redes sociales. De acuerdo con estos, la publicidad digital puede ser más persuasiva en tanto que, dada la naturaleza propia del medio digital es más interactiva y enganchante haciendo al receptor del mensaje parte del proceso³⁶. Además, el mejor uso de las herramientas visuales y de diseño para la promoción de marcas (aprovechando su posibilidad única de personalización), en conjunto con su conexión multiplataforma aporta a que el mensaje sea más constante y repetitivo, creando una fuerte identidad dentro de los consumidores³⁷.

Tales estrategias, según el mismo estudio, son preocupantes en el caso de los adolescentes por varios factores de tipo (I) *psicológicos* propios de su momento de desarrollo, como la impulsividad, la formación activa de identidad y aceptación social, su autopercepción respecto de su figura corporal, o la necesidad de independencia y autonomía; (II) *socioculturales*, como el género, nivel de educación suyo y de sus padres, etc.; y (III) *económicos*, pues en esta edad comienza a tener mayor poder adquisitivo, autonomía en la toma de decisiones de consumo y mayor acceso a internet³⁸.

34. Matz, S., C. et al., «*Psychological Targeting as an Effective Approach to Digital Mass Persuasion*», *Proceedings of the National Academy of Sciences* 114(48) (28 de noviembre de 2017): 12714-19, <https://doi.org/10.1073/pnas.1710966114>; Boyland et al., «*Digital Food Marketing to Young People: A Substantial Public Health Challenge*».

35. Van der Bend, D. L. et al., «*Making Sense of Adolescent-Targeted Social Media Food Marketing: A Qualitative Study of Expert Views on Key Definitions, Priorities and Challenges*», *Appetite* 168 (enero de 2022): 105691, <https://doi.org/10.1016/j.appet.2021.105691>.

36. Boyland et al., «*Digital Food Marketing to Young People: A Substantial Public Health Challenge*» (s.f.).

37. Van der Bend et al., «*Making Sense of Adolescent-Targeted Social Media Food Marketing*» (2022).

38. Van der Bend et al (2022).

Ahora bien, una de las características más discutidas en este estudio se relaciona, en buena medida, con la definición misma de este tipo de mercadeo. Según la definición utilizada por las guías de autorregulación de esta industria en los Estados Unidos, analizadas por De Veirman y otros³⁹, se considera publicidad digital cuando los *influencers* (I) reciben una compensación, la cual puede ser económica o en productos gratis, acompañado por (II) el hecho de que el anunciante tiene control sobre el contenido, pudiendo dar instrucciones o aprobación final al mismo. Sin embargo, van der Bend y otros⁴⁰ encuentran que una de las características más comunes de la publicidad digital de estos productos es la integración imperceptible con el contenido del *influencer*, quien, además, muchas veces no expresa públicamente que está siendo patrocinado o contratado por cierta empresa. En ese sentido, es difícil reconocer el contenido incluido como publicidad por los *influencers* dentro de sus publicaciones, por ejemplo, en sus videos en la plataforma digital como YouTube.

En la adolescencia, debido a las características mencionadas, se buscan *Role Models* (modelos de comportamiento) como celebridades o *influencers*⁴¹. En tal medida, ciertos significados son asociados con el estilo de vida, la imagen y las preferencias de estos *influencers* que pueden generar actitudes más positivas hacia ciertos productos. Este tipo de modelación de la personalidad a través de su comparación con otros (*Peer Modeling*), afirman, está asociado de manera negativa con riesgos para la salud a causa de la imitación de malos hábitos de consumo, pues buena parte de los productos que estos promocionan son alimentos no saludables⁴².

Finalmente, el número de estudios experimentales en la materia se ha incrementado durante los últimos 5 años, buscando explicar de mejor manera los mecanismos y efectos de la publicidad por medio de *influencers* en el comportamiento de los consumidores⁴³. En una encuesta realizada por Fleming-Milici & Harris en 2019 a adolescentes de los Estados Unidos se encontró que este tipo de publicidad puede tener efectos desiguales entre la población de jóvenes: (I) aunque los encuestados se mostraron altamente vinculados con las marcas que veían a través de televisión

39. De Veirman, M., Hudders, L. y Nelson, M. R. «*What Is Influencer Marketing and How Does It Target Children? A Review and Direction for Future Research*», *Frontiers in Psychology* 10 (3 de diciembre de 2019): 2685, <https://doi.org/10.3389/fpsyg.2019.02685>.

40. Van der Bend et al., «*Making Sense of Adolescent-Targeted Social Media Food Marketing*» (2022).

41. Van der Bend et al (2022).

42. De Veirman, Hudders, y Nelson, «*What Is Influencer Marketing and How Does It Target Children?*» (2019).

43. Vrontis, D. et al., «*Social Media Influencer Marketing: A Systematic Review, Integrative Framework and Future Research Agenda*», *International Journal of Consumer Studies* 45(4) (julio de 2021): 617-44, <https://doi.org/10.1111/ijcs.12647>.

e internet sin mucha diferencia en su impacto por edades, (II) si hubo una mayor fidelización en el caso de los jóvenes latinos y afroamericanos asociados a situación de pobreza, posiblemente relacionado con que, en el mismo sentido, son quienes más tiempo pasan frente a las pantallas⁴⁴. Sin embargo, este es un campo que aún está en desarrollo tanto en lo científico como a nivel regulatorio.

3. ¿Qué derechos se pueden ver afectados con la publicidad digital dirigida a niños, niñas y adolescentes?

Como mencionamos, aunque dicha evidencia aún se encuentra en desarrollo se puede prever que su impacto, es perjudicial dado el mayor alcance que tienen entre los menores. El uso creciente de esta publicidad por parte de las industrias, sin una adecuada regulación, incrementa la vulnerabilidad de los menores a sufrir daños en la salud asociados a malos hábitos de consumo, por lo cual es un tema que le interesa a los derechos humanos.

3.1 Derechos afectados por la publicidad en general dirigida a niños, niñas y adolescentes

El Comité para los Derechos del Niño ha señalado en varias de sus observaciones generales el impacto negativo que tiene todo tipo de publicidad de alimentos y bebidas no saludables en la salud física y mental de los niños. Específicamente, en su Observación General No. 15 el Comité⁴⁵ destacó que los Estados tienen el deber de hacer frente a la obesidad infantil dado que, está asociada con un impacto negativo a su salud física y mental⁴⁶. Igualmente, establece que “[d]ebe limitarse la exposición de los niños a la ‘comida rápida’ de alto contenido en grasas, azúcar o sal”⁴⁷. Así mismo, en la Observación General No. 16⁴⁸, el Comité destacó el impacto a largo plazo que

44. Fleming-Milici y Harris, «Adolescents’ Engagement with Unhealthy Food and Beverage Brands on Social Media» (2018).

45. Comité de los Derechos del Niño, «Observación General No. 15, sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud», (2013), <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPrICAqhKb7yhsqIkirKQZLK2M58RF%2F5F0vHCIs1B9k1r3x0aA-7FYrehlsj%2FQwiEONVKEf8BnpvEXSl7WlpnaEMIpupYgu9Jcq5Jnl6KhXRgZtqhSh9BZY9KH>.

46. Comité de los Derechos del Niño, párr. 47.

47. Comité de los Derechos del Niño, párr. 47.

48. Comité de los Derechos del Niño, *Observación general No 16 sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño* (2016), https://www.unicef.org/csr/css/CRC_General_Comment_SPANISH_26112013.pdf.

la publicidad de productos no saludables puede tener en la salud de los niños y en consecuencia en sus derechos a la vida y al desarrollo⁴⁹.

Particularmente, en materia de publicidad digital, el Comité para los Derechos del Niño ha enfatizado el deber de regular el uso de estas tecnologías con el fin de evitar la exposición de los niños a productos no saludables. En la reciente Observación General No. 25 sobre los derechos de los niños en el ambiente digital⁵⁰, se señala que estas tecnologías deben ser usadas para favorecer el acceso a la **salud** de los niños y niñas. En materia de publicidad de productos ultra procesados el Comité sostuvo que los Estados deben “fomentar el uso de las tecnologías digitales para promover estilos de vida saludables [...]. Deben regular la publicidad, la comercialización y otros servicios digitales pertinentes que estén impropriadamente dirigidos a los niños o sean inapropiados para su edad a fin de evitar la exposición de estos a la promoción de productos no saludables, como ciertos alimentos y bebidas, el alcohol, las drogas y el tabaco y otros productos con nicotina”⁵¹.

En relación con el derecho a la **alimentación** la Convención sobre los Derechos del Niño establece el deber de los Estados de adoptar las medidas apropiadas para “combatir las enfermedades y la malnutrición [...] mediante, [...] el suministro de alimentos nutritivos adecuados”⁵². El uso de técnicas publicitarias que toman ventaja del desarrollo cognitivo de los niños para promover el consumo compulsivo de productos que a mediano y largo plazo afectan su salud, es lo más alejado a la promoción de alimentos nutritivos y adecuados.

Este primer panorama del marco regulatorio del derecho internacional de los derechos humanos sobre las afectaciones a los niños, niñas y adolescentes con las estrategias de publicidad de alimentos y bebidas no saludables permiten evidenciar que es clave que los países avancen en una regulación de esta actividad para limitar su influencia en los niños, niñas y adolescentes que conlleve a una vulneración de sus derechos⁵³.

49. Comité de los Derechos del Niño, párr. 19.

50. Comité de los Derechos del Niño, Observación general núm. 25 relativa a los derechos de los niños en relación con el entorno digital (2021), <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPrICAqhKb7yhsqIkirKQZLK2M58RF%2F5F0vEG%2BcAAx34gC78Fwvn-mZXGFO6kx0VqQk6dNAzTPSRNx0myCaUSrDC%2F0d3UDPTV4y05%2B9GME0qMZvh9UPK-TXcO12>.

51. Comité de los Derechos del Niño, párr. 97.

52. Organización de las Naciones Unidas, *La Convención sobre los Derechos del Niño*, 1997, <https://doi.org/10.18356/b07e8a63-es>.

53. Guarnizo-Peralta, D. y Gutiérrez-Martínez, J., Elementos para la regulación del mercadeo y la publicidad sobre productos comestibles ultraprocesados (PCU) dirigidos a niños y niñas (Bogotá: Dejusticia, 2022), 30.

3.2 Derechos afectados por la publicidad digital dirigida a niños, niñas y adolescentes

Algunos autores han argumentado que la publicidad digital también puede comportar una violación al derecho de todo niño de estar **libre de toda forma de explotación**. El artículo 36 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala que, “[...] Los Estados Parte protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar”⁵⁴. Por explotación algunos autores se refieren al convencimiento o la coerción que una persona o grupo de personas ejercen sobre un niño con el fin de que realice una actividad que generará a esa persona o grupo un beneficio⁵⁵.

Basados en esta definición de “explotación”, algunos autores argumentan que la publicidad digital utiliza herramientas que pueden capturar la atención de los niños, niñas y adolescentes e influenciarlos. Incluso de manera inconsciente, para que adquiera productos que, consumidos en exceso, pueden generar un daño a su salud, al tiempo que incrementa las ganancias de las industrias que comercializan estos productos. Esta característica es todavía más clara en el caso de *influencers* y celebridades quienes, como vimos, integran la publicidad de manera imperceptible en sus contenidos, y en muchos casos, sin expresar públicamente que está siendo patrocinado o contratado por cierta empresa. En estos casos, la explotación se da al influenciar la conducta del niño, niña o adolescente de manera inconsciente, para que consuma un determinado producto, a cambio de que el *influencer* o celebridad reciba una contraprestación económica o en especie. Es decir, los niños, niñas y adolescentes son instrumentalizados tanto por el *influencer*, como por la industria que promociona estos productos en aras de un interés económico.

La explotación es todavía más perversa en los casos en donde la publicidad instrumentaliza a niños, niñas y adolescentes para que ellos mismos se conviertan en promotores de un producto por medio del uso de ‘*Hashtags*’, ‘*Likes*’ y ‘*Shares*’⁵⁶. En estas situaciones, aunque los niños, niñas y adolescentes terminan actuando como promotores del producto, no reciben una contraprestación económica con lo cual no se trata de una actividad explotativa. Sin embargo, sí podría incorporar una explotación desde el punto de vista de la empresa y de la compañía publicitaria que los incita a determinados mecanismos de promoción.

54. Organización de las Naciones Unidas (s.f.).

55. Tatlow-Golden, M. y Garde, A. «Digital Food Marketing to Children: Exploitation, Surveillance and Rights Violations», *Global Food Security* 27 (diciembre de 2020): 100423, <https://doi.org/10.1016/j.gfs.2020.100423>; John Tobin, *The UN Convention on the Rights of the Child: A commentary* (OUP Oxford, 2019).

56. Tatlow-Golden y Garde, «*Digital Food Marketing to Children*» (2020).

Por otra parte, dependiendo del tipo de publicidad digital y de la práctica que se trate, esta podría conllevar a una vulneración a otros derechos de los niños, como la privacidad o, incluso, la educación. Algunos autores han planteado que la *recolección de datos personales* por parte de ciertas plataformas digitales es una violación al derecho a la **privacidad**. La Convención sobre los Derechos del Niño señala que “Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia [...]”⁵⁷. Como mostramos anteriormente, muchas industrias de bebidas y alimentos ultraprocesados utilizan la información disponible en redes sociales para dirigir su publicidad directamente a estos. Si bien, no recogen por sí mismas los datos, se aprovechan de los datos recolectados por otras industrias para vender sus productos de manera segmentada a este grupo. La recolección de datos personales permite identificar la localización, estado de ánimo, nivel económico de la familia, raza, origen, entre otros, con el fin de dirigir un mensaje segmentado a la audiencia infantil.

Aunque dicha recolección de datos debería ser consentida, en la mayoría de los casos no se ofrece una opción real a los usuarios quienes deben escoger entre aceptar los términos y condiciones o no acceder a los servicios. Como vimos, esto puede ser particularmente grave en situaciones extremas como la pandemia, donde las escuelas y profesores utilizaban dichas plataformas como herramientas educativas. Por otro lado, dichos términos suelen estar redactados en forma vaga y compleja sin que los niños o sus cuidadores tengan la opción de entenderlos plenamente. En general, Unicef⁵⁸ y varios autores han planteado que, en aras de proteger al menor de la influencia publicitaria, los Estados deberían prohibir la recolección, procesamiento, y retención de datos de los menores.

Finalmente, dependiendo de la herramienta y lugar en dónde se despliegue esta publicidad digital es posible que otros derechos se vean afectados. En efecto, algunas de estas técnicas han sido usadas en herramientas digitales para la **educación** implicando así una violación a este derecho. En México, por ejemplo, la organización El Poder del Consumidor documentó como, durante la pandemia, la plataforma digital de enseñanza Aprende en Casa, difundida por la plataforma YouTube, exhibía entre 1 y 4 mensajes publicitarios por hora de alimentos y bebidas ultraprocesadas⁵⁹. La herramienta, que

57. Organización de las Naciones Unidas, «La Convención sobre los Derechos del Niño».

58. UNICEF, *El Estado Mundial de la Infancia 2017*, (2017), 93, <https://www.unicef.org/es/informes/El-Estado-Mundial-de-la-Infancia-2017>.

59. El Poder del Consumidor, «Exposición de la infancia a la publicidad de comida chatarra en las plataformas digitales de Aprende en Casa. Estudio exploratorio basado en el monitoreo publicitario con niños, niñas y adolescentes», (abril de 2021), <https://elpoderdelconsumidor.org/wp-content/uploads/2021/04/p-2104-publicidad-infantil-en-medios-digitales-d-aprende-en-casa-liliana-baena-resultados-monitoreo.pdf>.

era el único medio que muchos niños tenían para continuar su programa educativo durante las medidas de confinamiento impuestos al final del 2020, se convirtió así en un medio de promoción publicitaria de productos ultraprocesados. Igualmente, podría existir una vulneración al derecho al descanso, el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad, si dicha publicidad digital se presenta de manera disfrazada como un elemento recreativo, tal como sucede con los juegos en línea que algunas compañías utilizan como medio de enganche a sus productos.

4. Panorama regulatorio

En materia de regulación de este tipo de prácticas, los niños, niñas y adolescentes se encuentran expuestos en su actividad diaria a multitud de mensajes publicitarios a través de diversos canales y plataformas digitales, adquiriendo particular relevancia, en los últimos años, la publicidad digital y el marketing⁶⁰ de *influencers*⁶¹. En esta forma de marketing, según mencionamos anteriormente, las contribuciones de los influencers en las redes sociales son consideradas una forma de publicidad en dos situaciones: (1) cuando los *influencers* reciben una compensación (productos gratuitos o pago económico), y (2) en aquellos casos en que los anunciantes tienen el control sobre el contenido, que incluye relaciones como la aprobación final del post o las instrucciones generales relativas al mismo⁶². Teniendo en cuenta esta definición, en esta sección, presentaremos una breve descripción del estado actual de la regulación del marketing digital, haciendo énfasis en la actividad de los *influencers* a nivel mundial.

Reconociendo el cambio en el uso de los medios de comunicación por parte de los niños y la evidencia del impacto del marketing de *influencers*, los Estados han ampliado el alcance de las políticas o los compromisos para cubrir esta nueva forma de marketing digital. Sin embargo, las regulaciones existentes sobre la este aspecto aún se encuentran en desarrollo. A pesar de que, algunos países han implementado regulaciones sobre publicidad digital y marketing, muchos de ellos limitan su alcance a la publicidad televisiva, dejando el tema a la autorregulación de las propias industrias de alimentos y publicitarias⁶³.

60. Según la American Marketing Association, el *marketing* es la actividad, el conjunto de instituciones y los procesos para crear, comunicar, entregar e intercambiar ofertas que tengan valor para los clientes, los socios y la sociedad en general. Y la publicidad es La publicidad es una de las estrategias que forman parte del marketing.

61. De Veirman, Hudders, y Nelson, «*What Is Influencer Marketing and How Does It Target Children?*».

62. De Veirman, Hudders, y Nelson.

63. Guarnizo-Peralta, D. y Gutiérrez-Martínez, J. *Elementos para la regulación del mercadeo y la publicidad sobre productos comestibles ultraprocesados (PCU)* dirigidos a niños y niñas, Políticas Públicas al Derecho (Editorial Dejusticia, 2021).

En efecto, gran parte de las normas en el tema de *influencers* son normas de autorregulación. Particularmente, en el marco de la Unión Europea, se destaca el Compromiso EU Pledge⁶⁴, una iniciativa voluntaria de las principales empresas de alimentación y bebidas para cambiar su forma de hacer publicidad dirigida a los niños, niñas y adolescentes. En este acuerdo varias marcas alimentarias europeas acordaron no anunciar productos alimentarios poco saludables a niños menores de 12 años. Desde 2019, el marketing de *influencers* se ha incluido en este acuerdo. Por otra parte, en Dinamarca, el plan de autorregulación respaldado por el Gobierno abarca la publicidad en las páginas web dirigidas a niños y niñas, incluidas las que tienen juegos y salas de chat. En Noruega, la autorregulación va más allá, para abordar todas las formas de marketing dirigidas específicamente a menores de 13 años, incluidas las redes sociales.

En el Reino Unido, se emitió el Código británico de publicidad no televisiva, promoción de ventas y marketing directo (Código CAP), que es el principal código de prácticas para la autorregulación de la industria publicitaria no audiovisual en este país, emitido por el *Committee of Advertising Practice*. Esta regulación cubre los medios de comunicación en línea, como las comunicaciones de marketing que aparecen en las redes sociales (o espacio de terceros) bajo su control. Otra autoridad encargada de la aplicación en materia de publicidad es la *Advertising Standards Authority*, la cual emitió la guía “*Influencers’ guide to making clear that ads are ads*”, con el objetivo de que los *influencers* aclararan el contenido de sus publicaciones, a través del uso de #ad y la etiqueta de la marca⁶⁵.

De la aplicación de la anterior normativa por parte de la *Advertising Standards Agency*, en una resolución emitida contra la promoción generalizada de las galletas Oreo por parte de los Bloggers⁶⁶ en sus canales personales. Se advirtió a ellos y a los comercializadores que las relaciones comerciales con las empresas que no están claramente señaladas constituyen una infracción de las normas publicitarias. Sin embargo, más de un tercio de los comercializadores del Reino Unido no respetan actualmente las normas por desconocimiento o reticencia a ser transparentes⁶⁷.

64. EU Pledge, «About the EU pledge», (2019), <https://eu-pledge.eu/about-the-eu-pledge/>.

65. Martínez-Medrano, G. «La comunicación publicitaria de ‘influencers’ en redes sociales. Análisis de la regulación en el Derecho Comparado y panorama en Argentina», *DECOMI* III(4) (2021).

66. Un Blogger es una persona – o un conjunto de personas – que administra un sitio o red social en internet con el objetivo de entretener, informar o vender. El Blogger es quien mantiene en contacto directo con el público y se comunica con sus visitantes directamente.

67. Roderick, L. «Brands Reluctant to Be Transparent about Influencers as Many Fail to Apply Ad Industry Code», *Marketing Week* (blog), (7 de abril de 2016), <https://www.marketingweek.com/brands-still-reluctant-to-be-transparent-around-influencers-and-failing-to-adhereto-ad-industry-code/>.

En cuanto a las regulaciones estatales, aunque todavía son pocas en el mundo, se destaca el caso de España, cuya normativa está integrada por la Ley General de Publicidad y el Código de Conducta sobre el uso de *influencers* en la publicidad. La primera normativa cubre la comercialización dirigida a menores de 15 años en internet, con normas sobre el contenido, definiendo la comercialización dirigida a este grupo de edad, por el tipo de producto, el diseño, el momento y el lugar de difusión y si un sitio web o sección tiene una audiencia de más del 50% de niños menores de 15 años; sin embargo, no prohíbe ninguna comercialización. La segunda norma, impone la obligación de manera clara, explícita y adecuándose al medio publicitario de referenciar cuándo un *influencer* interviene en colaboración o patrocinado de determinada marca o producto. En caso de incumplimiento los daños y perjuicios que se produjeran podrían reclamarse en vía judicial ante los tribunales⁶⁸.

De igual forma, Países Bajos emitió en el año 2019 el Código para medios sociales y marketing de *influencers*, con la finalidad de regular las actividades de publicidad y marketing digital, para así promover la transparencia en marketing a través de redes sociales, al imponer la obligación de revelar la naturaleza de la relación entre el anunciante y el distribuidor⁶⁹. En el año 2013, se expidió el Código de Publicidad Infantil y Juvenil, donde se determinó que la publicidad dirigida a los niños, niñas o adolescentes no puede contener nada que induzca a error de alguna manera sobre las posibilidades y propiedades del producto ofrecido⁷⁰. Estas normativas hacen parte del Código Holandés de Publicidad, cuyas reclamaciones son adelantadas ante el Comité del Código Publicitario (*Advertising Code Committee*).

En Estados Unidos, la publicidad, el marketing digital y los *influencers*, ha sido abordado por la Comisión Federal de Comercio (FTC por sus siglas en inglés) y la ley FTC⁷¹. Desde los años ochenta, se expidieron guías para regular las relaciones entre los anunciantes y los *endorsers* (*Advertisement Endorsement*). Estas guías fueron actualizadas en el año 2009, y posteriormente en el 2019, en una nueva guía titulada “Declaraciones 101 para influenciadores de las redes sociales”, mediante la cual se consagró el deber de los influenciadores de declarar la conexión material entre el *influencer* y el anunciante.

68. ARAG SE, «Nuevo Código de Conducta sobre el uso de influencers en la publicidad», 22 de enero de 2021, <https://www.arag.es/blog/derecho-mercantil/nuevo-codigo-de-conducta-sobre-el-uso-de-influencers-en-la-publicidad/>.

69. *Stichting Reclame Code*, «Reclamecode Social Media & Influencer Marketing (RSM) 2019», Stichting Reclame Code, accedido 22 de diciembre de 2021, <https://www.reclamecode.nl/nrc/reclamecode-social-media-rsm/>.

70. *Stichting Reclame Code*, «Kinder- en Jeugdreclamecode (KJC)», Stichting Reclame Code, accedido 22 de diciembre de 2021, <https://www.reclamecode.nl/nrc/kinder-en-jeugdreclamecode-kjc/>.

71. *Federal Trade Commission*, «The FTC’s endorsement guides: what people are asking.», (2017).

Esta normativa fue expedida con el objetivo de proteger a los consumidores a través del seguimiento a prácticas comerciales desleales, imponiendo a los *influencers* la obligación de revelar cualquier tipo de patrocinio. Un ejemplo para destacar en la aplicación de esta norma es el caso de Ryan's World, acusado de engañar a los niños a través de "vídeos patrocinados que a menudo tienen la apariencia de contenido orgánico" en una queja oficial del grupo de vigilancia *Truth in Advertising* y presentada ante la Comisión Federal de Comercio⁷².

En Colombia, actualmente no hay una normativa específica que delimite el alcance de la responsabilidad o imponga algún tipo de obligación en el desarrollo de prácticas publicitarias relacionadas con el marketing ejercido por *influencers* en el marco de la regulación de publicidad digital⁷³. Únicamente para octubre de 2020, la Superintendencia de Industria y Comercio expidió una serie de recomendaciones, no vinculantes, orientadas a establecer una eventual responsabilidad de los influenciadores digitales bajo la normatividad vigente, particularmente a la luz del Estatuto del Consumidor. Esta guía establece, dentro de sus recomendaciones para los anunciantes, que se informe al consumidor de manera clara sobre su vínculo comercial con el *influencer*⁷⁴.

Finalmente, existe poca regulación en el tema, acorde con *International Council for ad Self Regulation*, tan solo 14 países han abordado el tema a través de guías y recomendaciones. Algunos países han buscado estandarizar los lineamientos sobre la publicidad y marketing digital a través de influenciadores mediante códigos de ética y guías, expedidas por las autoridades de protección al consumidor o por los anunciantes. Los casos más novedosos se inclinan por obligar a los *influencers* a declarar que su actividad es publicitaria a fin de garantizar la transparencia en el ejercicio de la publicidad y proteger los derechos de los consumidores. Este requisito mínimo de las actividades que realizan los *influencers* y de la publicidad digital debería ser tomado en cuenta a la hora de reglamentar el tema.

Por otro lado, esta propuesta debería estar enmarcada en una discusión más amplia sobre si deberíamos restringir o limitar toda la publicidad de los productos no saludables, dentro de los cuales se incluyen alcohol, tabaco y productos ultraprocesados, cuándo se dirige a niños, niñas y adolescentes. En efecto, tal como señalamos

72. Hsu, T. «Popular YouTube Toy Review Channel Accused of Blurring Lines for Ads», *The New York Times*, septiembre de 2019, <https://www.nytimes.com/2019/09/04/business/media/ryan-toys-review-youtube-ad-income.html>.

73. Molano-París, M. C. «Responsabilidad del influenciador digital a la luz del estatuto del consumidor colombiano», *Revista La Propiedad Inmaterial*, 31 (16 de junio de 2021): 157-93, <https://doi.org/10.18601/16571959.n31.06>.

74. Superintendencia de Industria y Comercio, *Guía de Buenas Prácticas en la Publicidad a Través de Influenciadores*, (2020), <https://www.sic.gov.co/content/gu%C3%ADa-de-buenas-pr%C3%A1cticas-en-la-publicidad-trav%C3%A9s-de-influenciadores>.

antes, la OMS, la OPS y otros han recomendado a los estados limitar la publicidad de alimentos y bebidas no saludables a este grupo dada su alta vulnerabilidad⁷⁵.

En este sentido, varios países en la región han avanzado en legislaciones que restringen la publicidad de alimentos y bebidas ultraprocesadas a niños, niñas y adolescentes⁷⁶. Dentro de dichas regulaciones se destaca el modelo chileno⁷⁷ que prohíbe todo tipo de publicidad de productos que sean altos en azúcares, grasas o sodio a niños y niñas, incluyendo también la publicidad digital. De manera similar, en Brasil, la ley considera como abusivo cualquier tipo de publicidad dirigida a niños y niñas⁷⁸. En Perú, la ley prohíbe que se utilice premios, regalos o personajes infantiles para promocionar la venta de productos ultraprocesados.⁷⁹ Otro tipo de legislaciones, como la mexicana⁸⁰, restringen la publicidad de estos productos, pero solo de manera parcial, por ejemplo, solo en ciertos medios como el televisivo, sin incluir medidas específicas para la publicidad digital. En general, se ha encontrado que una prohibición general de publicidad dirigida a niños, niñas y adolescentes es de más fácil implementación que una regulación que distinga entre canales de comercialización u horarios⁸¹. Una regulación integral en materia de alimentos y bebidas ultraprocesadas debería

75. Organización Mundial de la Salud, *Conjunto de recomendaciones sobre la promoción de alimentos y bebidas no alcohólicas dirigida a los niños*; Organización Panamericana de la Salud, *Recomendaciones de la Consulta de Expertos de la Organización Panamericana de la Salud sobre la promoción y publicidad de alimentos y bebidas no alcohólicas dirigida a los niños en la Región de las Américas*.

76. Para un resumen sobre las regulaciones en materia de publicidad dirigida a menores ver: Guarnizo-Peralta y Gutiérrez-Martínez, *Elementos para la regulación del mercadeo y la publicidad sobre productos comestibles ultraprocesados (PCU) dirigidos a niños y niñas*, Políticas Públicas al Derecho (Editorial Dejusticia, 2021).

77. Gobierno de Chile - Ministerio de Salud, «Ley 20.606 sobre composición nutricional de los alimentos y su publicidad», 2015, <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1041570>.

78. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), «Resolução no 163/2014», (2014), <http://crianca.mppr.mp.br/pagina-1635.html>.

79. Ley No. 30021, Ley de Promoción de Alimentación Saludable para Niños, Niñas y Adolescentes que Tiene Como Objetivo la Implementación de Quioscos y Comedores Saludables y el Fomento de la Actividad Física en Las Instituciones de Educación Básica Regular, (2013) (Perú).

80. Estados Unidos Mexicanos-Secretaría de Salud, «Lineamientos por los que se dan a conocer los criterios nutrimentales y de publicidad que deberán observar los anunciantes de alimentos y bebidas no alcohólicas para publicitar sus productos en televisión abierta y restringida, así como en salas de exhibición cinematográfica, conforme a lo dispuesto en los artículos 22 Bis, 79, fracción X y 86, fracción VI, del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Publicidad», (2014), http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5340694&fecha=15/04/2014.

81. Guarnizo-Peralta, D. *Marketing Ultra-Processed Food and Beverages to Children in Latin America: Business Responsibilities and State Duties*. *Business and Human Rights Journal*, (2022) 1-21. doi:10.1017/bhj.2022.10.

contemplar la posibilidad de limitar la publicidad de estos productos a niños, niñas y adolescentes indistintamente del medio en que se emita.

5. Conclusiones

Esta ponencia buscó mostrar la existencia de una transformación desde la publicidad tradicional televisiva hacia el marketing y publicidad en los medios digitales. Este cambio, naturalmente, ha aumentado la precisión con la cual los anunciantes y empresas de publicidad direccionan los mensajes comerciales hacia los niños y niñas a través del uso de datos personales para crear perfiles de los consumidores. Por esta razón, su análisis es más complejo para la academia y los derechos humanos.

Igualmente, esta publicidad en medios digitales se presenta como más persuasiva, repetitiva, interactiva, personalizable y atractiva, aunque su mayor impacto también se explica por condiciones psicológicas, socioculturales y económicas de los jóvenes. De cualquier manera, encontramos que el fenómeno de los *influencers* es uno de los más complejos, pues su vinculación con las marcas no siempre es declarada, los productos publicitados suelen estar integrados a su contenido en redes, y pueden influenciar especialmente a los adolescentes, quienes los ven como modelos de comportamiento en esa edad.

Ahora bien, este nuevo ecosistema comienza a ser analizado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el cual reconoce sus principales riesgos y genera estándares para la regulación por parte de los Estados. Particularmente, el Comité de los Derechos del Niño se refiere al riesgo que esta forma de mercadeo puede generar para los derechos a la salud y a la alimentación, o el derecho a ser libres de toda forma de explotación, por la influencia de la publicidad que lleva al consumo de productos no saludables.

Igualmente, este tema comienza a ser abordado desde otros derechos como la privacidad, la educación, el descanso, esparcimiento, el juego y la actividad recreativa, ahora muy vinculados con el entorno digital y su relación con el consentimiento y la recolección, procesamiento y retención de datos personales.

Por otro lado, el estado actual de la regulación estatal es, para nosotros, insuficiente. En general, la normativa tiene un enfoque demasiado amplio y general o se preocupa sobre todo por la publicidad televisiva. Igualmente, hay una prevalencia por la autorregulación de la industria, especialmente en la Unión Europea (EU Pledge), y en países como Dinamarca o Noruega.

En el informe “*Tackling food marketing to children in a digital world: trans-disciplinary perspectives*” de la OMS (2016)⁸², expresó la preocupación por la promoción

82. World Health Organization (WHO). Tackling food marketing to children in a digital world: trans-disciplinary perspectives. (2016).

de alimentos no saludables en contenidos de redes sociales dirigidos a niños, donde se destacó la insuficiencia de regulación para abordar este problema. Y recomendó dos aspectos claves que deberá considerar el marco regulatorio, primero considerar una regulación que abarque todos los tipos de marketing en el entorno digital, incluidas las plataformas de redes sociales, los sitios web, las plataformas de juegos y las aplicaciones, como los videojuegos publicitarios. La normativa debe ser flexible para incorporar el marketing digital nuevo y en evolución.

Y segundo, definir “marketing dirigido a niños”, ya que los sitios de internet más visitados por los niños a menudo no son “dirigidos a” ellos. Por tanto, proporcionan acceso a una amplia gama de contenidos (por ejemplo, Google, Facebook, Instagram, YouTube). El enfoque de la FTC de EE. UU., es un modelo que obliga a definir si servicio es dirigido a niños, niñas o adolescentes.

Finalmente, aunque encontramos que hay algunas regulaciones que intentan abordar de manera más directa la publicidad digital, como es el caso de España (Ley General de Publicidad), Reino Unido (Código del Comité de Prácticas Publicitarias) y Estados Unidos (Ley FTC), el panorama general sigue siendo (i) de regulación escasa e inadecuada, (ii) que no atiende a estándares internacionales de derechos humanos (iii) y tampoco a la evidencia científica que señala ampliamente los efectos de la publicidad digital sobre la salud de los niños, niñas y adolescentes.

Bibliografía

- ABARCA-GÓMEZ, L., Abdeen, Z. A., Hamid, Z. A., Abu-Rmeileh, N. M., Acosta-Cazares, B., Acuin, C., Adams, R. J. et al. (2017) «Worldwide trends in body-mass index, underweight, overweight, and obesity from 1975 to 2016». *The Lancet* 390(10113): 627-42. [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(17\)32129-3](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(17)32129-3).
- ANDERSON, M. y Jingjing J. (2018) «Teens, social media & technology 2018». *Pew Research Center* 31: 1673-89.
- ARAG SE. (22 de enero de 2021) «Nuevo Código de Conducta sobre el uso de influencers en la publicidad». <https://www.arag.es/blog/derecho-mercantil/nuevo-codigo-de-conducta-sobre-el-uso-de-influencers-en-la-publicidad/>.
- BEND, D. L.M., van der, Jakstas, T., Van Kleef, E., Shrewsbury, V. A. y Bucher, T. «Making Sense of Adolescent-Targeted Social Media Food Marketing: A Qualitative Study of Expert Views on Key Definitions, Priorities and Challenges». *Appetite* 168 (enero de 2022): 105691. <https://doi.org/10.1016/j.appet.2021.105691>.
- BINNS, R., Lyngs, U., Van Kleef, M., Zhao, J., Libert, T. y Shadbolt, N. «Third Party Tracking in the Mobile Ecosystem». En *Proceedings of the 10th ACM Conference on Web Science*, 23-31. Amsterdam Netherlands: ACM, 2018. <https://doi.org/10.1145/3201064.3201089>.

- BOYLAND, E. J., y Halford, J. C. G. (2013) «Television advertising and branding. Effects on eating behaviour and food preferences in children». *Appetite* 62(1): 236-41. <https://doi.org/10.1016/j.appet.2012.01.032>.
- BOYLAND, E., Thivel, D., Mazur, A., Ring-Dimitriou, S., Frelut, M. L. y Weghuber, D. (2020) «Digital Food Marketing to Young People: A Substantial Public Health Challenge». *Annals of Nutrition and Metabolism* 76(1): 5-8. <https://doi.org/10.1159/000506413>.
- CARTER, O. B. J., Patterson, L. J., Donovan, R. J., Ewing, M. T., y Roberts, C. M. (2011) «Children's understanding of the selling versus persuasive intent of junk food advertising: Implications for regulation». *Social Science and Medicine* 72(6): 962-68. <https://doi.org/10.1016/j.socscimed.2011.01.018>.
- CHEMAS-VELEZ, M. M., Gómez, L. F., Velasquez, A., Mora-Plazas, M. y Parra, D. C. (2020) «Scoping review of studies on food marketing in Latin America: Summary of existing evidence and research gaps». *Revista de saude publica* 53, (107): 18. <https://doi.org/10.11606/S1518-8787.2019053001184>.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2013). «Observación General No. 15, sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud». <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhs-qlkirKQZLK2M58RF%2F5F0vHCIs1B9k1r3x0aA7FYrehlsj%2FQwiEONVKE-f8BnpvEXSl7WLPnaEMIpupYgu9Jcq5Jnl6KhXRgZtqhSh9BZY9KH>.
- (2016). «Observación general No. 16 sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño». https://www.unicef.org/csr/css/CRC_General_Comment_SPANISH_26112013.pdf.
- (2021). «Observación general No. 25 relativa a los derechos de los niños en relación con el entorno digital». <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhs-qlkirKQZLK2M58RF%2F5F0vEG%2BcAAx34gC78FwvnmZXGFO6kx0VqQk6dNAzTPSRNx0my-CaUSrDC%2F0d3UDPTV4y05%2B9GME0qMZvh9UPKTXcO12>.
- CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (CONANDA) (2014). «Resolução n° 163/2014». <http://crianca.mppr.mp.br/pagina-1635.html>.
- DE VEIRMAN, Marijke, Liselot Hudders, y Michelle R. Nelson. «What Is Influencer Marketing and How Does It Target Children? A Review and Direction for Future Research». *Frontiers in Psychology* 10 (3 de diciembre de 2019): 2685. <https://doi.org/10.3389/fpsyg.2019.02685>.
- EL PODER DEL CONSUMIDOR (abril de 2021). «Exposición de la infancia a la publicidad de comida chatarra en las plataformas digitales de Aprende en Casa. Estudio exploratorio basado en el monitoreo publicitario con niños, niñas y adolescentes». <https://elpoderdelconsumidor.org/wp-content/uploads/2021/04/p-2104-publicidad-infantil-en-medios-digitales-d-aprende-en-casa-liliana-bahena-resultados-monitoreo.pdf>.

- ESTADOS UNIDOS MEXICANOS-SECRETARÍA DE SALUD (2014). «Lineamientos por los que se dan a conocer los criterios nutrimentales y de publicidad que deberán observar los anunciantes de alimentos y bebidas no alcohólicas para publicitar sus productos en televisión abierta y restringida, así como en salas de exhibición cinematográfica, conforme a lo dispuesto en los artículos 22 Bis, 79, fracción X y 86, fracción VI, del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Publicidad». http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5340694&fecha=15/04/2014.
- EU PLEDGE. «*About the EU pledge*» (2019). <https://eu-pledge.eu/about-the-eu-pledge/>.
- FEDERAL TRADE COMMISSION (2017). «*The FTC's endorsement guides: what people are asking*».
- FLEMING-MILICI, F, y Harris, J. L. (marzo de 2020) «Adolescents' Engagement with Unhealthy Food and Beverage Brands on Social Media». *Appetite* 146: 104501. <https://doi.org/10.1016/j.appet.2019.104501>.
- GOBIERNO DE CHILE - MINISTERIO DE SALUD (2015). «Ley 20.606 sobre composición nutricional de los alimentos y su publicidad». <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1041570>.
- GOLDFARB, Avi (2014). «What is different about online advertising? » *Review of Industrial Organization* 44(2): 115-29.
- GUARNIZO-PERALTA, D. y Gutiérrez-Martínez, J. (2021). *Elementos para la regulación del mercadeo y la publicidad sobre productos comestibles ultraprocesados (PCU) dirigidos a niños y niñas*. Políticas Públicas al Derecho. Editorial Dejusticia.
- GUARNIZO-PERALTA, D. (2022). *Marketing Ultra-Processed Food and Beverages to Children in Latin America: Business Responsibilities and State Duties*. *Business and Human Rights Journal*: 1-21. doi:10.1017/bhj.2022.10.
- HARRIS, J. L., Brownell, K. D. y Bargh, J. A. (2009). «The Food Marketing Defense Model: Integrating Psychological Research to Protect Youth and Inform Public Policy». *Social Issues and Policy Review* 3(1): 211-71. <https://doi.org/10.1111/j.1751-2409.2009.01015.x>.
- HSU, T. (septiembre de 2019) «Popular YouTube Toy Review Channel Accused of Blurring Lines for Ads». *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/2019/09/04/business/media/ryan-toysreview-youtube-ad-income.html>.
- LANG, T., Barling, D. y Caraher, M. (2009). *Food Policy: Integrating health, environment and society*. *Food Policy: Integrating Health, Environment and Society*. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198567882.001.0001>.
- MALLARINO, C., Gómez, L. F., González-Zapata, L., Cadena, Y. y Parra, D. C. (2013). «Advertising of ultra-processed foods and beverages: Children as a vulnerable population». *Revista de Saude Publica* 47(5): 1006-10. <https://doi.org/10.1590/S0034-8910.2013047004319>.

- MARTÍNEZ MEDRANO, G. (2021). «La comunicación publicitaria de ‘influencers’ en redes sociales. Análisis de la regulación en el Derecho Comparado y panorama en Argentina». *DECOMI III*(4).
- MATZ, S. C., Kosinski, M., Nave, G., y Stillwell D. J. (28 de noviembre de 2017). «*Psychological Targeting as an Effective Approach to Digital Mass Persuasion*». *Proceedings of the National Academy of Sciences* 114(48): 12714-19. <https://doi.org/10.1073/pnas.1710966114>.
- MCGINNIS, J. M., Appleton-Gootman, J. y Kraak, V. I. (2006). *Food marketing to children and youth: threat or opportunity? Institute of Medicine of The National Academies. The National Academies Press*. <https://doi.org/10.17226/11514>.
- MOLANO-PARÍS, M. C. (16 de junio de 2021). «Responsabilidad del influenciador digital a la luz del estatuto del consumidor colombiano». *Revista La Propiedad Inmaterial*, (31): 157-93. <https://doi.org/10.18601/16571959.n31.06>.
- ONIS, M. de, y Lobstein, T. (diciembre de 2010) «*Defining Obesity Risk Status in the General Childhood Population: Which Cut-Offs Should We Use?* » *International Journal of Pediatric Obesity* 5(6): 458-60. <https://doi.org/10.3109/17477161003615583>.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. «La Convención sobre los Derechos del Niño», 1997. <https://doi.org/10.18356/b07e8a63-es>.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2010). *Conjunto de recomendaciones sobre la promoción de alimentos y bebidas no alcohólicas dirigida a los niños*. https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44422/9789243500218_spa.pdf?sequence=1.
- ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (2011). *Recomendaciones de la Consulta de Expertos de la Organización Panamericana de la Salud sobre la promoción y publicidad de alimentos y bebidas no alcohólicas dirigida a los niños en la Región de las Américas*. [https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2012/Experts-Food-Marketing-to-Children-\(SPA\).pdf](https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2012/Experts-Food-Marketing-to-Children-(SPA).pdf).
- ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, Y ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2015). *Alimentos y bebidas ultraprocesados en América Latina: tendencias, efecto sobre la obesidad e implicaciones para las políticas públicas*. https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/7698/9789275318645_esp.pdf.
- RADESKY, J., Reid-Chassiakos, Y. L., Ameenuddin, N., Navsaria, D. y Council on communication and media (julio de 2020). «Digital Advertising to Children». *Pediatrics* 146(1): e20201681. <https://doi.org/10.1542/peds.2020-1681>.
- RAYNER, G. y Lang, T. (2012). «*Ecological public health*». *Health of people, places and planet* 617.
- RILEY, L., Gouda, H. y Cowan, M. (2017). *Noncommunicable Diseases Progress Monitor 2017. World Health Organization 2017*. <https://doi.org/10.2766/120051>.

- RODERICK, L. 7 de abril de 2016. «*Brands Reluctant to Be Transparent about Influencers as Many Fail to Apply Ad Industry Code*». *Marketing Week* (blog). <https://www.marketingweek.com/brands-still-reluctant-to-be-transparent-around-influencers-and-failing-to-adhereto-ad-industry-code/>.
- SMITH, R., Bridget K., Heather Y. y Boyland, E. (2019). «*Food marketing influences children's attitudes, preferences and consumption: A systematic critical review*». *Nutrients* 11, n.º 4 (2019): 875. <https://doi.org/10.3390/nu11040875>.
- STATISTA (s.f.). «Publicidad digital: gasto anual Latinoamérica 2023». Statista. Accedido 23 de diciembre de 2021. <https://es.statista.com/estadisticas/627228/gasto-anual-en-publicidad-digital-latinoamerica/>.
- STICHTING RECLAME CODE (s.f.). «*Kinder- en Jeugdreclamecode (KJC)*». *Stichting Reclame Code*. Accedido 22 de diciembre de 2021. <https://www.reclamecode.nl/nrc/kinder-en-jeugdreclamecode-kjc/>.
- . «*Reclamecode Social Media & Influencer Marketing (RSM) 2019*». *Stichting Reclame Code*. Accedido 22 de diciembre de 2021. <https://www.reclamecode.nl/nrc/reclamecode-social-media-rsm/>.
- SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. *Guía de Buenas Prácticas en la Publicidad a Través de Influenciadores* (2020). <https://www.sic.gov.co/content/gu%C3%ADa-de-buenas-pr%C3%A1cticas-en-la-publicidad-trav%C3%A9s-de-influenciadores>.
- TATLOW-GOLDEN, M. y Garde, A. (diciembre de 2020). «*Digital Food Marketing to Children: Exploitation, Surveillance and Rights Violations*». *Global Food Security* 27: 100423. <https://doi.org/10.1016/j.gfs.2020.100423>.
- TOBIN, J. (2019). *The UN Convention on the Rights of the Child: A commentary*. OUP Oxford.
- UNICEF (2017). *El Estado Mundial de la Infancia 2017*. <https://www.unicef.org/es/informes/El-Estado-Mundial-de-la-Infancia-2017>.
- VRONTIS, D., Makrides, A., Christofi, M. y Thrassou, A. (julio de 2021). «*Social Media Influencer Marketing: A Systematic Review, Integrative Framework and Future Research Agenda*». *International Journal of Consumer Studies* 45(4): 617-44. <https://doi.org/10.1111/ijcs.12647>.
- WORLD CANCER RESEARCH FUND INTERNATIONAL (2015). «*Curbing global sugar consumption: Effective food policy actions to help promote healthy diets and tackle obesity*». World Cancer Research Fund.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO) (2016). *Tackling food marketing to children in a digital world: trans-disciplinary perspectives*.
- ZAROUALI, B., Ponnet, K., Walrave, M. y Poels, K. (abril de 2017). «*Do You like Cookies?*» *Adolescents' Skeptical Processing of Retargeted Facebook-Ads and the Moderating Role of Privacy Concern and a Textual Debriefing*. *Computers in Human Behavior* 69: 157-65. <https://doi.org/10.1016/j.chb.2016.11.050>.

Entre la salud y el hambre: los bonos de ayuda social y la discriminación a los migrantes venezolanos en Perú durante la pandemia covid-19

Yetzabel Paucar-Barrientos¹
Dayanna Margot Petronila-Cruz Quispe²
Luz Ana Alejandrina Cabrera-Fernández³
(Perú)

RESUMEN Los bonos económicos emitidos por Perú para afrontar el aislamiento debido al COVID-19, no comprenden a migrantes venezolanos en pobreza o extrema pobreza como beneficiarios. En consecuencia, esta población vulnerable ve menoscabado sus derechos a la igualdad y no discriminación, y el derecho a la renta básica con incidencia directa en el derecho a la salud y otros relacionados.

PALABRAS CLAVES: Igualdad y no discriminación, derecho a la salud y derecho a la renta básica.

1. Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con estudios en la Universidad del Rosario (Colombia). Ha participado y ganado competencias internacionales en formato Moot Court de Derechos Humanos tanto como oradora como entrenadora. Contacto: yetzabel.paucar@unmsm.edu.pe.

2. Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Con estudios en la Universidad del Rosario (Colombia) y la Università di Bologna (Italia). Ha sido entrenadora y participante en concursos nacionales e internacionales de Derecho Internacional. Miembro honorario del Taller de Estudios Internacional “José Luis Bustamante y Rivero”-TADEI. Contacto: dayanna.cruz@unmsm.edu.pe.

3. Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Con estudios en la Universidad Nacional Autónoma de México (México) y la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Ha sido jueza, entrenadora, y concursante semifinalista en concursos nacionales e internacionales de Derechos Humanos. Ex Coordinadora General del Círculo de Derechos Humanos-UNMSM. Contacto: luz.cabrera1@unmsm.edu.pe.

Introducción

la pandemia COVID-19 ha llevado a Perú a implementar medidas de aislamiento para detener el contagio entre su población, sin embargo; ellas han tenido consecuencias diferenciadas en relación de los recursos económicos con los que las familias cuentan para afrontar la crisis. En ese sentido, Perú decidió implementar una serie de ayudas económicas mediante bonos para que, los hogares de bajos recursos puedan solventar gastos alimenticios, de vivienda, etc., todos estos relacionados con el derecho a la salud.

Esta política de ayuda tiene como principal plataforma de apoyo al Sistema de Focalización de Hogares (SISFOH), el cual proporciona un padrón que categoriza a los hogares como pobre, pobre extremo o no pobre. Sin embargo, el acceso al mismo es costoso, limitado y no es muy claro.

Pese a las buenas intenciones, la política pública de los bonos no ha comprende la situación real de los migrantes venezolanos, para los cuales, las barreras burocráticas significan un menoscabo a su derecho a la igualdad y no discriminación con afectación directa del derecho a la salud al no tener medios provenientes del Estado para afrontar su situación de vulnerabilidad.

En ese sentido, se abordará esta problemática basándonos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el ordenamiento jurídico peruano.

1. Migración y pandemia

1.1 Migración venezolana en Perú

1.1.1 Postura del estado peruano hacia la migración venezolana

La grave crisis que atraviesa Venezuela, debido a las violaciones masivas de derechos humanos, aunado a la crisis humanitaria y sanitaria producto de la escasez de alimentos y medicamentos en el país, ha forzado el éxodo venezolano en busca de mejores oportunidades de salud, trabajo, educación y vivienda⁴.

Respecto a la recepción por parte del Estado peruano a los migrantes venezolanos, la política migratoria peruana tiene dos etapas. La primera, ocurre durante el gobierno de Pedro Pablo Kuczynski⁵, en el cual se acoge a los migrantes venezolanos que ingresan desde enero del 2017 a través del acceso al Permiso Temporal de Permanencia (PTP) que les permitía trabajar formalmente por 1 año y era prorrogable.

4. CIDH, Resolución 2/2018: migración forzada de personas venezolanas, p. 1.

5. Decreto Supremo N° 002-2017-IN, de 03 de enero de 2017 (*El Peruano* de 03 de enero de 2017).

El segundo momento, se dio a lo largo del Gobierno de Martín Vizcarra donde se realizaron tres modificaciones relevantes para la situación migratoria de esta población. La primera modificación, surge a partir de la Resolución de Superintendencia N° 000270-2018 de Migraciones, por la cual se implementa la exigencia de la presentación del pasaporte para acceder al PTP. La segunda, ocurre con la promulgación del Decreto Supremo N°007-2018-IN, que establece que se entregará el PTP a las personas de nacionalidad venezolana que hayan ingresado al territorio nacional hasta el 31 de octubre de 2018.

Finalmente, el tercer cambio se dio con la Resolución de Superintendencia N° 000177-2019, de Migraciones del 15 de junio del 2019, la cual exige poseer la visa humanitaria para ingresar al país. Dicho requisito solo puede obtenerse si se cuenta con el pasaporte vigente o vencido, y los sellos de salida regular de Ecuador. No obstante, el Estado ha permitido excepcionalmente el ingreso sin dicha visa a los migrantes que se encuentren en una situación de extrema vulnerabilidad, como también a las personas que solicitaron refugio y hayan sido admitidos en la frontera.

1.1.2 Los migrantes venezolanos que llegan a Perú

1.1.2.1 Dificultades en la documentación

Frente a la llegada de personas venezolanas al Perú, existen dos vías para su regularización: el sistema migratorio y el sistema de refugio⁶. El primero, se encuentra bajo la competencia de la Superintendencia Nacional de Migraciones, adscrita al Ministerio del Interior que se encuentra regulada mediante la Ley de Migraciones⁷, mientras que el segundo, esta bajo la competencia del Ministerio de Relaciones Exteriores y regulado por la Ley del Refugiado⁸.

Por la vía del sistema migratorio, la Ley de Migraciones distingue entre las visas de entrada y las calidades migratorias en el país. Las visas son autorizaciones para ingresar al territorio peruano y las otorga el Ministerio de Relaciones Exteriores a través de las oficinas consulares peruanas en el exterior, y posteriormente dan acceso directo a la calidad migratoria correspondiente⁹. Las calidades migratorias son otorgadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores o por la Superintendencia Nacional de Migraciones y dependen de la actividad que desarrolle la persona

6. Equilibrium – Centro para el Desarrollo Económico, “Inmigración Venezolana en el Perú: Regularización Migratoria y el Sistema de Refugio”, *Equilibrium*, (2021), p. 8.

7. Decreto Legislativo N° 1350, de 07 de enero de 2017 (*El Peruano* de 07 de enero de 2017).

8. Ley N° 27891, de 22 de diciembre de 2002 (*El Peruano* de 22 de diciembre de 2002).

9. Decreto Legislativo N° 1350, de 07 de enero de 2017 (*El Peruano* de 07 de enero de 2017), art. 27.

extranjera en el Perú¹⁰. Estas calidades pueden ser cambiadas dentro del territorio peruano mediante el proceso administrativo de Cambio de Calidad Migratoria. Asimismo, las personas extranjeras que se encuentren en situación migratoria irregular pueden regularizar su situación según las disposiciones indicadas en el reglamento de la Ley de Migraciones¹¹.

El documento que habitualmente otorga la Superintendencia Nacional de Migraciones para acreditar la residencia regular en el Perú es el Carné de Extranjería. Sin embargo, como respuesta a la llegada de un gran número de personas de nacionalidad venezolana, el Estado peruano creó de manera *ad hoc* el Permiso Temporal de Permanencia (PTP), un documento otorgado por la Superintendencia Nacional de Migraciones que les permite residir y trabajar de manera regular en el Perú por un año¹².

En la actualidad, como documento para el ingreso al país, está vigente la Visa Humanitaria, regulada a partir del 15 de junio de 2019 por la Resolución N° 000177-2019 de la Superintendencia Nacional de Migraciones. Esta visa se dirige de manera especial a las personas de nacionalidad venezolana, esta se tramita en los consulados peruanos y brinda la oportunidad de realizar, posteriormente, el cambio a la Calidad Migratoria Humanitaria. A través de ese cambio es posible obtener el Carné de Extranjería¹³.

Pese a ello, es necesario resaltar que el trámite de esta visa exige requisitos costosos y de difícil obtención como lo son el pasaporte y el certificado de antecedentes penales, lo cual complica enormemente las posibilidades de acceso a ella¹⁴.

Hay testimonios que narran que “tramitar un pasaporte cuesta US\$500 que es lo que [...] cuesta [llegar] al Perú”¹⁵. Es así que si bien los Estados, en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él, en relación con las personas que no sean nacionales suyos, estas políticas deben ser respetuosas de los derechos humanos¹⁶. No obstante, en el caso peruano, los costos para el acceso a la regularización son elevados para las personas venezolanas con menores recursos. Pues intrínsecamente esta-

10. *Ibid.*, art. 28.

11. *Ibid.*, art. 36.

12. Equilibrium – Centro para el Desarrollo Económico, “Inmigración Venezolana en el Perú: Regularización Migratoria y el Sistema de Refugio”, *Equilibrium*, 2021, p. 8.

13. *Ibid.*

14. *Ibid.*

15. BBC News Mundo, “Venezuela: las crecientes dificultades que enfrentan los venezolanos para emigrar a otros países de América Latina” *BBC News*, (21 de agosto de 2018).

16. Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 97.

blecen requisitos cuyo cumplimiento demanda cierto nivel económico que muchos migrantes no gozan, a causa de la crisis económica que afecta Venezuela y la falta de dinero de muchos y muchas migrantes al llegar a Perú.

Las restricciones, además de los extensos tiempos de espera que sufren los venezolanos para tramitar la visa, cédula, partida de nacimiento, certificado de calificaciones y títulos para la educación y el trabajo, entre otros, generan en los migrantes un limbo jurídico, que les impide acceder a beneficios sociales dentro de los estados de acogida, como lo pueden ser el acceder a la educación o el trabajo¹⁷. Puesto que la falta de mecanismos estatales eficientes que generen un apoyo real causa en ellos un perjuicio que se evidencia en situaciones de crisis, como lo es la pandemia por el COVID-19.

1.1.2.2 Perfil de la población migrante venezolana

Los inmigrantes venezolanos que han llegado al Perú son principalmente población joven en edad de trabajar, de entre 16 y 35 años¹⁸ provenientes de áreas urbanas y altamente calificadas, siendo que el 67% de las personas en edad de trabajar cuenta con algún tipo de estudios superiores¹⁹, técnica o universitaria y de ellos aproximadamente la mitad ha culminado los estudios universitarios.

Además, en general la población venezolana cuenta con mayor nivel de educación promedio, siendo de 13.4 años, frente a los 10.5 años de educación promedio peruana²⁰. Según los datos proporcionados por el Banco Mundial la inversión en educación de esta población le habría costado al país cerca de 3,3 billones de dólares, lo que equivale a un tercio del presupuesto anual de educación peruano²¹.

La participación económica es prioritaria para las personas venezolanas, siendo para ellos la tasa de desocupación laboral es del 6%²², quienes han encontrado en la informalidad del mercado laboral peruano la vía más rápida para insertarse a él, a pesar de que lo hacen en condiciones de riesgo y exponiéndose a situaciones de

17. Angélica Lagos Camargo “Sin cédula, pasaporte ni opciones: el limbo venezolano” *El Espectador*, 23 abril de 2021.

18. Inmigración Venezolana a Perú: Características e impactos macroeconómicos. Perú: BBVA Research, 2019, p. 8.

19. Una oportunidad para todos. Los migrantes y refugiados venezolanos y el desarrollo del Perú. Perú: Banco Mundial, 2019, 37

20. Inmigración Venezolana a Perú: Características e impactos macroeconómicos. Perú: BBVA Research, (2019), 10.

21. Una oportunidad para todos. Los migrantes y refugiados venezolanos y el desarrollo del Perú. Perú: Banco Mundial, 2019, 23.

22. *Ibíd.*

vulnerabilidad las cuales pueden potenciarse debido a la condición de migrantes y refugiados.

1.1.2.3 Informalidad laboral

A pesar de que la fuerza laboral venezolana está principalmente calificada, la informalidad afecta al 89% de los inmigrantes venezolanos²³. Quienes como trabajadores dependientes no cuentan con contrato, mientras que el 97% no tienen seguro de salud otorgado por el empleador²⁴ aun cuando trabajan un promedio de 60 horas a la semana, frente a las 41 horas que trabaja la población peruana, haciendo un equivalente de 12 horas laboradas por día. Sumándole a ello, los problemas cada vez más frecuentes relacionados al pago, puesto que los indicadores señalan que el 23% de las personas venezolanas han declarado haber presentado estos problemas, refiriéndose a que recibieron menos de lo pactado o no se les pagó²⁵. Asimismo, pese a que tienen jornadas laborales más largas, los venezolanos perciben en promedio 952 soles, ganando por hora un 37% menos que sus iguales peruanos²⁶.

Esto se debe entre otras cosas a que no cuentan con el permiso legal correspondiente para poder trabajar, puesto que el 52% de las personas venezolanas son solicitantes del PTP²⁷ el cual tiene una vigencia de un año y les permite acceder al mercado laboral formal.

1.1.2.4 Acceso a la salud

El sistema de salud peruano presenta deficiencias en la prestación de servicios pre-existentes a la llegada de los migrantes venezolanos, visibilizada en la poca inversión pública y privada para el sector salud, aunado a la falta de profesionales de la salud²⁸. A pesar que el 89% de migrantes venezolanos no padecen de enfermedades crónicas, del 11% que, si las sufren, el 78% no recibió ningún tratamiento en el 2018²⁹.

Asimismo, cuando se ven afectados por la recaída de alguna enfermedad crónica, accidente, o algún problema de salud no recurren a los centros médicos, pues el 55% de

23. *Ibíd.*

24. *Ibíd.*

25. *Ibíd.*

26. *Ibíd.*

27. *Ibíd.*, 12.

28. Según el informe del Banco Mundial, en el 2018 la inversión pública representó el 5.5% respecto al PBI, muy por debajo de países como Colombia con el 7,2% y Ecuador con el 9,2%.

29. Inmigración Venezolana a Perú: Características e impactos macroeconómicos. Perú: BBVA Research. (2019), p. 20.

ellos tratan de confiar en el tratamiento que se les brinda en las farmacias o boticas³⁰ al no contar con un seguro de salud que los respalde y la cantidad de dinero que implicaría acudir a un hospital. Respecto a ello, las cifras de personas venezolanas que cuentan con seguro de salud son alarmantes, solo el 8% del tienen acceso a una atención formal y de ellos el 4.6%³¹ cuentan con acceso al Seguro Integral de Salud (SIS).

La falta de recursos se destaca como la razón más importante para no acceder a la atención en salud formal, el 65% de las personas venezolanas que no buscaron atención, señalaron que el motivo fue la falta de dinero³². La falta de seguro médico sumado a la poca disponibilidad monetaria coloca a los migrantes venezolanos en una situación de vulnerabilidad ante la presencia de alguna enfermedad o accidente que se pueda presentar, vulnerabilidad que se acrecienta con la presencia del COVID-19.

Por ello, si bien el 92% de la población venezolana no cuenta con un seguro de salud³³, debido a las trabas que existen a nivel institucional para poder tramitar el SIS solo con el PTP u otros documentos distintos al Carné de Extranjería. Esto repercute de manera diferenciada a las mujeres venezolanas, puesto que enfrentan limitaciones al acceso a métodos de planificación familiar, y asistencia a controles de embarazo.

Según la ENPOVE, el 62% de las mujeres venezolanas en edad reproductiva no tienen acceso a métodos anticonceptivos y solo el 21% de mujeres mayores de 15 años se encuentra usando algún tipo de método de protección³⁴. Esta última cifra es alarmante, cuando se hace el contraste con la cantidad de mujeres peruanas que se encuentran usando un método moderno de planificación, que es de 55% de acuerdo a los resultados vertidos en la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar realizada por INEI en el 2019³⁵.

1.2 Los migrantes venezolanos en Perú frente a la pandemia

Respecto a la situación de los migrantes venezolanos a raíz de la pandemia COVID-19, el embajador de Venezuela en Perú, Carlos Scull, indicó que tras la decla-

30. *Ibíd.*

31. Banco Mundial. Una oportunidad para todos. Los migrantes y refugiados venezolanos y el desarrollo del Perú. Perú. (2019), p.139.

32. *Ibíd.*

33. Según el informe de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), para febrero del 2020 representaban al 55.2% del flujo migratorio.

34. Banco Mundial. Una oportunidad para todos. *Los migrantes y refugiados venezolanos y el desarrollo del Perú*, (2019), p. 200.

35. INEI, *Informe Perú: Indicadores de Resultados de los Programas Presupuestales, Primer Semestre*, (2019), p. 100.

ratoria de Estado de Emergencia anunciado el 14 de marzo, más de 800.000 venezolanos se vieron afectados³⁶. En esa misma línea, la organización Unión Venezolana señaló la necesidad de buscar mecanismos internos o apoyarse en la cooperación internacional para que, la población venezolana también pueda acceder a algún beneficio para sobrellevar el estado de emergencia e indicó que el 33% de ellos habrían perdido su trabajo a raíz de la pandemia³⁷.

Ante la falta de políticas de orden interno que incluyan a los migrantes venezolanos, la Amnistía Internacional instó al Gobierno el incluir a los extranjeros en situación de vulnerabilidad en las medidas de asistencia social para hacer frente al COVID-19³⁸.

Asimismo, el exministro de Relaciones Exteriores, Gustavo Meza-Cuadra, se pronunció agradeciendo a la oficina de la ONU en Perú, la Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), la Unión Europea (UE) y *Save the Children* “por la creación de un fondo para asistir a ciudadanos venezolanos en situación de necesidad y que requieran de mayor apoyo”³⁹. Este fondo tuvo como objetivo la entrega de un subsidio “en una escala menor” al del bono de 380 soles entregado a las familias peruanas en condiciones de pobreza y extrema pobreza⁴⁰.

También agencias internacionales entregaron canastas de alimentos y agua que provenían de donaciones del sector privado denominado frente empresarial *Hombro a Hombro* que se dieron a 5000 familias de migrantes y refugiados en situación de extrema vulnerabilidad en coordinación con el Instituto Nacional de Defensa Civil⁴¹.

Del mismo modo, UNICEF, puso en marcha, por primera vez en Perú, un programa de transferencias económicas multipropósito no condicionadas destinadas específicamente a familias venezolanas lo cual, implicó la transferencia mensual de 760

36. Gestión, “¿Bono familiar por emergencia sanitaria incluye a venezolanos?”, *Gestión Perú*, (20 de marzo de 2020).

37. NTN24, “33 % de los venezolanos en Perú perdió su empleo en medio de pandemia.”, *ntn24.com*, (29 de marzo de 2020).

38. Amnistía Internacional Perú, “Esta acción exhorta al gobierno peruano a tomar medidas urgentes en favor de grupos vulnerables, entre ellos la población refugiada, protegiendo el derecho a la vivienda en el contexto de la COVID-19.” *Amnistía Internacional Perú*, 29 de mayo de 2020.

39. Andina. “Canciller agradece apoyo de organismos internacionales para atender a venezolanos”, *Andina: Agencia peruana de noticias*, (1 de abril de 2020).

40. La República, “Migrantes venezolanos en Perú recibirán bono económico ante emergencia sanitaria”, *La República*, (1 de abril de 2020).

41. Naciones Unidas, “Perú y la ONU se alían para ayudar a los refugiados y migrantes venezolanos afectados por el coronavirus”, *Noticias ONU*, (17 de abril 2020).

soles durante cuatro meses. El único criterio para seleccionar a las familias es que tengan niños, niñas, adolescentes o mujeres en período de embarazo o lactancia. Hasta diciembre del año 2020, 400 familias en Lima Norte recibieron las transferencias⁴².

2. Estándares, principios y derechos involucrados

2.1 La migración como situación de vulnerabilidad

Migrar, es decir, dejar un Estado con el propósito de trasladarse a otro y establecerse en él⁴³; coloca a la persona en una situación de vulnerabilidad. Al encontrarse en un Estado ajeno se presentan dificultades como la diferencia de idioma, costumbres y cultura que permiten la reproducción de condiciones de vulnerabilidad tales como los prejuicios que resultan en discriminación⁴⁴. Esto dificulta su integración a la sociedad y conlleva a la impunidad de las violaciones a sus derechos humanos⁴⁵.

Esta vulnerabilidad es mantenida por situaciones *de iure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y *de facto* (desigualdades estructurales). Es así que, se establecen diferencias en el acceso a los recursos públicos administrados por el Estado entre nacionales y extranjeros⁴⁶. Claro ejemplo es que, en Perú el acceso al Sistema Integral de Salud gratuito, en el caso de las personas extranjeras tiene matices. Así se permite la inscripción solo de extranjeros que cuentan con Carné de Extranjería por alguna residencia o por el reconocimiento del refugio. Además, hay ciertas circunstancias en las cuales una persona puede afiliarse directamente sin tener el Carné: madres durante el periodo de embarazo hasta los 42 días después de dar a luz; las y los menores de 5 años; estudiantes que accedan a *Qali Warma*; beneficiarios de reparaciones en salud y de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos; presos; personas en un Centro Juvenil de diagnóstico y rehabilitación; personas en situación de calle, bomberos; si se es ciudadano ecuatoriano y se encuentra en Perú;

42. Alcázar, B. “En Perú, familias migrantes hacen frente a la pandemia gracias a las transferencias de efectivo”, *UNICEF*, (16 de diciembre de 2020).

43. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, Serie A, núm. 18, párr. 69.

44. Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/54/166 sobre “Protección de los migrantes”. 24 de febrero de 2000.

45. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 113.

46. *Ibíd.*, párr. 112.

grupos de vulnerabilidad sanitaria (VIH- SIDA, TBC y discapacidad severa) y personas con diagnóstico o sospecha de COVID-19⁴⁷.

Sin embargo, la situación de los migrantes irregulares –sea por no haber respetado las normas de ingreso o por haber permanecido más del tiempo autorizado– es especialmente preocupante⁴⁸, pues se encuentran más expuestos a las violaciones potenciales o reales de sus derechos, presentando así un nivel elevado de desprotección⁴⁹. Por ejemplo, la Defensoría del Pueblo de Perú menciona que la irregularidad coloca a las personas migrantes en un plano complejo, el cual da paso a condiciones informales y abusivas de empleo, prácticas de discriminación y xenofóbicas, además de exposición a las redes de trata y tráfico⁵⁰. Si bien, los Estados pueden otorgar un trato diferenciado entre los migrantes documentados e indocumentados o entre migrantes y nacionales, este siempre debe ser razonable, objetivo y proporcional, y no debe perjudicar los derechos humanos.⁵¹ En consecuencia, el Estado está obligado a respetar y garantizar la igualdad y no discriminación independientemente del estatus migratorio de una persona dentro de su territorio, así lo ha entendido Perú en su legislación nacional⁵².

2.2 Estándares de Igualdad y no Discriminación para las políticas estatales

El principio-derecho de igualdad y no discriminación ha sido reconocido por el Derecho Internacional como una norma *ius cogens*, es decir, una norma imperativa sobre la cual descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional⁵³ y sobre la cual los Estados tienen prohibido pactar en contrario.

47. Gobierno del Perú. Afiliarse al SIS Gratuito, acceso el 22 de noviembre de 2022, <https://www.gob.pe/132-afiliarte-al-sis-gratuito-requisitos>.

48. Tribunal Constitucional. *EXP N° 02744 2015-PA/TC*. f8.

49. Corte IDH, Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, Sentencia de 25 de noviembre de 2013, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, núm. 272, párr. 128.

50. Defensoría del Pueblo. Población migrante, acceso el 22 de noviembre de 2022, https://www.defensoria.gob.pe/grupos_de_proteccion/poblacion-migrante/.

51. Corte IDH, Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, Sentencia de 28 de agosto de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, No. 282, párr. 402.

52. Decreto Legislativo N° 1350, de 07 de enero del 2017 (*El Peruano* de 07 de enero de 2017). Principio VIII.

53. Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-18/03*, párr. 101.

Este derecho implica el deber de los Estados de abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*⁵⁴.

Desde una perspectiva formal, esta norma no implica que toda distinción deba ser discriminatoria *per se* sino que esta debe tener una justificación objetiva y razonable destinada a lograr un fin legítimo; asimismo, debe ser proporcional a dicho fin⁵⁵. En ese sentido, las normas de derechos humanos señalan un conjunto de criterios prohibidos de discriminación. Siendo uno de estos la nacionalidad, por la cual los Estados no pueden discriminar, o tolerar situaciones discriminatorias, en perjuicio de las personas migrantes⁵⁶.

Sin embargo, una perspectiva material de este derecho, parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas especiales de equiparación⁵⁷, en razón de las desigualdades históricas que han vivido.

Una forma de lograr esta equiparación es a través de las políticas públicas, las cuales conforme a lo señalado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, tienen tres dimensiones que deben tomarse en consideración. Por una parte, implica que el Estado debe adoptar medidas fundadas en el reconocimiento de la dignidad y derechos de todas las personas en condiciones de igualdad y sin distinción alguna. En segundo lugar, se refiere a que es necesario diseñar mecanismos y herramientas bajo un enfoque diferenciado el cual atienda las condiciones particulares de determinadas personas, grupos o poblaciones, a fin de garantizar una protección suficiente para lograr la igualdad sustantiva. Por último, esta noción de igualdad requiere la activa participación de las personas, grupos y poblaciones en situación de discriminación histórica en el diseño de políticas públicas que les conciernen⁵⁸.

En ese sentido, las personas migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad por su diferencia de poder frente a los nacionales o residentes. Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones *de jure*

54. Corte IDH, Caso Jenkins Vs. Argentina, Sentencia de 26 de noviembre de 2019, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, No. 397, párr. 91.

55. Corte IDH, Caso Vélez Lóor Vs. Panamá, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 218, párr. 248.

56. *Ibíd.*

57. CIDH, Políticas públicas con enfoque de derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II, doc. 191, 15 septiembre 2018, párr. 47.

58. *Ibíd.*, p. 21.

(desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y *de facto* (desigualdades estructurales)⁵⁹.

Por todo lo mencionado, resulta necesario que los Estados implementen medidas para lograr la igualdad tanto desde una perspectiva formal, a partir de la emisión de normas cuyo contenido no sea discriminatorio contra las personas migrantes; así como desde una perspectiva material que incluya medidas afirmativas –como las políticas públicas– que transformen las causas estructurales de discriminación social hacia estas personas.

La crisis sanitaria provocada por el COVID-19 no puede ser pretexto para que estas obligaciones queden en el olvido. En ese sentido, la Comisión Interamericana ha señalado que las políticas y medidas que se adopten deben basarse en un enfoque de derechos humanos el cual contemple la universalidad e inalienabilidad de estos, así como la igualdad y no discriminación y la inclusión⁶⁰. Es por ello que, hace hincapié en que se debe incluir expresamente a las poblaciones en situación de movilidad humana en las políticas y acciones de recuperación económica, que sean necesarias en todos los momentos de la crisis generada por la pandemia⁶¹.

De ello, se puede concluir que los Estados -como Perú- deben tener como brújula durante esta pandemia el respeto a derechos tan básicos como la igualdad y no discriminación hacia los migrantes. Para ello, es necesario que no se emitan normas en donde se los excluyan de las políticas públicas que puedan ayudar a paliar la crisis actual.

2.3 Renta básica y derecho a la seguridad social

Las situaciones de exclusión, pobreza y extrema pobreza, así como los desastres naturales y acciones humanas dañinas son objeto de una latente preocupación, pues termina colocando en situación vulnerable a quienes no tienen recurso; incluso aún más en el contexto de la pandemia. En conciencia de ello la postura de Luigi Ferrajoli toma relevancia, él defiende la idea de que el sistema no debe limitarse a las garantías negativas, sino que son necesarias las garantías positivas las cuales aseguren la supervivencia de la persona en sus condiciones materiales y sociales⁶².

Por tal motivo, no es sorprendente el interés y apuesta por la renta básica con la cual se busca proveer de prestaciones económicas a la población. Hay dos posturas en

59. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 112.

60. CIDH, Resolución 1/2020: Pandemia y Derechos Humanos en las Américas, 10 de abril de 2020, 9.

61. *Ibid.*, p. 19.

62. Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Vol. 2 Teoría de la democracia. Madrid: Trotta (2011), párr. 391.

defensa de esta política; la primera, es la renta básica restringida, la cual contempla “un salario mínimo garantizado únicamente a los necesitados, previa acreditación de que carecen [de] una renta suficiente para sobrevivir y/o de otras condiciones”⁶³. Por otro lado, la segunda es abierta e indistinta porque pretende otorgar un salario mínimo a toda la ciudadanía, que posteriormente se recuperaría mediante el fisco⁶⁴.

Estas posturas buscan salvaguardar el derecho a la vida digna, salud, entre otros, basándose en el derecho a la protección social⁶⁵, todos ellos son ampliamente aceptados y estipulados en tratados de derechos humanos⁶⁶ y constituciones. Perú no es la excepción pues no solo son vinculantes los instrumentos internacionales mencionados, sino que en el artículo 10 de su Carta Magna⁶⁷ se reconoce el derecho a la seguridad social que ha de ser interpretada acorde con el principio de solidaridad, universalidad y progresividad para el mantenimiento y elevación de la calidad de vida⁶⁸. Además, la jurisprudencia ha precisado que se requiere de la presencia del Estado de Necesidad que condicione el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial⁶⁹. A ello, hay que añadirle que la condición debe interpretarse en conjunto con el previo principio desarrollado de igualdad y no discriminación, por lo tanto, personas en condición de pobreza o extrema pobreza están comprendidas de forma válida para recibir tal apoyo.

De esta lectura, podemos concluir que el derecho a la renta básica queda respaldado por el ordenamiento jurídico peruano en aras de su compromiso con la defensa

63. Cavas Martínez, F. y Sempere Navarro, A. V. “Capítulo I: El ingreso mínimo vital en el marco de las políticas públicas de protección social: consideraciones generales”, en *El ingreso mínimo vital. Una perspectiva global: regulación estatal, derecho comparado y conexión con rentas mínimas autonómicas*, ed. por Faustino Cavas Martínez y Belén García Romero (Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2021), pp. 25-54, 27.

64. Ferrajoli, *Principia iuris*, p. 392.

65. Ana I. Pérez Campos, “El tratamiento de las rentas mínimas en las instituciones internacionales y Europa.”, en *El ingreso mínimo vital. Una perspectiva global: regulación estatal, derecho comparado y conexión con rentas mínimas autonómicas*, ed. Faustino Cavas Martínez y Belén García Romero, (Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2021), pp. 55-90, 58.

66. Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 9°. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XVI. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), artículo 9°. Convenio OIT N° 102 sobre la Seguridad Social.

67. Constitución Política. Artículo 10. -Derecho a la Seguridad Social: El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.

68. Tribunal Constitucional. *STC N° 1417- 2005-TC*. F. 30.

69. *Ibíd.*

de la persona humana y su dignidad. Por ello, no solo debe a quienes están bajo su jurisdicción garantías negativas sino también positivas; así en concordancia con la cláusula *apertus* del artículo 3 de la Constitución⁷⁰, el derecho a la renta básica es necesaria para salvaguardar la dignidad de personas vulnerables sin discriminación de cualquier índole.

2.4 Derecho a la salud y la Política Nacional de Salud

El derecho a la salud está protegido por el artículo 7 de la Constitución que reconoce este derecho a la totalidad de población, al medio familiar y a la comunidad. Asimismo, el artículo 9 establece las directrices de la Política Nacional de Salud, la cual debe ser plural y descentralizada, de tal forma que sea accesible y adecuada para el común de las personas de manera equitativa.

Anteriormente, el derecho a la salud dependía de los derechos de la vida e integridad. Sin embargo, en el año 2006 se reconoció su autonomía *ius fundamental* independizándose de las afectaciones previas a otros derechos⁷¹. En ese sentido, el Tribunal Constitucional, al igual que la Corte Interamericana⁷², estableció que el derecho a la salud no solo es entendido como la obligación de preservar la vida en condiciones dignas⁷³, sino que requiere de una máxima protección pues actúa como condición fundamental para ejercer la autonomía personal plenamente. Tal es el caso de la obligación especial del Estado de priorizar la atención en salud de población pobre o en extrema pobreza debido a los altos costos de ciertos tratamientos⁷⁴.

En esa línea, el intérprete ha analizado las exigencias de este derecho apoyándose en el principio de equidad que nos plantea el artículo 9 de la Constitución. Este principio demanda “la ausencia de diferencias sistemáticas y potencialmente remediables en uno o más aspectos de la salud”⁷⁵; además exhorta que el Estado adopte medi-

70. Constitución Política. Artículo 3. -Derechos Constitucionales. *Numerus Apertus*: La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

71. Tribunal Constitucional. STC 5842-2006-PHC/TC. F. 48.

72. Corte IDH. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 8 de marzo de 2018, párr. 118.

73. Tribunal Constitucional. STC 2945-2003-PA/TC. f.22.

74. León Florián, F. J. “El derecho a la salud en la jurisprudencia del TC peruano.”, Pensamiento Constitucional 19 (2014): 389-420.

75. Tribunal Constitucional. STC 0033-2010-PI/TC f. 32.

das enfocadas especialmente en las poblaciones vulnerables, sobre todo aquellas que cuentan con bajo recurso económico⁷⁶.

Así, el Tribunal Constitucional reconoce una serie de elementos que constituyen el contenido esencial del principio: 1. La exigencia de enfrentar las desigualdades sociales que tienen un efecto negativo y que dificultan el logro de una buena salud pues este derecho se hace extensivo a factores como la alimentación, la vivienda, etc. 2. Considerar la interdependencia de los derechos fundamentales que tiene incidencia en el goce de la salud como son los derechos a la alimentación, a la igualdad, la educación, etc. 3. La posibilidad de acceder a los servicios de salud de modo integral. 4. El respeto por el principio de no discriminación tanto en igualdad de forma como igualdad de trato. 5. Exige la asignación de recursos para la salud y una distribución equitativa de los recursos a través de la solidaridad⁷⁷.

Finalmente, tanto el Tribunal Constitucional⁷⁸ como la Corte Interamericana⁷⁹ han explicado que garantizar un trato igualitario es una condición transversal en cuanto al derecho a la salud.

3. Análisis de los bonos estatales en relación con los migrantes venezolanos

3.1 Bonos como política pública

Según el autor Raúl Velásquez una política pública es “un proceso integrador de decisiones, acciones, inacciones, acuerdos e instrumentos, adelantado por autoridades públicas con la participación eventual de los particulares, y encaminado a solucionar o prevenir una situación definida como problemática”. Es decir, las políticas públicas son un conjunto de acciones tomadas por los Estados para responder ante un problema público que afecta a un gran margen de la población y, por consiguiente, al Estado, dado que este responde a las necesidades de la misma.

Es así que, la emisión de sumas dinerarias en forma de bonos como política pública tiene entre sus objetivos proteger el derecho a la salud de la población, entendida desde un punto de vista amplio, que implica la protección de la alimentación, vivienda, entre otros derechos relacionados. Las políticas públicas son un conjunto de acciones tomadas por los Estados para responder ante un problema público que afecta a un gran margen de la población y por consiguiente al Estado, dado que, como se mencionó anteriormente, a este corresponde a las necesidades de la misma.

76. *Ibíd.*, f.11.

77. *Ibíd.*, f. 34.

78. *Ibíd.*, f.8.

79. Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*, párr. 122.

La CIDH entiende una política pública con enfoque de derechos humanos como “el conjunto de decisiones y acciones que el Estado diseña, implementa, monitorea y evalúa –a partir de un proceso permanente de inclusión, deliberación y participación social efectiva– con el objeto de proteger, promover, respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas, grupos y colectividades que conforman la sociedad, bajo los principios de igualdad y no discriminación, universalidad, acceso a la justicia, rendición de cuentas, transparencia, transversalidad, e intersectorialidad”⁸⁰.

Posteriormente, en el apartado 3.4., analizaremos si la política de los bonos tiene un enfoque dirigido a los derechos humanos.

3.2 Bonos emitidos por Perú

El Estado a través de diversos Decretos de Urgencia ha otorgado subsidios monetarios como una medida para paliar los efectos que el aislamiento voluntario ha ocasionado en la economía de los hogares y familias pertenecientes a los sectores más vulnerables de nuestro país. Es inevitable concluir, que los bonos son manifestación del derecho a la renta mínima para sobrevivir y salvaguardar la vida, el derecho a la salud ante el peligro de contagio y muerte por COVID-19, y otros derechos conexos de las familias en pobreza o extrema pobreza que no pueden solventar su necesidad en la pandemia.

Es así, como a lo largo de la cuarentena se han hecho entrega de 4 bonos: el bono “Yo me quedo en casa”, el bono “Trabajador independiente”, el bono familiar universal y el bono rural. Para efectos de este artículo, serán estudiados los tres primeros bonos, pues la zona donde se encuentran las personas beneficiarias es la zona urbana, donde habita el común de los migrantes venezolanos.

En ese sentido, se ha elaborado un cuadro a fin de determinar cuáles son los requisitos exigidos por los diversos decretos de urgencia para poder ser beneficiario de estas ayudas sociales y la naturaleza de los mismos.

80. CIDH. *Políticas públicas con enfoque de derechos humanos*, párr. 231.

Cuadro informativo sobre los bonos emitidos por el Estado peruano

Nombre	Origen	Monto	Requisitos
Bono “Yo me quedo en casa”	Decreto de Urgencia N° 027-2020 del 16 de marzo de 2020	1er cobro: S/. 380.	<ul style="list-style-type: none"> Estar clasificado como pobre o pobre extremo en el padrón del SISFOH.
	Subsidio complementario Decreto de Urgencia N° 044-2020 del 21 de abril de 2020.	2do cobro: S/.380 *Si no se cobró el primer bono, estos se suman: S/. 760.	
Bono Independiente	Decreto de Urgencia N° 033-2020 del 27 de marzo de 2020.	S/. 760.	<ul style="list-style-type: none"> El hogar debe estar calificado como No Pobre, según el SISFOH. Además, debe ubicarse en los ámbitos geográficos con mayor vulnerabilidad sanitaria de acuerdo con el Ministerio de Salud (Minsa). No puede ser beneficiario de los programas Juntos, Pensión 65 o Contigo. No puedes haber recibido el bono otorgado por el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social (Midis), según Decreto de Urgencia N° 027-2020. Los miembros del hogar no deben encontrarse registrados como trabajadores dependientes del sector público o privado. Los miembros del hogar no deben generar ingresos mayores a S/ 1,200 soles. Los miembros del hogar no deben ser alcaldes, gobernadores regionales o congresistas.
	Decreto de Urgencia N° 036-2020 del 10 de abril de 2020.		
Bono Universal Familiar	Decreto de Urgencia N°52-2020.	S/.760.	<ul style="list-style-type: none"> Aquellos hogares en condición de pobreza y pobreza extrema de acuerdo con el SISFOH. Aquellos hogares beneficiarios del programa nacional de apoyo directo a los más pobres –juntos, y/o aquellos hogares con algún integrante que sea beneficiario del programa nacional de asistencia solidaria Pensión 65 y/o aquellos hogares con algún integrante que sea beneficiario del programa nacional de entrega de la pensión no contributiva a personas con discapacidad severa en situación de pobreza– contigo a cargo del ministerio de desarrollo e inclusión social. Aquellos hogares que no están comprendidos entre los literales precedentes, pero que no se encuentren registrados en el aplicativo de registro centralizado de planillas y de datos del sector público, o en la planilla privada, exceptuando a los pensionistas y a la modalidad formativa.

De acuerdo al cuadro presentado, estos bonos establecen cláusulas específicas de selección, priorizando los hogares en condición de pobreza y pobreza extrema de acuerdo al SISFOH, o aquellos hogares donde alguno de sus integrantes sea beneficiario del Programa Pensión 65, o beneficiarios del Programa Nacional de Apoyo Directo a los más Pobres –JUNTOS o del Programa Nacional de Entrega de la Pensión no Contributiva a Personas con Discapacidad Severa en Situación de Pobreza –CONTIGO⁸¹, programas que tienen como requisito para poder afiliarse, acreditar la condición de pobreza o pobreza extrema a través del SISFOH.

Para poder acceder a cualquiera de estas ayudas económicas, el estar inscrito en el SISFOH funge como requisito esencial y es allí donde esta afiliación cobra una especial importancia para las personas que se encuentran viviendo situaciones de crisis económica producto de la pandemia y aspiran a obtener estos bonos para poder subsistir y alimentar a sus familias. Situación que es compartida por las personas migrantes venezolanas que han encontrado en el Perú la posibilidad de comenzar nuevamente y que la pandemia las ha dejado en un estado de total indefensión, al haber perdido todo sustento económico por tiempo indefinido en un país que no es el suyo, dependiendo de la ayuda humanitaria para poder subsistir.

3.3 Procedimiento para la afiliación al SISFOH de los migrantes

La normativa con la que opera el SISFOH es determinante sobre los documentos que comprueban la identidad de las personas solicitantes. Con respecto a la afiliación de las personas extranjeras; es a través de la Resolución Ministerial N° 304-2018-MIDIS que modifica la Directiva N° 006-2017-MIDIS “Directiva que regula la operatividad del Sistema de Focalización de Hogares-SISFOH”, la cual especifica las entidades competentes⁸² que están a cargo de la validación de la identidad de un tipo específico de extranjeros elegibles para la afiliación, que serán aquellos que posean la calidad de residentes, dejando que estas autoridades sean las que determinen cuál será el documento de identidad válido para probar esta condición. Sin embargo, el 10 de febrero del 2020, mediante Resolución Ministerial N° 032-2020-MIDIS se derogó la anterior directiva, especificando que el único documento válido para confirmar la identidad de los extranjeros residentes elegibles es el Carné de Extranjería.

La Defensoría del Pueblo ha mostrado preocupación por la falta de actualización del SISFOH y los efectos sumamente importantes que han generado dentro de la repartición de los bonos de ayuda social, pues producto de ello se “[ha] favorecido a ciudadanos/as que ya no se encuentran en condición de pobreza o, de lo contrario

81. Decreto de Urgencia 52-2020 de 5 de mayo de 2020 (*El Peruano* de 5 de mayo de 2020).

82. Modificación al numeral 7.4 de la Directiva N° 006-2017-MIDIS: “Directiva que regula la operatividad del Sistema de Focalización de hogares”.

ha dejado de beneficiar a hogares cuya situación ha variado (reclusión, enfermedad, migración, albergados)”⁸³ (el subrayado es agregado nuestro).

Ante lo mencionado anteriormente, es pertinente traer a colación la definición del principio de solidaridad, con el objetivo de que las políticas públicas dictadas por el Estado peruano sean evaluadas bajo esta óptica. En ese sentido, la solidaridad es un principio relevante en el ámbito público, y se encuentra fundado en la dignidad humana, derecho desde el cual se justifica la existencia de dos obligaciones morales de solidaridad, a saber: la obligación moral de ser solidarios con aquellos que se encuentran en una situación de daño a su integridad física y moral. Y la obligación moral de ser solidarios con los sujetos morales que no participan en igualdad de condiciones en todos los ámbitos sociales (principalmente en el ámbito político)⁸⁴.

Así, respecto a las personas migrantes, el principio de solidaridad establece que, si bien los Estados pueden establecer límites a sus políticas públicas, también plantea que tipo de discriminación en la selección de los sujetos es admisible desde un punto de vista moral. Sobre esto, que el Estado solo permita el Carné de Extranjería como documento válido para confirmar la identidad de los extranjeros residentes elegibles dentro del SISFOH, coloca a las personas migrantes con otras condiciones jurídicas, como los solicitantes de refugio, o aquellas personas que aún cuentan con CPP, en una posición de vulnerabilidad que no cuenta una justificación adecuada. Al deberse que el SISFOH ha sido creado justamente para poder identificar a aquellos sectores de la población que se encuentran en una situación de vulnerabilidad.

Por lo ya mencionado, la Ley de Migración no cumple con el principio de solidaridad que deberían tener los estados ante personas que se encuentran en situación de extrema vulnerabilidad producto de la necesidad de migrar.

3.4 Medidas de protección social para la población migrante a nivel latinoamericano frente a la pandemia

3.4.1 Colombia

A enero de 2021, Colombia es el país con mayor recepción de población migrante venezolana con un estimado de 1.72 millones de migrantes recibidos⁸⁵. Para paliar

83. Defensoría del Pueblo del Perú. *Serie Informes Especiales N° 025-2020-DP: Entrega de bonos a hogares en el contexto de la emergencia por la COVID-19: Dificultades y recomendaciones*. (2020), p.14.

84. Roig de Asís, Rafael. «Derechos humanos, inmigración y solidaridad razonable» *Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas*, (2003): 62-63.

85. Plataforma de Coordinación para Refugiados y Migrantes de Venezuela, RMRP 2021. *Plan de respuesta regional Enero-Diciembre 2021* (Plataforma Regional de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela, 2021), p. 113.

la ola migratoria, el Estado colombiano ha adoptado diversas medidas. Es así que, el año 2017 se emitió la Resolución 5797⁸⁶ por medio de la cual se creó el Permiso Especial de Permanencia (PEP). Dicho permiso tiene una vigencia de 2 años prorrogables y ha permitido la regularización de migrantes venezolanos, así como también su acceso a la educación, atención médica y empleo formal.

Asimismo, entre el 21 de diciembre de 2018 y finales de septiembre de 2019, más de 340.00070 personas venezolanas en tránsito se beneficiaron del Permiso Especial de Tránsito (PIP-TT, Permiso de Ingreso y Permanencia de Tránsito Temporal)⁸⁷. Que les permite el tránsito regular durante un período de 15 días a través de Colombia hacia otros países, promoviendo la movilidad segura y regular, reduciendo así los riesgos asociados que implican caminar por áreas inseguras del país⁸⁸. En el mes de enero de 2020 se implementó el Permiso Especial de Permanencia para el Fomento de la Formalización⁸⁹.

Pese a estas medidas, muchas personas migrantes venezolanas vivían en situación de vulnerabilidad. Esta precaria situación empeoró con la llegada de la pandemia de COVID-19. Esto quedó demostrado con la tercera ronda de la Evaluación Conjunta de Necesidades (JNA III) realizada en julio de 2020 por la plataforma nacional en Colombia, conocida como Grupo Interagencial sobre Flujos Migratorios Mixtos (GIFMM), el cual muestra que las condiciones de vida de las personas refugiadas y migrantes con vocación de permanencia en Colombia se han deteriorado significativamente tras la introducción de las medidas de aislamiento preventivo por la COVID-19. La pérdida de ingresos provenientes de empleos formales e informales ha disminuido su capacidad de acceder a bienes y servicios básicos, como alimentación, salud y educación: el 60% de los hogares declaró tener una fuente de ingresos procedente de un empleo, en comparación con el 86% antes de la COVID-19. El 69% de las personas encuestadas señaló que se había visto privado de al menos una comida al día de las tres necesarias, con el 60% de los hogares comiendo dos veces al día, y el 9% comiendo solo una vez; el 42% de los hogares encuestados declaró haber tenido que pedir dinero en la calle⁹⁰.

86. Resolución 5797, de 25 de julio de 2017 por medio de la cual se crea un Permiso Especial de Permanencia (Diario Oficial núm. 50307 de 27 de julio de 2017).

87. Resolución 3346 de 21 de diciembre de 2018 (Diario Oficial núm. 50.818 de 26 de diciembre de 2018).

88. Plataforma de Coordinación para Refugiados y Migrantes de Venezuela, *Plan de Respuesta para Refugiados y Migrantes 2020*. Plataforma Regional de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela, (2020), p. 76.

89. Resolución 289 de 30 de enero de 2020. Diario Oficial núm. 51.2013 de 31 de enero de 2020.

90. Plataforma de Coordinación para Refugiados y Migrantes de Venezuela, RMRP 2021. Plan de respuesta regional Enero-Diciembre 2021. Plataforma Regional de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela, (2021), p. 113.

Para paliar la vulnerabilidad generada en la población colombiana por la pandemia, el Estado adoptó medidas de protección social como el programa Ingreso Solidario que fue creado para disminuir el impacto económico de la pandemia en las personas y hogares en situación de pobreza y vulnerabilidad, que no hacen parte de los programas tradicionales de transferencias monetarias con cobertura en todo el territorio nacional como Familias en Acción, Jóvenes en Acción Colombia Mayor o el subsidio denominado Devolución del IVA. El diseño del programa previó la elegibilidad de migrantes venezolanos, el cual sólo permite la inclusión como beneficiarios de aquellos en posesión del PEP y que cuenten con registro en el Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales (SISBEN), cerca de 40 mil hogares migrantes resultaron beneficiados, constituyéndose en el 2% del total de beneficiarios del programa⁹¹.

Otra medida a resaltar en materia migratoria es la publicación del Decreto N° 216⁹² de 2021 con el objeto de establecer el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos bajo Régimen de Protección Temporal. Esta norma permite a los venezolanos regularizados el ingreso al sistema de salud, tener acceso a educación y ser contratados de manera formal.

3.4.2 Chile

Según cifras de ACNUR, Chile es el tercer país con mayor número de migrantes venezolanos recibidos (457.3 mil a enero de 2021)⁹³. Para regular la entrada y residencia regular de las personas venezolanas, en el año 2018, se creó la Visa de Responsabilidad Democrática. Esta consiste en una Visa de Residencia Temporal por un periodo de tiempo de un año y prorrogable por el mismo periodo. Durante el tiempo de su emisión, esta visa solo podía ser emitida desde Caracas y Puerto Ordaz, pero en 2019, la posibilidad de solicitar esta visa se amplió hasta los consulados chilenos de todos los países⁹⁴. Dicha vía permite el acceso a derechos como el trabajo y seguridad social, salud y educación.

91. Centro Internacional de Políticas para el Crecimiento Inclusivo, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y Programa Mundial de Alimentos, *Protección social y la migración venezolana en América Latina y el Caribe en el contexto de COVID-19* Brasilia y Ciudad de Panamá: Centro Internacional de Políticas para el Crecimiento Inclusivo, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia-Oficina Regional para América Latina y el Caribe y Programa Mundial de Alimentos, (2021), p. 46.

92. Decreto 216 de 1 de marzo de 2021. Diario Oficial núm. 51.603 de 1 de marzo de 2021.

93. Plataforma de Coordinación para Refugiados y Migrantes de Venezuela, *RMRP 2021. Plan de respuesta regional Enero-Diciembre 2021*. Plataforma Regional de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela, (2021), p. 97.

94. Plataforma de Coordinación para Refugiados y Migrantes de Venezuela, *Plan de Respuesta para Refugiados y Migrantes 2020. Enero-Diciembre 2020*. Plataforma Regional de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela, (2020), p. 66.

Sin embargo, la introducción de la visa consular de turismo en junio de 2019 ha limitado la posibilidad de que las personas refugiadas y migrantes de Venezuela accedan al territorio y se beneficien de un estatus regular y, como resultado, ha afectado el acceso a los derechos y servicios⁹⁵.

Frente a la situación de pandemia, se implementó el programa Ingreso Familiar de Emergencia para otorgar una ayuda económica mensual de 100.000 pesos (USD 207.2), a cada integrante (hasta un total de 4), a aquellos hogares cuyos ingresos formales e informales disminuyeron por la pandemia. Si bien, no se menciona explícitamente la inclusión de familias migrantes, el Indicador Socioeconómico de Emergencia creado para medir la vulnerabilidad socioeconómica a corto plazo de las familias que hacen parte del Registro Social de Hogares otorgaba el beneficio automático a aquellas que están inscritas y permite la postulación de aquellas que se registraron recientemente y que cuenten con Clave Única –contraseña para tener acceso a los servicios del estado– o número de Cédula (RUT), el cual es un número de identificación en el país asignado a toda persona que está inscrita en el registro civil –sea ésta nacional o extranjera–⁹⁶.

También se creó el programa Bono COVID-19 que se encontraba dirigido a personas con Subsidio Único Familiar (SUF), familias del Sistema de Seguridades y Oportunidades (SSyOO) y hogares 60% más vulnerables que no reciban otros requisitos. Este programa ofreció un monto variable de 50 000 pesos chilenos (103.6 dólares) por familia SSyOO y hogares del 60% vulnerables. Las personas SUF recibieron 50.000 pesos por causante. Para las personas migrantes se solicitaba estar inscrito en el Registro Social de Hogares y pertenecer al SUF o SSyOO⁹⁷.

3.4.3 Ecuador

Ecuador en la actualidad es el cuarto país con mayor número de personas migrantes recibidas (415.8 mil a enero de 2021)⁹⁸. Conforme lo señala RMRP, entre el 2016 y mediados de 2019, Ecuador mantuvo una política de puertas abiertas que permitió que más de 1.7 millones de personas refugiadas y migrantes de Venezuela ingresaran al país de manera regular. La entrada regular fue posible mediante la creación de

95. *Ibíd.*

96. Plataforma de Coordinación para Refugiados y Migrantes de Venezuela, *Plan de Respuesta para Refugiados y Migrantes 2020. Enero-Diciembre 2020*. Plataforma Regional de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela, (2020), p. 46.

97. *Ibíd.*, p. 45.

98. “Así están distribuidos los migrantes venezolanos en América Latina”, *El Tiempo*, acceso el 30 de julio de 2021, <https://www.eltiempo.com/politica/los-paises-donde-estan-los-migrantes-venezolanos-en-america-latina-2021-560544>.

un documento de identidad emitido por el país de origen, según lo estipulado en la Ley Orgánica de Movilidad Humana⁹⁹. No obstante, el 26 de julio de 2019 se emitió el Decreto Ejecutivo N° 826¹⁰⁰ y la Resolución Ministerial 000103/2019¹⁰¹ que establecieron como requisito la Visa de Residencia Temporal de Excepción por Razones Humanitarias (VRTERH) o cualquier otra visa prevista en la Ley Orgánica de Movilidad Humana.

Desde que el decreto entró en vigencia, se registró una reducción significativa de las entradas regulares a Ecuador, con un promedio de 23 entradas regulares diarias, registradas durante el mes de septiembre de 2019, en comparación con un promedio de más de 2.000 durante todo el año¹⁰².

Hasta el año 2019 se podía observar una precaria situación por la irregularidad en la que vivían muchos migrantes venezolanos en Ecuador. Esta situación se vio empeorada con la llegada de la pandemia de COVID-19. Es así que, el Informe de Resultados de la segunda ronda de la Evaluación Conjunta de Necesidades de refugiados, migrantes y comunidades de acogida en Julio-Agosto 2020¹⁰³ recogió que la principal necesidad de la población venezolana era el acceso a los alimentos (30%) con un 12% de los hogares encuestados reportando no tener acceso regular a los alimentos en absoluto. El acceso a la vivienda fue la segunda necesidad expresada (27%) y luego el acceso a medios de vida (21%).

Frente a la emergencia sanitaria, Ecuador adoptó como medida de protección social la entrega del “Bono de Protección Familiar por la Emergencia”. Dicho bono estaba dirigido a personas que no cobran el Bono de Desarrollo Humano, para las personas que viven del día a día, cuyos ingresos son inferiores a 400 dolares y sólo incluía 2 meses (abril y mayo), mientras duraba la emergencia sanitaria. Este era un beneficio no postulable, anunciado como parte del Plan de Emergencia Económica cuyo valor era un pago único de USD\$ 120 (total a ser distribuido en até 2 parcelas de 60 dolares). Los beneficiarios fueron identificados en el Registro Social. El MIES

99. Plataforma de Coordinación para Refugiados y Migrantes de Venezuela, *Plan de Respuesta para Refugiados y Migrantes 2020*. Enero-Diciembre 2020. Plataforma Regional de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela, (2020): 98.

100. Decreto 826 de 26 de julio de 2019. Registro Oficial núm. 5 de 26 de julio de 2019.

101. Resolución Ministerial 000103/2019 de 26 de julio de 2019. Registro Oficial núm. 5 de 26 de julio de 2019.

102. Plataforma de Coordinación para Refugiados y Migrantes de Venezuela, *Plan de Respuesta para Refugiados y Migrantes 2020*. Enero-Diciembre 2020. Plataforma Regional de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela, (2020), p. 98.

103. Plataforma de Coordinación para Refugiados y Migrantes de Venezuela, *Ecuador: Evaluación Conjunta de Necesidades Julio - Agosto 2020*. Ecuador: Plataforma de Coordinación para Refugiados y Migrantes de Venezuela, (2020), p. 14.

contactará a todos los beneficiarios mediante llamadas o mensajes oficiales¹⁰⁴. No obstante, conforme lo señala el RMRP, este bono no se extiende para personas extranjerías¹⁰⁵.

3.5 La discriminación en el acceso a bonos para personas migrantes venezolanas en Perú

3.5.1 La discriminación del SISFOH

La inscripción al SISFOH, requisito esencial para poder ser elegible como beneficiario de los diferentes bonos de ayuda social, es una barrera para los migrantes en situación de pobreza o extrema pobreza que los necesitan para poder subsistir durante la pandemia. Es así que, al impedir que otros documentos como el PTP o el Carné de Solicitante de Refugio sirvan para identificar a las personas extranjerías, se imposibilita que los migrantes venezolanos puedan inscribirse dentro de esta plataforma. En su mayoría, los migrantes no cuentan con la calidad migratoria de residente y, por lo tanto, tampoco con el Carné de Extranjería; además, debido a la su situación de vulnerabilidad, no cuentan con los recursos para poder costear todo el procedimiento.

Para el año 2018, la mayoría de migrantes venezolanos se encontraba regularizando su situación migratoria, muchos de ellos se encontraban realizando los trámites para la obtención del PTP o este les había sido otorgado hace muy poco tiempo¹⁰⁶. Con la nueva exigencia de la Visa Humanitaria para ingresar a nuestro país –operante desde junio de 2019–, si bien la población venezolana podría acceder de manera más rápida al Carné de Extranjería, esta es aplicable solo a aquellos que habían ingresado recientemente y es otorgable en determinados casos, dejando a la gran mayoría de personas migrantes sin poder afiliarse. Lamentablemente, pese a las últimas modificaciones a los lineamientos para la operatividad del SISFOH¹⁰⁷, no se ha generado ninguna alternativa adicional al Carné de Extranjería para lograr la inscripción de un mayor número de migrantes a esta plataforma.

104. Mónica Rubio et al., *Protección social y respuesta al COVID-19 en América Latina y el Caribe: III Edición: Seguridad Social Y Mercado Laboral*. Centro Internacional de Políticas para el Crecimiento Inclusivo (IPC-IG) y UNICEF LACRO, (2020), p. 60.

105. Plataforma de Coordinación para Refugiados y Migrantes de Venezuela, *Plan de Respuesta para Refugiados y Migrantes 2020. Mayo 2020-Revisión*. Plataforma Regional de Coordinación Intergubernamental para Refugiados y Migrantes de Venezuela, (2020), p. 34.

106. World Bank, *Una oportunidad para todos: Los migrantes y refugiados venezolanos y el desarrollo del Perú*. Lima: World Bank, 2019, edición PDF, 71.

107. Resolución Ministerial N° 032-2020-MIDIS, del 03 de febrero de 2020.

Asimismo, el tener el Carné de Extranjería no garantiza necesariamente que puedan estar habilitados para ser beneficiarios de los programas sociales, esto debido a la poca claridad existente respecto a los criterios que determinan la pertenencia a las categorías de pobreza, pobreza extrema o no pobre, señaladas por el SISFOH. Esto también ejerce una restricción *de facto* al ingreso de los migrantes al sistema. De acuerdo al informe brindado por ONU-SIDA respecto a la situación de los migrantes que quieren acceder al SISFOH, los criterios para asignar una categoría son tan arbitrarios que incluso la existencia de una cuenta bancaria o el lugar de vivienda pueden determinar la exclusión a la afiliación¹⁰⁸.

Todas estas barreras impiden que los migrantes venezolanos puedan beneficiarse de los subsidios monetarios entregados por el Estado. Pues al no contar con los documentos de identidad establecidos se genera que no puedan solicitar su afiliación al SISFOH y, por tanto, no van a encontrarse registrados en la base de datos desde la cual se determinarán a los sectores y personas elegibles para la entrega de los bonos. Asimismo, el hecho que la información que proporciona el SISFOH haya sido tomada como el único referente para determinar a los beneficiarios evidencia un desinterés estatal de incluir a los migrantes dentro de esta política pública, puesto que se pudo haber tomado en cuenta las bases de datos que poseen Migraciones o los diversos organismos internacionales que han brindado ayuda humanitaria a la población venezolana más vulnerable.

3.5.2. La discriminación hacia los migrantes indocumentados

Los Decretos para la emisión de los bonos toman de referencia el padrón del SISFOH; es decir que la norma hace una diferenciación entre los que pueden acceder a dicha plantilla y los que no. En ese sentido; si analizamos la situación de los migrantes, veremos que no solo se diferencia entre los que cuentan con Carné de Extranjería y los que solo tiene el PTP o el Carné de Refugiado; sino también exime a los migrantes irregulares. En ese sentido, todo migrante irregular en situación de pobreza y extrema pobreza no podrá acceder a los beneficios de un bono debido a su situación migratoria, que no es protegida ni por los Decretos antes mencionados ni por otra ayuda estatal.

Hasta el fin del año 2019 se había registrado un aumento significativo del flujo irregular en puntos de entrada informales a nuestro país por parte de migrantes venezolanos¹⁰⁹. Así mismo, el séptimo informe sobre el monitoreo de flujo de la población

108. Alfonso Silva Santisteban. *Situación de los migrantes venezolanos con VIH en el Perú. Diagnóstico rápido*. Lima: ONU SIDA, 2019.

109. Grupo de Trabajo para Personas Refugiadas y Migrantes. *GTRM Peru Situation Report – December 2019. Informe de situación*. Perú: R4V, 2019.

venezolana en el Perú, precisó que aproximadamente 44.7% de los migrantes habían recibido propuestas de paso irregular por transportistas, de los cuales 95.5% involucraba un pago por el viaje. En ese marco, es innegable la existencia de migrantes venezolanos que no cuentan con documentación para identificarse o que su permiso ha expirado¹¹⁰. Como se explicó¹¹¹, este contexto coloca en una especial situación de vulnerabilidad a los migrantes irregulares.

Recordemos que el Estado, pese a tener la potestad de establecer medidas diferenciadas de acuerdo a la calidad migratoria, no podrá hacerlo si estas tienen como consecuencia la lesión de los derechos fundamentales como el de salud, alimentación, etc., los mismos a los que se encuentran expuestos debido a la situación crítica que se afronta. En ese sentido, las recomendaciones emitidas internacionalmente a raíz de la crisis sanitaria ocurrida por el COVID-19, apuntan al deber jurídico de los Estados de asegurar los derechos sociales. En especial el derecho a la salud, así, los Estados deben endosar la cláusula de igualdad y no discriminación para brindar especial protección a los grupos más vulnerables, siendo considerado éste un deber reforzado de protección¹¹².

Es por ello que, el Estado peruano debió prever ayuda económica mediante los Decretos emitidos u otros para apoyar a los migrantes irregulares a subsistir en el contexto de la crisis de tal forma que se proteja sus derechos sin un trato discriminatorio.

El Estado como garante y protector del derecho a la salud ligado a la alimentación, vivienda, etc.; pudo disponer de registros de los Organismos Internacionales como ACNUR o la OIM, haciendo uso de la cooperación internacional, puesto que estas entidades cuentan con estudios de esta población vulnerable.

Así concluimos que la expresa referencia al padrón SISFOH, llega a configurar una medida discriminatoria *de iure* política, sin embargo; esto contrarresta con otras políticas públicas, para la salvaguarda de la población migrante venezolana no documentada. Hasta el cierre de este escrito no se conocen medidas dirigidas por el Perú para la salvaguarda de migrantes irregulares; demostrando así que las políticas del Estado no contemplan el enfoque de Derechos Humanos.

110. OIM Perú. *Monitoreo de Flujo de Población Venezolana en el Perú - DTM Reporte 7. Informe de monitoreo*. Lima: Organización Internacional para las Migraciones (OIM) (2020).

111. *Ibid*, apartado 1.1.

112. Piovesan F, Antoniazzi M., Renata, I. «COVID-19 y derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA): impacto de los estándares», *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, 2020: p. 71.

Conclusiones

La migración coloca a las personas en una situación de vulnerabilidad, más aún si la situación migratoria es irregular. Pese a que, el Estado puede establecer medidas diferenciadas entre migrantes, estas deben ser razonables, objetivas y proporcionales, y no puede socavar sus derechos humanos –inherente a toda persona sin importar su calidad migratoria–.

Perú, al ser uno de los países con mayor recepción de migrantes venezolanos, incluso en un contexto excepcional como el aislamiento por la pandemia COVID-19, tiene la responsabilidad de garantizar sus derechos humanos en vista del principio de igualdad y no discriminación. Es en razón de ello que, la política pública de emisión de bonos basadas en el derecho a la renta básica para la protección social, debió prever los mecanismos eficaces para comprender entre sus beneficiarios a los migrantes en pobreza o extrema pobreza de forma que no vean afectados su derecho a la salud el cual, conforme lo señalado por el Tribunal Constitucional en STC 0033-2010-PI/TC, se encuentra relacionado con la alimentación, vivienda, etc.

La inscripción al SISFOH como requisito para poder acceder a los bonos de ayuda social brindados por el Estado, actúa como limitante para los migrantes venezolanos, puesto que la restricción al Carné de Extranjería como único documento acreditador de la identidad de las personas extranjeras, imposibilita el acceso a quienes cuentan con el PTP o el Carné de Solicitante de Refugio, dejando a la población venezolana en situación de vulnerabilidad sin posibilidad de recibir cualquier tipo de protección social.

Toda restricción por parte de una política pública debe ser objetiva y proporcional, asimismo no puede vulnerar los derechos humanos de las personas. En este sentido, si bien deben responder ante necesidades públicas, estas deben ser creadas y aplicadas tomando como objetivo el proteger, promover, respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas, grupos y colectividades que conforman la sociedad, máxime si estos colectivos acreditan encontrarse en una situación de vulnerabilidad, como es el caso de los migrantes venezolanos en Perú.

Las políticas públicas del Estado peruano no han contemplado un enfoque de derechos humanos pues presentan una marcada distinción formal indirecta y material o estructural directa. En decir, no solo los Decretos con relación a bonos no contemplan a los extranjeros explícitamente, sino que el sistema de afiliación es engorroso y de difícil acceso. Aunado a ello, tampoco se han dispuesto otras medidas para apoyar a los migrantes independientemente de su situación migratoria.

Finalmente, es importante que en este contexto de pandemia, el Estado peruano no invisibilice a las personas migrantes y sus necesidades.

Bibliografía

- STC 5842-2006-PHC/TC (Tribunal Constitucional, 7 de noviembre de 2008).
25% DEL NÚMERO LEGAL DE CONGRESISTAS. STC 033-2010-PI/TC (Tribunal Constitucional, 10 de abril de 2012).
- AMNISTÍA INTERNACIONAL PERÚ. «Esta acción exhorta al gobierno peruano a tomar medidas urgentes en favor de grupos vulnerables, entre ellos la población refugiada, protegiendo el derecho a la vivienda en el contexto de la COVID-19». *Amnistía Internacional Perú*, 29 de mayo de 2020.
- ANDINA. «Canciller agradece apoyo de organismos internacionales para atender a venezolanos». *Andina: Agencia peruana de noticias*, 1 de abril de 2020.
- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. «Resolución sobre “Protección de los migrantes”». A/RES/54/166. Nueva York: Naciones Unidas, 24 de febrero de 2000.
- BANCO MUNDIAL (2019). *Una oportunidad para todos. Los migrantes y refugiados venezolanos y el desarrollo del Perú*. Lima: World Bank.
- BBC NEWS MUNDO (21 de agosto de 2018). «Venezuela: las crecientes dificultades que enfrentan los venezolanos para emigrar a otros países de América Latina». *BBC News*.
- BBVA RESEARCH (2019). *Inmigración venezolana a Perú: Características e impactos macroeconómicos*. Research, Lima: BBVA.
- CASO DE PERSONAS DOMINICANAS Y HAITIANAS EXPULSADAS VS. REPÚBLICA DOMINICANA. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Serie C No. 282 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de agosto de 2014).
- CASO FAMILIA PACHECO TINEO VS. BOLIVIA. *EXCEPCIONES PRELIMINARES, FONDO, REPARACIONES Y COSTAS*. Serie C No. 272 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 25 de de de noviembre de 2013).
- CASO JENKINS VS. ARGENTINA. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Serie C No. 397 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de noviembre de 2019).
- CASO JENKINS VS. ARGENTINA. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Serie C No. 397 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de noviembre de 2019).
- CASO POBLETE VILCHES Y OTROS VS. CHILE. *FONDO, REPARACIONES Y COSTAS*. Serie C No. 349 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 8 de marzo de 2018).
- CASO VÉLEZ LOOR VS. PANAMÁ. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Serie C No. 218 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 23 de noviembre de 2010).
- CAVAS-MARTÍNEZ, F., y Sempere-Navarro, A. V. (2021). «Capítulo I: El ingreso mínimo vital en el marco de las políticas públicas de protección social: considera-

- ciones generales». En *El ingreso mínimo vital. Una perspectiva global: regulación estatal, derecho comparado y conexión con rentas mínimas autonómicas*, de Faustino Cavas Martínez y Belén García Romero, 25-54. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2018). «Migración forzada de personas venezolanas». *Resolución 2/2018*. Washington: Organización de los Estados Americanos.
- (15 de septiembre de 2018). «Políticas públicas con enfoque de derechos humanos». *OEA/Ser.L/V/II Doc. 191*. Washington: Organización de Estados Americanos.
- (10 de abril de 2020). «Resolución 1/2020». *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*. Washington: Organización de Estados Americanos.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO (s.f.). *Población migrante*. s.f. https://www.defensoria.gob.pe/grupos_de_proteccion/poblacion-migrante/ (último acceso: 22 de noviembre de 2022).
- FERRAJOLI, L. (2011). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. Vol. 2 Teoría de la democracia*. Madrid: Trotta.
- GESTIÓN (20 de marzo de 2020). «¿Bono familiar por emergencia sanitaria incluye a venezolanos?». *Gestión Perú*.
- (9 de abril de 2020). «Más de 5,000 familias de refugiados venezolanos recibirán alimentos en Perú». *Gestión Perú*.
- GOBIERNO DEL PERÚ (20 de octubre de 2022). *Afiliarse al SIS Gratuito*. <https://www.gob.pe/132-afiliarte-al-sis-gratuito-requisitos> (último acceso: 22 de noviembre de 2022).
- GRUPO DE TRABAJO PARA PERSONAS REFUGIADAS Y MIGRANTES. *GTRM Peru Situation Report – December 2019*. Informe de situación, Perú: R4V, 2019.
- JESÚS DE MESQUITA OLIVIERA Y OTROS. EXP N° 02744 2015-PA/TC (Tribunal Constitucional, 8 de noviembre de 2016).
- LAGOS CAMARGO, A. (23 de abril de 2021). «Sin cédula, pasaporte ni opciones: el limbo venezolano». *El Espectador*.
- LEÓN FLORIÁN, F. J. (2014). «El derecho a la salud en la jurisprudencia del TC peruano». *Pensamiento Constitucional*, (19): 389-420.
- MEZA-GARCÍA, A. A. StC 2945-2003-PA/TC (Tribunal Constitucional, 20 de abril de 2004).
- NTN24 (29 de marzo de 2020). «33 % de los venezolanos en Perú perdió su empleo en medio de pandemia». *ntrn24.com*.
- OIM PERÚ (2020). *Monitoreo de Flujo de Población Venezolana en el Perú - DTM Reporte 7*. Informe de monitoreo, Lima: Organización Internacional para las Migraciones (OIM).

- OPINIÓN CONSULTIVA: *CONDICIÓN JURÍDICA Y DERECHOS DE LOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS*. OC-18/03 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de septiembre de 2003).
- PÉREZ CAMPOS, A. I. (2021). «El tratamiento de las rentas mínimas en las instituciones internacionales y Europa.» En *El ingreso mínimo vital. Una perspectiva global: regulación estatal, derecho comparado y conexión con rentas mínimas autonómicas*, de Faustino Cavas Martínez y Belén García Romero. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado: 55-90.
- SILVA SANTISTEBAN, A. (2019). *Situación de los migrantes venezolanos con VIH en el Perú*. Diagnóstico rápido, Lima: ONU SIDA.
- VELÁSQUEZ, R. (2009). «Hacia una nueva definición del concepto "política pública"». *Revista Desafíos*: 149-187.

Feminization of Latin American Migrations

Danielle Annoni¹

(Brazil)

ABSTRACT This article analyzed the impact of the various migratory “crises” in Latin America on the migration of women, in particular. Indeed, the phenomenon of the feminization of migrations is not restricted to Latin America, but its impact on this continent is peculiar. A look from humanist, gender and decolonial theories allowed us to identify the intersectionality of human rights violations suffered by women and girls. The numbers are expressive and demonstrate the fragility of International Law in immigration matters, especially in the care of women and girls.

KEY-WORDS Feminization; Migration, Latin America

1. Introduction

Latin America has been a major representative in the production of migratory flows, and that is the dynamics of the countries that make up this continent². Such a process began at the moment of insertion of the continent in a global geography scenario through the European colonization process that soon after brought a massive entrance of black slaves into the territory³. Subsequently, after the abolition of slavery in different countries and amid a great movement of Europeans fleeing from the

1. Danielle Annoni is Associate Professor at Universidade Federal do Paraná / Brazil (UFPR). She holds a Post-doctorate Degree in International Law from the University of Münster, Germany; a Doctor's Degree in Law and a Master's Degree in International Relations from Universidade Federal de Santa Catarina / Brazil (UFSC). Email for correspondence: danielle.annoni@ufpr.br. Title of this article: Feminization of Latin American Migrations.

2. Aruj, R. S. “Causas, consecuencias, efectos e impacto de las migraciones en Latinoamérica”, *Pa-peles de población* 14(55) (2008): 95-116.

3. Klein, H. S., “Las características demográficas del comercio Atlántico de esclavos hacia Latinoamérica”, *Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana Dr. Emilio Ravignani* 3(8) (1993): 7-27.

conditions of deprivation in their continent, a second moment of mobility for the region took place, especially considering countries such as Brazil and Argentina⁴.

Today, both countries reflect the attempts made to build their ideas of nation from these European migrations in the late nineteenth and early twentieth centuries⁵; ⁶. Recently, a new type of migratory movement has taken over the research agenda: the movement that occurs in the areas inside the continent, with special attention to the flows of Latin Americans heading to the United States⁷. These contemporary migrations focus on three *loci* of mobility, often defined by the term “migratory crisis” by the media, governments, and the academia itself.⁸ These spaces are found in the countries of the Northern Triangle of Central America (Honduras, Guatemala, and El Salvador), Haiti and Venezuela.⁹

This article will use the term “migratory crisis” as a way of framing the different discourses about current migrations, but not in order to define the current scenario as distinct from, or profoundly different from, the migrations that preceded it¹⁰. As shown in the literature¹¹, the term “crisis” ends up inducing a view of migration as an extraordinary fact in history¹², which would not be further away from the reality in

4. Yopez del Castillo, I. “Escenarios de la migración latinoamericana: la vida familiar transnacional entre Europa y América Latina”, *Papeles del ceic. International journal on collective identity research* 2, (2014): 1-27.

5. Fausto, B. *Fazer a América: a imigração em massa para a América Latina* (São Paulo: EDUSP, 2000).

6. Devoto, F. *Historia de la inmigración en la Argentina* (Buenos Aires: Editora Sud-americana, 2002).

7. Russell, R. “América Latina para Estados Unidos: ¿especial, desdeñable, codiciada o perdida», *Nueva sociedad* 206, (2006): 48-62.

8. Santi, S. “¿Beneficios para todos? Crisis, desarrollo, y gobernabilidad, en la agenda política iberoamericana sobre migraciones» (Ponencia, IV Congreso de la Red Internacional de Migración y Desarrollo, Quito, 18-20 de mayo de 2011).

9. Leonova, O. G. “Crisis migratoria en Latinoamérica”, *Iberoamerica* (3) (2019): 104-124.

10. da Silva Guevara, G. ed., *Geopolítica latinoamericana: nuevos enfoques y temáticas* (Colombia: Universidad Externado, 2016).

11. Nejangis, L., Conti L. y Aksakal, M. *(Re) pensando o vínculo entre migración y crisis*. Buenos Aires: CLACSO e CALAS, (2021).

12. Wehr, I. ed., *Un continente en movimiento: migraciones en América Latina*. Madrid: Iberoamericana, (2006).

the continent¹³, especially in Central America¹⁴. Therefore, when we talk about “crisis”, we are simply describing the current way in which the discourse on migration¹⁵ has been organized in the media¹⁶, as well as the increase in some places of immigration to other countries¹⁷.

This piece of work aims at reflecting on the processes of securitization of borders in the Latin American region and its connection with the increase in female migration in the continent¹⁸. As central agents in contemporary migration processes¹⁹, the problems found in this field of study need to be taken into account so that the formulation of migration policies that satisfy the search for greater gender equality can be performed²⁰.

13. Zlotnik, H. “Tendencias de la migración internacional desde 1980” en: *Migraciones. Nuevas movilidades en un mundo en movimiento*, ed. por Cristina Blanco Fernández de Valderram. España: Barcelona, (2006), pp. 35-56.

14. Reid-Ellis, A. F. *Las causas y las consecuencias de la migración económica, política y cultural en el área del Caribe y de América Central durante el siglo XX*. Paris: Editions Publibook, (2004).

15. León, A. y Contreras, J. “La construcción social del peligro migratorio en contextos de crisis globales. Un análisis comparado: Europa Occidental-Centro y Sur Latinoamericano”, *Revista Andina de Estudios Políticos* 10(1) (2020): 152-175.

16. Mavrikaki, V. “Análisis crítico del discurso sobre las noticias referidas a los refugiados de la crisis migratoria na Europa en la prensa española y griega.” (dissertação de mestrado, Universidad de Jaén, 2016), 61, http://tauja.ujjaen.es/bitstream/10953.1/4789/1/MavrikakiVarvara_TFM_1516.pdf.

17. Grosfoguel, R. “Las migraciones coloniales del Caribe a Estados Unidos y Europa Occidental: colonialidades diferenciadas en cuatro centros del sistema-mundo/Colonial Caribbean Migrations to Western Europe and the USA: Differentiated Colonialities in Four Metropolises of the World-System”, *Kamchatka Revista de análisis cultural* 9 (2017): 225-250.

18. da Gloria Marroni, M. “La diáspora femenina latinoamericana: entre Europa y Estados Unidos”, *Cadernos de Estudos Latino-Americanos* 3 (2007): 59-81.

19. Nieves-Rico, M. “Las mujeres latinoamericanas en la migración internacional” (Seminario Internacional Las Mujeres Trabajadoras Inmigrantes y sus Aportes al Desarrollo del País de Acogida y de Origen, en el Marco del segundo Foro Social Mundial de las Migraciones, 22-24 de junio de 2006).

20. Herrera, G. “Género y migración internacional en la experiencia latinoamericana. De la visibilización del campo a una presencia selectiva”, *Política y sociedad* 49(1) (2012): 35-46.

The article also aims at demonstrating that it is essential to take a special look at the conditions of gender and women²¹. Who represent the majority of these flows today and who, over the years, have taken a leading role in this dynamic^{22,23,24,25, 26}.

2. Borders: Why build walls instead of bridges?

The advent of the modern State has brought “territory” as a centerpiece for its making-up. The principle of territoriality, an integral part of the territorial dimension of the contemporary State and one of the principles of International Law²⁷, is understood from the proposition that a legitimate government has supreme authority over a defined territory and over its population^{28,29}. Since national security is still interpreted as a prerogative of the State³⁰, the latter has become responsible for ensuring the integrity of its territory, for protecting its population and national interests against internal and external threats and aggression³¹.

In this context, borders emerge; and they are defined as ‘a material or imaginary

21. Palacios-Valencia, Y. “Perspectiva de género en los fenómenos migratorios: estudio desde Europa y América Latina”, *Revista CES Derecho* 7(2) (2016): 145-162.

22. Torres, R. “A crisis of right and responsibility”, *Gender, place and culture* 25(1) (2018): 13-36.

23. Custra, A. “Women: facing the challenge of migration”, en *Human displacement from a global south perspective: migration dynamics in Latin America, Africa and the Middle East*, ed. por Celeste Cedillo González e Julieta Espín Ocampo. (Cham: Palgrave macmillan, 2021).

24. Hondagneu-Sotelo, P., Avila, E., “I’m here but I’m there: the meanings of Latina transnational motherhood”, *Gender & Society* 11(5) (1997): 548-571.

25. Gil, G. “Mujeres inmigrantes: colonizando sus cuerpos mediante fronteras procreativas, étnico-culturales, sexuales y reproductivas”, *Viento Sur*, (104) (2009): 42-54.

26. Pedone, C. “Madres ecuatorianas bajo la lupa del Estado italiano: miradas discriminatorias de las relaciones de género y generacionales de las familias migrantes” en *O cuidado em cena: desafios políticos, teóricos e práticos*, ed. por Marlene Tamanini, Francisco G. Heidemann, Eliane Portes Vargas, Sandro Marcos Castro de Araújo (Florianópolis: Editora EDUSC, 2018).

27. Hendrix, B. A. “International law as a moral theory of state territory?”, *Geopolitics* 6(2) (2001): 141-162.

28. Shachar, A. “Bordering migration/migrating borders”, *Berkeley Journal of International Law*, 37 (1) (2019): 93-15.

29. Ferreira, S. *Human Security and Migration in Europe’s Southern Borders*. Palgrave: Macmillan, (2019).

30. Ferreira, S. “Human Security and Migration in Europe’s Southern”.

31. Metevlev, S. E. “Migration as a threat to national security”, *Indian Journal of Science and Technology* 9(14) (2016): 1-6.

line, historically institutionalized, which fades in the face of the interaction in the actual production/construction of space³². Taken as visible and fortified manifestations of sovereignty control, whether real or imagined^{33,34}, borders “and final are the black lines we draw on our maps to divide the world, with dramatic ramifications for the scope of rights and protections offered to individuals depending on where those individuals are in relation to these dividing lines”³⁵.

Borders, seen from their international perspectives, have always been at the center of conflicts and of the nation-building process³⁶. Thus, States are seen as holders of territorial control and consequently provide the essential resources for consolidating their power and solidifying their national identities^{37,38}. This is expressed in the Westphalian ideal that interprets the border as a permanent and static barrier that demarcates the geographic limits of the State. In its exterior lies the potentially dangerous foreign element, and in its interior is the community of the national people – a kind of culturally imagined and socially constructed community³⁹, very well described by Arendt in his study on the advent of totalitarian States in Europe from the first half of the 20th century⁴⁰.

Nevertheless, when used as security instruments for the control of migratory flows, borders⁴¹, transgress the limits of time and space. They can become more flexible, so they are able to invade the interior areas of the territory or to extrapolate its

32. Moura, R. y Cardoso, N. A. “Mobilidade Transfronteiriça: o ir e vir na fronteira do possível”, *Direitos Humanos e Políticas Públicas*, ed. por Eduardo Faria Silva, José Antônio Perez Gediél, Silvia Cristina Trauczynski. Curitiba: Universidade Positivo, (2014).

33. Shachar. “Bordering migration/migrating borders”: 93-115.

34. Benedict, A. *Comunidades imaginadas: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo*. Trad. Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras, (2012).

35. Shachar. “Bordering migration/migrating borders”: 93-115.

36. Simmons, B. y Shaffer, R. “Globalization and Border Securitization in International Discourse”, *Annual Meeting of the American Political Science*. Washington D.C., (2019).

37. Wilson, T. e Hastings, D. (Org.). *Border Identities: Nation and State at International Frontiers*. Cambridge: Cambridge University Press, (1998).

38. Atzili, B. e Kadercan, B. “Territorial Designs and International Politics: The Diverging Constitution of Space and Boundaries”, *Territory, Politics, Governance* 5(2) (2017): 115-130.

39. *Ibid.*

40. Arendt, H. *As origens do totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, (1989).

41. Cunningham, H. “Mobilities and enclosures after Seattle: Politicizing borders in a “borderless” world”, *Dialectical anthropology* 33(2) (2009): 143-156.

previously determined limits, adopting a regime of openness and selective closing⁴². This can be exemplified, above all, from the adoption of closed border policies due to perceptions that link threats with national security to international migrations⁴³ and to the problems of coexistence in society of socially diverse ethnic/cultural groups⁴⁴; something that has been carried out by several current governments.

Border control, or the ability to control who has the right to cross a border of a State, is an essential dimension of the sovereignty of State Interdependence^{45,46}, so that ‘the construction of nation-states and the concept of sovereignty are fundamental to changing the way in which migration, especially international ones, is understood and regulated⁴⁷. However, mobility within a territory and departure to return to their State of habitual residence, under the aegis of International Human Rights Law, is still guaranteed as a right, though it often conflicts with the prerogative subject to state discretion^{48,49}.

Although migration has shown positive effects on the economy and demography⁵⁰, as well as on the cultural and social enrichment of host states⁵¹, the fear of large-scale and uncontrolled migratory movements are translated into the association of migration with threats⁵² and with a feeling of national insecurity⁵³. Such a condi-

42. Shachar, “Bordering migration/migrating borders”: 93-115.

43. Sassen, S. “Borders, walls, and crumbling sovereignty”, *Political Theory* 40(1) (2012): 116-122.

44. Castles, S., Hass H. y Miller, M. J. *The Age of Migration: International Population Movements in the Modern World*. Basingstroke: Palgrave Macmillan, (2014).

45. Adamson, F. “Crossing Borders: International Migration and National Security”, *International Security* 31(1) (2006): 165-199.

46. Krasner, S. *Sovereignty: Organized Hypocrisy*. Princeton: Princeton University Press, (1999).

47. Jarochinski, J. C. “As Migrações Internacionais e os seus Impactos”, en *Direito Internacional Atual*. Rio de Janeiro: Elsevier, (2014).

48. Carens, J. *The Ethics of Immigration*. Oxford: Oxford University Press, (2013).

49. Delgado-Wise, R., Márquez-Covarrubias, H. y Puentes, R. “Reframing the debate on migration, development and human rights”, *Population, space and place* 19(4) (2013): 430-443.

50. Gove, M. “Migration as development: Household survey evidence on migrants’ wage gains”, *Social Indicators Research* 137(3) (2018): 1033-1060.

51. Hendricks, L. y Schoellman, T. “Human capital and development accounting: New evidence from wage gains at migration”, *The Quarterly Journal of Economics* 133(2) (2018): 665-700.

52. León, A. y Contreras, J. “La construcción social del peligro migratorio en contextos de crisis globales. Un análisis comparado: Europa Occidental-Centro y Sur Latinoamericano”, *Revista Andina de Estudios Políticos* 10(1) (2020): 152-175.

53. Ferreira, *Human Security and Migration in Europe’s Southern*.

tion has given origin to discourses that set contemporary immigration as a theme, defining them as a *crisis*⁵⁴, in order to have us think of them as exceptional events that must be faced up⁵⁵.

Furthermore, due to the creation of a national identity from the negative control of borders⁵⁶, the securitization of migratory movements also aims at the securitization of identities, as ‘within the framework of societal security, migration threatens societal identity’⁵⁷. This discourse, which was imported by Latin America, becomes extremely worrying⁵⁸, since migration is a process that marks the historical constitution of the continent whose borders, though demarcated by many struggles, are living elements that allow the survival of peoples and cultures in many regions⁵⁹.

54. White, I. y Nandedkar, G., “The housing crisis as an ideological artefact: Analysing how political discourse defines, diagnoses, and responds”, *Housing Studies* 36(2) (2021): 213-234.

55. See also: Demkina, A., “Patriotism and the Spanish territorial crisis in the discourse of Podemos”. *Ибероамериканские тетради* 2 (2019): 53-59.; Krzyżanowski, M., “We Are a Small Country That Has Done Enormously Lot”: The ‘Refugee Crisis’ and the Hybrid Discourse of Politicizing Immigration in Sweden.” *Journal of Immigrant & Refugee Studies* 16(1-2) (2018): 97-117; Michał Krzyżanowski, “Brexit and the imaginary of ‘crisis’: a discourse-conceptual analysis of European news media.” *Critical Discourse Studies* 16(4) (2019): 465-490.; Petráňová, D., “The More Distant “Other?” Impact of the Refugee Crisis on the discourse about identity in the Slovak Republic.” *Identities in Flux*. Deniz Ş. Sert, e Daniş Didem. “Framing Syrians in Turkey: State control and no crisis discourse”. *International Migration* 59(1) (2021): 197-214.

56. Hernández, J. C. y Sáenz, R. “La securitización del fenómeno migratorio, en el caso del Programa Frontera Sur”. *Análisis| GESI-Grupo de Estudios En Seguridad Internacional* 19 (2018).

57. Ferreira, *Human Security and Migration in Europe’s Southern*.

58. Ibarra, C. S. “Puentes que unen y muros que separan. Fronterización, securitización y procesos de cambio en las fronteras de México y Brasil”, *Revista Pueblos y fronteras digital* 16 (2021).

59. Ruiz, M. “Trazando fronteras nacionales en contextos de integración: migración femenina y sexualidad en la subregión andina”, *Revista de estudios sociales* 64 (2018): 42-54.; Godenzzi, J. C., “Relatos y recursos lingüísticos de la inserción urbana: tres migrantes quechua-hablantes en Lima”, *Visitas al Patio* 11 (2017): 11-37.

3. The Latin American “migratory crisis” seen in numbers

In Latin America, initiatives have been taken to give a more humane treatment to immigration⁶⁰. Some recent national laws establish more favorable parameters for immigration in their countries, recognizing refuge as a legal status of law and promoting national policies of greater hospitality⁶¹. In Brazil, law 13445/2017 changes the way in which the Brazilian State recognizes the immigrant, moving from a view of the immigrant as a national threat to one of a subject of rights⁶².

In Argentina, Law 25871 of 2004, or *Ley de Migraciones*, also recognizes the migrant as a subject with full rights⁶³. Among other elements, the immigrant has guaranteed access to education, health, work, the same way other nationals do⁶⁴. The responsibility for controlling migratory flows also ceases to lie on national security bodies and becomes that of migratory control⁶⁵, a reflection of a paradigm focused on Human Rights⁶⁶.

However, these recent advances still do not seem to account for the growing number of immigrants in the region and their characterization in terms of “crisis”⁶⁷. The reasons for these scenarios are diverse, and materialize in unprecedented climate cri-

60. Prandi, S., “La acción humanitaria en América latina desde la mirada de la gobernanza regional: El camino hacia la primera cumbre mundial humanitaria”, *Revista Internacional de Cooperación y Desarrollo* 4(1) (2017): 188-208.

61. Bloque Latinoamericano, “Puntos de partida para un pacto global de migración que beneficie a la población en las migraciones y sus gobiernos”, *Migración y desarrollo* 15(29) (2017): 137-140.

62. Ribeiro Brasil, D., “As dimensões políticas, sociais e econômicas da nova lei de migração brasileira e os direitos humanos em uma sociedade globalizada”, *Revista Argumentum-Argumentum Journal of Law* 19(3) (2018): 757-774.

63. García, L. y Nejamkis, L., “Regulación migratoria en la Argentina actual: del “modelo” regional al recorte de derechos”, *Autoctonía. Revista de Ciencias Sociales e Historia* 2(2) (2018): 219-241.

64. López-Rita, A. M., “Movilidad humana en América del Sur. Migración y derechos. Un análisis a partir de la experiencia argentina”, *Revista Cambios y Permanencias* 8(1) (2017): 274-288.

65. Domenech, E., “Migración, legislación y políticas en la Argentina actual: Escenas etnográficas de prácticas de control y vigilancia”, En Ramírez, Jacques, *Migración, Estado y políticas. Cambios y continuidades en América del Sur. La Paz (Bolivia): Vicepresidencia del Estado Plurinacional.* (2017).

66. Penchaszadeh, A. P. y Garcia, L., “Politica migratoria y seguridade em Argentina hoy: ¿el paradigma de derechos humanos em jaque?”, *URVIO, Revista Latinoamericana de estudios de seguridad* 23(1) (2018): 91-109.

67. Guizardi, M., Stefoni, C., González, H. y Mardones, P., “¿Migraciones transnacionales en crisis? Debates críticos desde el Cono-Sur Americano (1970-2020)”, *Papeles de población* 26(106) (2020): 183-220.

ses⁶⁸, exacerbated economic weaknesses⁶⁹, or large-scale political conflicts between different sectors of society⁷⁰. As it occurs in any social phenomenon, immigration also involves different areas of the life of a society⁷¹; thus, understanding its reasons is an essential step in the search for solutions, especially when it comes to female migrations⁷².

Currently, the epicenter of the “migratory crisis” is located in three distinct regions, namely, in the north of South America, the emphasis is on Venezuela⁷³; in the Caribbean, mainly Haiti⁷⁴ and the Dominican Republic⁷⁵; and in the Northern

68. Sánchez-Mojica, B. E. “Refugiados ambientales. Una propuesta de protección a los desplazados transnacionales por motivos ambientales en América Latina”. *Latin American Law Review* 5 (2020): 71-96.; Stein, Alfredo. «Cambio climático y conflictividad socioambiental en América Latina y el Caribe”. *América Latina, Hoy* 79 (2018): 9-39.

69. Svampa, M. *As fronteiras do neoextrativismo na América Latina: Conflitos socioambientais, giro ecoterritorial e novas dependências*. São Paulo: Editora Elefante, (2020).

70. Gutierrez-Mendes, G. “O impeachment de Dilma Rousseff e a instabilidade política na América Latina: a aplicabilidade do modelo de Perez-Liñan”, *Revista de Ciências Sociais* 49(1) (2018): 253-278.

71. Canales, A. “La centralidad de las migraciones en la reproducción de las sociedades avanzadas”, *REMHU: Revista Interdisciplinaria da Mobilidade Humana* 27 (2019): 101-121.

72. Lube-Guizardi, M., González-Torralbo, H. y Stefoni, C. “De feminismos y movibilidades. Debates críticos sobre migraciones y género en América Latina (1980-2018)”, *Revista Rumbos TS*, n° 18 (2018).

73. Freitez, A. “Crisis humanitaria y migración forzada desde Venezuela”, en *Crisis y migración de población venezolana. Entre la desprotección y la seguridad jurídica en Latinoamérica*, ed. por Luciana Gandini; Fernando Lozano Ascencio y Victoria Prieto (México: UNAM, 2019); Gandini, L., Prieto, V., y Lozano-Ascencio, F. “El éxodo venezolano: migración en contextos de crisis y respuestas de los países latinoamericanos”, en *Crisis y migración de población venezolana: entre la desprotección y la seguridad jurídica en Latinoamérica*, ed. por Luciana Gandini; Fernando Lozano Ascencio y Victoria Prieto (CDMX: Universidad Nacional Autónoma de México, 2019); Gandini, L., Lozano-Ascencio, F. y Prieto, V. *Crisis y migración de población venezolana: entre la desprotección y la seguridad jurídica en Latinoamérica*. (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2019).

74. Coello Cerino, L. M. “Gobernabilidad por niveles: el caso del flujo de migración haitiano en América”, *Migraciones internacionales* 10 (2019).

75. Coulange Méroné, S. “Elementos sociohistóricos para entender la migración haitiana a República Dominicana”, *Papeles de población* 24(97) (2018): 173-193.

Triangle of Central America⁷⁶, Guatemala⁷⁷, Honduras⁷⁸, and Nicaragua⁷⁹ stand out. Other States continue to be relevant in the studies of migratory geopolitics and forced migrations, such as Colombia⁸⁰ and Ecuador⁸¹, in South America; El Salvador⁸² in Central America; Cuba⁸³ and Caribbean; and Mexico⁸⁴, in North America.

Indeed, the last few decades have been fertile in producing the most diverse condi-

76. Canales, A. I. "Impactos sociales y demográficos de la emigración en el sistema económico de los países del Triángulo Norte de Centroamérica", En *Hacia un salto cualitativo: Migración y desarrollo en México y El norte de Centroamérica*, ed. por Dirk Bornschein (Guatemala: FLACSO, 2018): 45; Abel Astorga Morales, "La región del Triángulo Norte Centroamericano y el círculo vicioso: violencia, pobreza y migración", *Revista Conjeturas sociológicas* (2017).

77. Roldán Andrade, U. et al., *Dinámicas migratorias y desplazamiento forzado en Guatemala-Informe Estado de la Región 2021* (San José, C. R.: CONARE, 2020).

78. Sosa, E., "Honduras: Ruptura del pacto de alternabilidad, la crisis de gobernabilidad y sus consecuencias", *Anuario de Estudios Centroamericanos* 45 (2019): 573-595.; Rolando Sierra Fonseca, "Honduras: del golpe de Estado de 2009 a la crisis continuada", *Análisis Carolina* 16 (2019): 1.

79. Moreno-Rodríguez, G., "Migración indocumentada cubana por Centroamérica: El papel de Nicaragua en la crisis migratoria de 2015", *Estudios fronterizos* 20 (2019).; Gleicys, Moreno Rodríguez, "La securitización del discurso migratorio: Nicaragua, un estudio de caso en América Latina", *Cuadernos Intercambio sobre Centroamérica y el Caribe* 18(1) (2021).

80. Arguedas, B. et al. "Crisis migratoria en Colombia y Costa Rica: una visión desde el análisis de sentimientos". *Revista humanidades* 10(2) (2020): 163-186.; Amariles, A. et al. "Estudio comparativo sobre las medidas implementadas por los países de Colombia y México frente a la crisis migratoria" (Trabajo de Grado, Universidad Católica de Colombia, 2019) <https://hdl.handle.net/10983/24242>

81. Reyes-Guzmán, A. "Migración como tema de seguridad: securitización de la inmigración venezolana en el Ecuador" (Bachelor's thesis, Universidad San Francisco de Quito, 2018), 40, <http://repositorio.usfq.edu.ec/handle/23000/7729>.; Martha Cecilia Ruiz Muriel e Soledad Álvarez Velasco, "Excluir para proteger: la "guerra" contra la trata y el tráfico de migrantes y las nuevas lógicas de control migratorio en Ecuador", *Estudios sociológicos* 37(111) (2019): 689-725.

82. Serrano-Sánchez, L. "Un análisis histórico-jurídico de los múltiples regímenes de extranjería y nacionalidad vigentes en El Salvador", *Derecho PUCP* 82 (2019): 315-346.; Riggiozzi, L., Grugel, J. y Cintra, N. "¿Proteger a los migrantes o revertir la migración? COVID-19 y los riesgos de una crisis prolongada en América Latina", *Reporte Situacional: Perspectivas sobre el Derecho a la Salud de los Migrantes en América Latina durante COVID-19* (2020): 18.

83. Aja Díaz, A. et al, "La migración internacional de cubanos. Escenarios actuales", *Novedades en población* 26 (2017): 40-57.; Ricardo Arencibia Jorge, "Ciencia, movilidad y emigración: relación de Cuba con su diáspora en el contexto latinoamericano" (seminario, Hatun Tinkuy Perú: Colaboración Entre Pares del Concytec, 11 de septiembre de 2019).

84. Varela-Huerta, A. y McLean, L. "Caravanas de migrantes en México", *Revista CIDOB d'Afers Internacionals* 122 (2019): 163-186.; Fouilloux Bambach, M. "La violencia sistémica como eje transversal en la crisis migratoria de la población migrante centroamericana", *O Público eo Privado* 18(36) (2020).

tions for forced migration over the continent. Whether for environmental reasons⁸⁵, for political ruptures⁸⁶, economy crises⁸⁷ –and recently, the health crisis⁸⁸ triggered by the pandemic caused by the new Coronavirus (Sars-CoV-19)–. The American continent has been plagued by instabilities and challenges, which generate an increase in violence, especially against vulnerable groups year after year⁸⁹. In addition to that, there has been impoverishment of all social strata, which ends up generating, as a consequence, an increase in migratory flows in an insecure and precarious manner⁹⁰. The data provided in Graph 1 on the number of refugees and asylum-seekers in these three geographic spaces between 2010 and 2020⁹¹ demonstrate the impact of these crises together on migratory movements over the continent.

85. Sykora, J. “El hambre de Haití. Terremoto, olvido y paradojas de la solidaridad”, *Entretextos* 33 (2019).

86. Sierra-Fonseca, R. “Honduras: del golpe de Estado de 2009 a la crisis continuada”, *Análisis Carolina* 16 (2019): 1.

87. Fernández-Álvarez, M. I. “Más allá de la precariedad: prácticas colectivas y subjetividades políticas desde la economía popular argentina”, *Íconos. Revista de Ciencias Sociales* 62 (2018): 21-38.

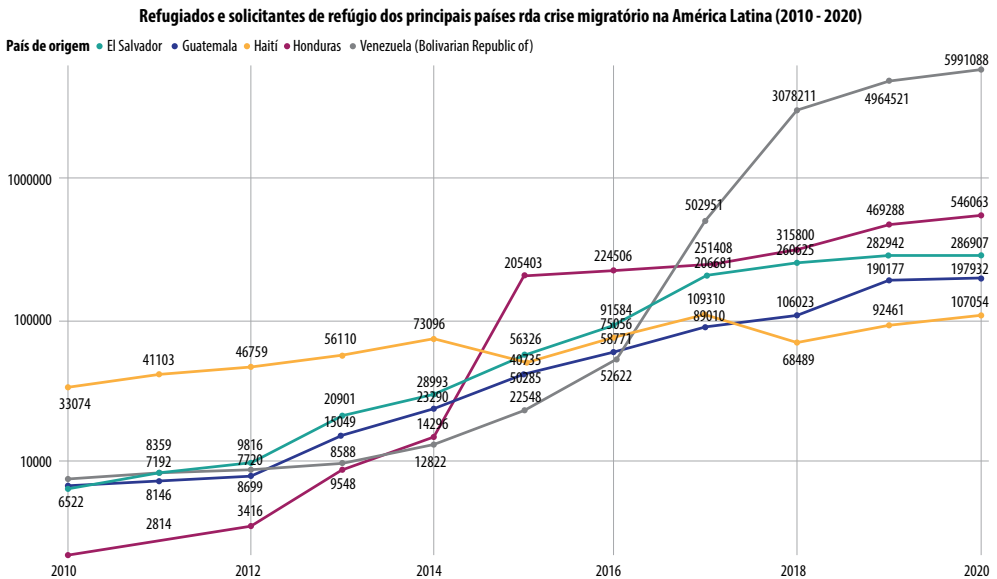
88. Loureiro Werneck, G. y Sá Carvalho, M. “A pandemia de COVID-19 no Brasil: crônica de uma crise sanitária anunciada”, *Cadernos de Saúde Pública* 36(5) (2020).

89. Rettberg, A. “Violencia en América Latina hoy: manifestaciones e impactos”, *Revista de Estudios Sociales* 73 (2020): 2-17.

90. García-Caro, P. “Inmigración. ‘Fácil emigrar, difícil sobrevivir’. Estudio del impacto de género en la migración iberoamericana”. (Trabajo Fin de Grado, Universidad Pontificia Comillas, 2019), p. 50, <http://hdl.handle.net/11531/32298>.

91. UNHCR. Global Trends Forced Displacement in 2020. Statistics and Demographics Section UNHCR Global Data Service UN City, Copenhagen, Denmark, 2021. This document is available on UNHCR’s statistics website: <https://www.unhcr.org/refugee-statistics>.

Graph 1: Refugee seekers from countries with the main migratory crisis in Latin America (2010 – 2020)



Source: Elaborated by the author based on data from UNHCR⁹².

It can be noted that the number of asylum seekers and refugees has increased considerably in recent years, especially in the case of Venezuela. This country, which in 2016 had 52,622 refugees, has seen its number rise to almost 6 million in 2020, turning into the case with the highest relative growth over the entire period studied. The Northern Triangle States have also maintained a steady rate of growth in the number of refugees. The same happened with Haiti, which went from just over 33,000 refugees in 2010 to 107,000 in 2020⁹³.

The Caribbean States are often known as having diasporic nations⁹⁴ due to their number of nationals in other countries and for the importance that immigration has

92. UNHCR, Global Trends Forced Displacement in 2020, Statistics and Demographics Section UNHCR Global Data Service UN City, Copenhagen, Denmark, (2021), <https://www.unhcr.org/refugee-statistics>.

93. UNHCR, Global Trends Forced Displacement in 2020, Statistics and Demographics Section UNHCR Global Data Service UN City, Copenhagen, Denmark, (2021), <https://www.unhcr.org/refugee-statistics>.

94. Handerson, J. *Diáspora: as dinâmicas da mobilidade haitiana no Brasil, no Suriname e na Guiana Francesa*. (Tese de doutorado, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2015). https://www.migrante.org.br/wp-content/uploads/2015/05/Diaspora_Haitiana_tese_Joseph_Handerson.pdf.

for the local culture and economy⁹⁵. Haiti currently has around five million citizens living abroad, which represents about half of its total population⁹⁶.

For Brazil, the number of 811 Haitian migrants in 2011 rose to 30,484 in 2014 – an increase of 3.654% in just three years⁹⁷. Worldwide, the number of Haitian refugees and asylum-seekers has more than tripled over the past ten years. The main destination countries are the USA (traditionally), Canada and France, but new routes emerge in these geopolitics of Haitian migrations, such as Brazil, Mexico, the neighboring Dominican Republic, and Argentina⁹⁸.

In the case of the Northern Triangle countries, there is a historical problem of authoritarian governments supported by the North American counterpart, which has always been part of the regional socioeconomic reality⁹⁹. Such political concerns have resurfaced in recent years through institutional crises that set the tone in these countries. Honduras, for example, witnessed a recent military coup in 2009 that overthrew President Manuel Zelaya¹⁰⁰.

The coup had harmful consequences on several social indicators. Between 2009 and 2012, the level of unemployment rose from 6.8% to 14.1%, bringing with it a large rural exodus and generalized precariousness of the living conditions in the country¹⁰¹. The action of the country allied with the U.S. also did not help resolve the conflict, so the U.S. remains a faithful ally of the current government in power. Again, foreign influences and unfavorable internal conditions for the maintenance of

95. Orjuela, “Remesas, cooperativas y microfinanciamiento en América Latina y el Caribe”, p. 89.

96. Cogo, D. y Silva, T. “Media, racism and Haitian immigration in Brazil” en *The handbook of diasporas, media and culture*, ed. por Roza Tsagarousianou e Jessica Retis. Nova Jersey: John Wiley and Sons, (2019).

97. de Oliveira, M. “Immigrants haitiens au Brésil: du multiculturalisme à L’œuvre ?”, *Revista de ciencias humanas y sociales* 2(1) (2016): 73-89.

98. Pierre-Louis Jr, F. “Haitians, the People That Will Not Go Away”, *Latin American Perspectives* 47 (6) (2020): 162-165.

99. Waxenecker, H., Argueta, O. y Pérez-Navarrete, M. *Relaciones de poder y zonas grises en el Triángulo Norte de Centroamérica: Guatemala, El Salvador, Honduras*. San Salvador: Fundación Heinrich Böll Stiftung, (2019).

100. Castañeda, C. y Rivas, N. “Central American Caravans: a new model of migration?” en *Human displacement from a global south perspective: migration dynamics in Latin America, Africa and the Middle East*, ed. por Celeste Cedillo González e Julieta Espín Ocampo. Cham: Palgrave macmillan, (2021).

101. Jhonston, J. y Lefebvre, S. “Honduras since the coup: economic and social outcomes”, *Center for economic and policy research*, (2013).

democratic principles and social equality add up to the construction of a context of fleeing from the region¹⁰².

El Salvador and Honduras also have similarly unfavorable conditions. The first has a history marked by high levels of violence and a civil war between the government and armed militias such as the MS-13 (*Mara Salvatrucha*) that does not seem to have an end in sight¹⁰³. In 2015, the country produced approximately 324,000 displacements caused by violence¹⁰⁴. In Guatemala, the 36-year history of civil war had a disastrous effect, especially for the most vulnerable populations, such as the original Mayan peoples who live in the country¹⁰⁵.

As a solution to these internal problems, citizens of these countries have frequently resorted to migratory processes to the United States, seen as an ideal destination in the local imagination fed by success stories of acquaintances¹⁰⁶. Venezuela is also another central case in the context of the “migration crisis” in Latin America¹⁰⁷. The country, which is an oil power, finds itself in a true process of humanitarian crisis today, with high levels of inflation and unprecedented economic fragility¹⁰⁸.

Combined with the scenario of overexposure of a single export good and the poor management of the national oil complex, external debts have accumulated, making the country unable to obtain credit abroad¹⁰⁹. For measurement purposes, between 2013 and 2017, the country’s GDP shrank by 35%, while per capita income decreased

102. Véliz Catalán, N. “A diez años del golpe de Estado: Ruptura de un proceso nacional popular y afianzamiento de la derecha en Honduras”, *Anuario de Estudios Centroamericanos* 45 (2019): 69-94.

103. Lathion, T. M. “An Evaluation of the Proliferation and Persistence of Gangs in El Salvador: Mara Salvatrucha and Calle Dieciocho.” (tesis doctoral, Haverford College, 2020), <http://hdl.handle.net/10066/22743>.

104. Bullock, N. “El desplazamiento forzado por violencia. Paz y seguridad en El Salvador”, *ECA: Estudios Centroamericanos* 73(753) (2018): 147-165.

105. Obinna, D. y Field, L. “Geographic and spatial assimilation of immigrants from Central America’s Northern Triangle”, *International Migration* 57(3) (2019): 81-97.

106. Obinna, D. N. “Transiciones e Incertidumbres: Migration from El Salvador, Honduras and Guatemala”, *Latino Studies* 17(4) (2019): 484-504.

107. Antczak, A., Urbani, B. y Antczak, M. M. “Re-thinking the migration of Cariban-speakers from the Middle Orinoco River to north-central Venezuela (AD 800).” *Journal of world prehistory* 30(2) (2017): 131-175.

108. Nelson, R. M. “Venezuela’s economic crisis: Issues for congress”, *Current Politics and Economics of South and Central America* 12(4) (2019): 549-568.

109. Caruso, G., Canon, C. y Mueller, V. “Spillover effects of the Venezuelan crisis: migration impacts in Colombia”, *Oxford economic papers* (2019): 1-25.

by around 40% –an effect that is added to the high levels of inflation that cannot be accompanied by an equivalent readjustment of the minimum wage¹¹⁰.

In addition to the economic destabilization of the country, political conflicts have also become more frequent¹¹¹, bringing the government closer to the armed forces and intensifying political, economic and social conflicts¹¹².

As an alternative to these various crises that feedback into each other, many Venezuelans sought a solution through migration¹¹³. The main destination of these refugees keeps being Colombia, which concentrates just over 37% of all Venezuelan refugees¹¹⁴. More recent destinations for Venezuelan refugees are Peru¹¹⁵, Chile¹¹⁶, Ecuador¹¹⁷ and Brazil¹¹⁸. Outside Latin America, there is great demand for the United States of America because of its large community of Latinos and Venezuelans who can provide assistance to immigrant newcomers¹¹⁹.

It is important to note that this increase in migratory flows from countries that make up the focus of the “migration crisis” in the region is not followed up in a way

110. Hanson, R. “Deciphering Venezuela’s emigration wave”, *NACLA report on the Americas* 50, n.º. 4 (2018): pp. 356-359.

111. López-Maya, M. “El golpe de Estado del 11 de abril en Venezuela y sus causas”, *Sociedad y economía* (3) (2002).

112. Alfaro-Pareja, F. “Mecanismos alternativos de diálogo y negociación en el conflicto político de Venezuela (2002-2018)”, *Pensamiento Propio* 47 (2018): 37-67.

113. Ascencio y Prieto, L. *Crisis y migración de población venezolana: entre la desprotección y la seguridad jurídica en Latinoamérica*.

114. Ordóñez, J. T. y Ramírez-Arcos, H. E. “(Des) orden nacional: la construcción de la migración venezolana como una amenaza de salud y seguridad pública en Colombia”, *Ciencias de la salud* 17 (2019): 48-68.

115. Koechlin, J., Vega, E. y Solórzano, X. “Migración venezolana al Perú: proyectos migratorios y respuesta del Estado 31”, *JOSÉ KOECHLIN/JOAQUÍN EGUREN* (2018): 47.

116. Salgado-Bustillos, F., Contreras-Painemal, C. y Albornoz, L. “La migración venezolana en Santiago de Chile: entre la inseguridad laboral y la discriminación”. *RIEM. Revista internacional de estudios migratorios* 8(1) (2018): 81-117.

117. Herrera, G. y Cabezas-Gálvez, G. “Ecuador: de la recepción a la disuasión. Políticas frente a la población venezolana y experiencia migratoria 2015-2018”, En *Crisis y migración de la población venezolana. Entre la desprotección y la seguridad jurídica en Latinoamérica*, ed. por Gandini, Luciana; Lozano Ascencio, Fernando; y Prieto Victoria (México: UNAM, 2019), 125-155.

118. Mahlke, H. y Yamamoto, L. “El desplazamiento venezolano: un desafío para Brasil”, *Migraciones Forzadas - Revista*, octubre 2017.

119. Cadenas, G. “The Growing Venezuelan Diaspora in the United States”, In *Latinx Immigrants*, ed. por Patricia Arredondo. Springer: Cham, (2018), 211-228.

that what is defined through international treaties is effectively implemented¹²⁰. In the main destination country, the U.S., conditions have even worsened considerably¹²¹. Precariousness in the treatment of immigrants began during the Trump administration, which constantly linked representations of refugees to drug dealers, rapists and terrorists¹²². These negative portrayals came to reinforce the imagery that connects the immigrant to security and unemployment problems – and, recently, also as the one that spreads diseases¹²³.

Some of his government's initiatives were representative of the treatment given to refugees, such as the promise of a campaign to build a wall separating the USA and Mexico¹²⁴, the policy of family separation in child detention centers¹²⁵, as well as the third country agreement¹²⁶ and the practice called *metering*^{127,128}. The latter is the attitude of U.S. customs officers¹²⁹ who, in view of the increase in the number of asylum requests, claim that they are unable to process all requests.

As a “solution” to the problem, these asylum seekers are sent back to Mexico, where they must wait in the neighboring country for the moment when their processes

120. Freier, L. F. y Pérez, L. M. “Nationality-Based Criminalization of South-South Migration: The Experience of Venezuelan Forced Migrants in Peru”, *European Journal on Criminal Policy and Research* 27(1) (2021): 113-133.

121. Oxford Analytica. “Venezuelan migrants face abuses at home and abroad.” *Emerald Expert Briefings* oxan-db (2021).

122. Camilleri, M. J. “Evolution or revolution? US policy on Venezuela from Obama to Trump”, *Pen-samiento Propio* 47 (2018): 189-206.

123. Gruer, L. et al, “Migration, ethnicity, racism and the COVID-19 pandemic: A conference marking the launch of a new Global Society”, *Public Health in Practice* 2 (2021), <https://doi.org/10.1016/j.puhip.2021.100088>.

124. Hernández-Hernández, A. y Curiel, J. “Over the Wall/Sobre el Muro: una mirada a las transformaciones sociales por el muro fronterizo entre México y Estados Unidos en Tijuana.” *Encartes* 3, (5) (2020): 188-205.

125. McCament, J. W. y Homan, T. D. U. S. Immigration, Customs Enforcement, McAleenan, K. K. U. S. Customs, Border Protection et al. “Memorandum on Rescission Of Deferred Action For Childhood Arrivals (DACA).” *Department of Homeland Security, September 5* (2017).

126. Ortega-Velázquez, E. “Mexico as Third Safe Country: Instrumentalization of Right to Asylum”, *Frontera norte* 32 (2020).

127. Lamb, J. “Central American migrations”, *Berkeley review of Latin American studies* (2019).

128. Torres, “A crisis of right and responsibility”.

129. Conocida como de *Customs and Border Protection Policy*. Estefania Castañeda Pérez, “Trans-border (in) securities: transborder commuters’ perceptions of US Customs and Border Protection policing at the Mexico–US border”. *Politics, Groups, and Identities* (2020): 1-20.

can start¹³⁰. These practices, as well as the others mentioned, are in flagrant contradiction with several points established in the international refugee treaties signed by the State, such as the right to non-return¹³¹.

This facet of securitization policies focuses on the emergence of diffuse social feelings of insecurity in relation to immigrants¹³². It is, therefore, a consequence of the crystallization of identities reactive to migrations, constituted by official practices and speeches, especially political ones¹³³. This is the case with the political actions of Trump, despite being a president in the 21st century¹³⁴.

4. Feminization of Latin American migrations

Based on the recent dynamics of migration in Latin America, it is relevant to think about the forms that migrant women take in the new migratory context of the continent. Feminist theory¹³⁵ has given important contributions to the way we can approach new contemporary migrations, not only because they are marked by a centrality of women, but also because of the ways in which immigrant women are inserted in this reality¹³⁶.

Firstly, it is important to note that the classic migration studies were defined by the cases of male immigrants¹³⁷. This perspective favored activities linked to male tasks, or those that were defined as essentially male due to gender roles and their

130. American Immigration Council, “Metering and asylum turn-backs”, *American Immigration Council*, 8 de Março (2021).

131. Oakes, J. “US immigration policy: Enforcement & deportation Trump fair hearings-systematic violations of international non-refoulement obligations regarding refugees”, *NCJ Int’l L.* 41 (2015): 833.

132. McCann, W. S. y Boateng, F. D. *National security and policy in America: Immigrants, crime, and the Securitization of the border* (London: Routledge, 2019).

133. Slaven, M. “Populism and Securitization: The Corrosion of Elite Security Authority in a US-Mexico Border State”, *Journal of Global Security Studies* (2021).

134. Giagnoni, S. “Fear and hate in Alabama and beyond: narratives of immigration in the Trump campaign”, *J. Hate Stud.* 14 (2017): 7.

135. Trujillo-Cristoffanini, M. y Contreras-Hernández, P. “Desde las epistemologías feministas a los feminismos decoloniales: Aportes a los estudios sobre migraciones”, *Athea Digital. Revista de pensamiento e investigación social* 17(1) (2017): 145-162.

136. Matthew-Mendiola, D. “La feminización de los derechos migratorios: Mujeres activistas y una visión feminista para la protección de las personas migrantes de Centroamérica”, *Anuario de Estudios Centroamericanos* 47 (2021).

137. Custra, “Women: facing the challenge of migration”.

performativity¹³⁸. Thus, migration was always seen from the perspective of the economic contributions that immigrant men had in their countries of destination –to perform those jobs unwanted by nationals– and by the remittances of money they sent to their families¹³⁹. Algerian immigration and its consequences described by Sayad¹⁴⁰, for instance, are basically seen from this male point of view.

Although these contributions have been significant, they seem to make a series of other productive activities carried out by immigrant women who are “invisible”. From a feminist perspective, that is, from a perspective that is concerned with gender roles and the way in which social places of existence are defined for different sexes, there was a need to look at the interconnections between gender and migrations in order to produce new and relevant understandings about the phenomenon¹⁴¹.

To approach immigrant women, it is paramount that we look at their different social activities and how these activities contribute epistemologically to the understanding of migration¹⁴². Firstly, the migration process is not the same for men and women. Women have to deal with dangers, duties, and responsibilities. For sake of comparison and understanding of the different challenges faced up by women, according to data from the UN report on refugee women¹⁴³, one out of five women suffered sexual violence during their migratory trajectory.

Taking into account the statistics on migration and refuge in Latin America, the issue of gender¹⁴⁴ becomes even more relevant. The following data show the number of refugees and asylum seekers between 2010 and 2020 in all Latin American countries, according to their biological sex. These pieces of data are indicative of the dynamics of feminization of contemporary migrations, already documented in other

138. Butler, *J. Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*. New York: Routledge, (1990).

139. Casimiro, L. T., Lenin Navarro Chávez, J. C. y Gonzalez-Romo, A. *Migración, Remesas y Actividad Económica*. México: Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, (2018).

140. Sayad, A. *A imigração ou os paradoxos da alteridade*. Trad. Cristina Muracho. São Paulo: Companhia das Letras, (1998).

141. Hondagneu y Avila, “I’m here but I’m there: the meanings of Latina transnational motherhood”, 548-571.

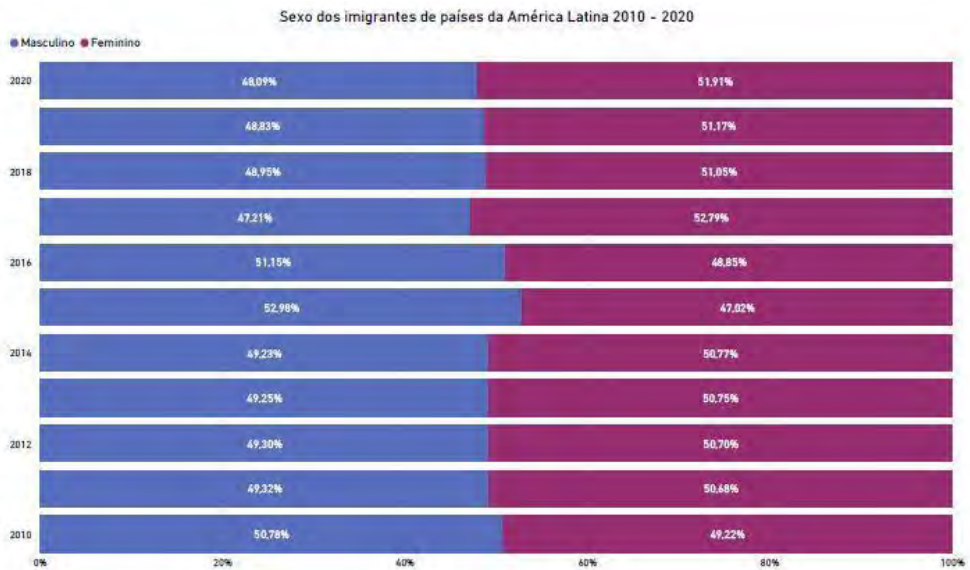
142. Custra, “Women: facing the challenge of migration”.

143. ECOSOC, Igualdad entre los géneros y empoderamiento de la mujer en los desastres naturales - Informe del Secretario General, 20 de diciembre de 2013, E/CN.6/2014/13, <https://www.unwomen.org/es/news/in-focus/women-refugees-and-migrants#notes>.

144. The term gender goes beyond the binary sexual division between men and women. However, that is not how International Law perceives this expression. In this work, gender will be used to refer to migrant women and girls, not addressing other identity issues that also suffer human rights violations in the migratory process. (author’s note)

pieces of work^{145,146,147,148,149}. What is evident is an increase in female participation in the migration process over the continent, where women have become the majority since 2017, when they represented 52.79% of the total number of refugees. Currently, women make up just over 51% of the total number of refugees¹⁵⁰.

Graph 2: Sex of refuge seekers from Latin American countries (2010-2020)



Source: Elaborated by the author based on data from UNHCR¹⁵¹

145. Torres, “A crisis of right and responsibility”.

146. Custra, “Women: facing the challenge of migration”.

147. Hondagneu y Avila, “I’m here but I’m there: the meanings of Latina transnational motherhood”, pp. 548-571.

148. Gil, “Mujeres inmigrantes: colonizando sus cuerpos mediante fronteras procreativas, étnico-culturales, sexuales y reproductivas”.

149. Pedone, “Madres ecuatorianas bajo la lupa del Estado italiano: miradas discriminatorias de las relaciones de género y generacionales de las familias migrantes”.

150. UNHCR, Global Trends Forced Displacement in 2020, Statistics and Demographics Section UNHCR Global Data Service UN City, Copenhagen, Denmark, 2021, <https://www.unhcr.org/refugee-statistics>.

151. UNHCR, Global Trends Forced Displacement in 2020, Statistics and Demographics Section UNHCR Global Data Service UN City, Copenhagen, Denmark, 2021, <https://www.unhcr.org/refugee-statistics>

There are several elements that add up to the greater exposure of migrant women. Among them are: their gender vulnerability and the roles they must play as wives and mothers¹⁵²; their socioeconomic status; racial and ethnic discrimination; in addition, of course, to the violence exerted against their own bodies, as it is the case of trafficking in women and sexual abuse¹⁵³. This is how the literature justifies a critical perspective that focuses on the intersections of gender vulnerability, as in the concept of “triple gender vulnerability”¹⁵⁴. As social subjects inserted in complex processes of social mobility between countries, the author defines the concept as the way in which women find themselves surrounded by three main types of discrimination: sex/gender, nationality and social class¹⁵⁵.

Care¹⁵⁶ as a typically female predisposition within the scope of migratory dynamics represents another fertile field of analysis¹⁵⁷. Immigrant mothers must combine different family functions in the midst of an intense migratory process, having to care for their own safety and for the safety of their families, the maintenance of living conditions and the continuity of family ties that may be damaged along the way¹⁵⁸.

As a result, these women have their own femininity questioned as their role of “good mother” is called into question during the journey¹⁵⁹. These dynamics also be-

152. Alcántara-Quintana, M., Román-Reyes, R. P. y Sosa-Márquez, M. V. “Mujeres migrantes; construcción de la maternidad y los cuidados a través de las fronteras. Apuntes para una discusión de conceptos” En *La situación demográfica de México*, ed. por Secretaría General del Consejo Nacional de Población (Ciudad de México: Secretaría General del Consejo Nacional de Población, 2020).

153. Pombo, G. *Las mujeres migrantes y la violencia de género. Aportes para la reflexión y la intervención*. Buenos Aires: Subsecretaría de Promoción Social, (2017).

154. Gil, “Mujeres inmigrantes: colonizando sus cuerpos mediante fronteras procreativas, étnico-culturales, sexuales y reproductivas”.

155. Delgado de Smith, Y. “Género y migración de mujeres en américa latina”, en *Estudios de Género. Tejiendo Redes para el Desarrollo Sostenible*, ed. por Benito Hamidian; Williams Aranguren; Yamile Salome Delgado de Smith; Yamile Salome Delgado de Smith. Venezuela: Universidad de Carabobo, (2018).

156. Fernández-Fariña, L. “El papel de la mujer migrante y las familias transnacionales en la cadena global de cuidados” (Trabajo final de grado, Universidad de La Laguna, 2020), p. 41, <https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/22610>.

157. Pedone, “Madres ecuatorianas bajo la lupa del Estado italiano: miradas discriminatorias de las relaciones de género y generacionales de las familias migrantes”.

158. Vargas-Ladino, I. C. “Significados atribuidos a la maternidad, emociones y migración internacional materna”, *Latinoamericana de Estudios de Familia* 11(2) (2019): 15-38.

159. Paz Corvalán Briones, C. y Biéznobas Gwynn, C. “Maternaje y Migración: percepción de mujeres migrantes respecto al propio ejercicio maternal” (Tesis Pregrado, Universidad Academia de Humanismo Cristiano, 2019): 33, <http://bibliotecadigital.academia.cl/xmlui/handle/123456789/5739>.

gin to question the feminine place in a context where women are the main economic providers, especially in situations that are often marked with their being abandoned by their husbands¹⁶⁰.

This shift to a gender perspective in migration studies is also responsible for a focus on care relationships that was hitherto unfeasible in this area¹⁶¹. These were typically descriptive of male migrations for economic purposes, which left aside tasks and jobs linked to the conceptions of female roles¹⁶².

Family mobility processes arise in the midst of a new migratory context marked by the mobility of mothers and children. Along with this process, a series of new works takes place that discusses the consequences of the feminization of migration^{163,164}. Not only did the migratory process start to be described side by side with the theme of care –as in the case of mothers who take their children with them– but also the theme of “transnational maternity” emerged for those cases of immigrant women working in the sector of care¹⁶⁵.

Unlike male immigration to the U.S., the literature describes a migratory reality permeated by gender constructions and their contexts¹⁶⁶. At first, these immigrant women do not work in those predominantly male industrial sectors of production, such as factories and agriculture, but in tasks of “reproductive, domestic or sales work”¹⁶⁷.

In addition, besides working in the destination country, these women also seek to fulfill their “duties” to their families and children in their countries of origin, in

160. Monreal-Gimeno, M. C., Cárdenas-Rodríguez, R. y Martínez-Ferrer, B. “Estereotipos, roles de género y cadena de cuidado. Transformaciones en el proceso migratorio de las mujeres”, *Collectivus, Revista de Ciencias Sociales* 6(1) (2019): 83-97.

161. Cárdenas-Rodríguez, R., Terrón-Caro, T. y Monreal-Gimeno, M. “Redefinición de roles y relaciones de género en las migraciones internacionales. Estudio cualitativo en el Estado de Tamaulipas”, *Papeles de población* 24(95) (2018): 153-179.

162. Hernández-Cordero, A. L. y Romea-Martínez, A. C. “Migrar y seguir cuidando: experiencias de mujeres migrantes de Nicaragua y Guatemala”, *Raíces: Revista Nicaragüense de Antropología* (2019): 55-64.

163. Pedone, “Madres ecuatorianas bajo la lupa del Estado italiano: miradas discriminatorias de las relaciones de género y generacionales de las familias migrantes”.

164. Hondagneu y Avila, “I’m here but I’m there: the meanings of Latina transnational motherhood”: 548-571.

165. Hondagneu y Avila, “I’m here but I’m there: the meanings of Latina transnational motherhood”: 548-571.

166. Hondagneu y Avila, “I’m here but I’m there: the meanings of Latina transnational motherhood”: 548-571.

167. Hondagneu y Avila, “I’m here but I’m there: the meanings of Latina transnational motherhood”: 548-571.

a process that constantly leads to their marginalization and social stigmatization, as they fail to meet traditional cultural expectations adequately¹⁶⁸.

When men come north and leave their families in Mexico –as they did during the Bracero Program and as many continue to do today- they are fulfilling familial obligations defined as breadwinning for the family. When women do so, they are embarking not only on an immigration journey but on a more radical gender-transformative odyssey. They are initiating separations of space and time for their communities of origin, homes, children, and –sometimes- husbands. In doing so they must cope with stigma, guilt and criticism from others.¹⁶⁹

This look at the care tasks performed by immigrant women must also be critically considered through the orientation of recent theories that question gender roles¹⁷⁰. One challenge to be pursued is the non-determination of the feminine figure as a social category biologically defined, that is, as a social construct thought of as an external, biological, and objective reality, as it is this type of essentialism that defines the emergence of forms of vulnerability such as the “triple discrimination of immigrant women”¹⁷¹.

As women are defined by care and by their relationship with their families, this conservative perspective ends up linking them, albeit unintentionally, to an obligation seen as part of the “female essence”.

In short, migrant women carry with them their children and all the stereotypes of having been born a woman, having their bodies exposed and their lives constantly negotiated¹⁷². Oppressed at home and abroad by the expectations of an entire continent that is historically sexist and patriarchal¹⁷³, they are the most vulnerable group on this path and, therefore, lack public policies suited to their efforts and responsibility.

168. Fernández, F., “El papel de la mujer migrante y las familias transnacionales en la cadena global de cuidados”.

169. Hondagneu y Avila, “I’m here but I’m there: the meanings of Latina transnational motherhood”, p. 552.

170. Butler, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*.

171. Butler, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*.

172. Monreal, M. C., Rodríguez y Martínez Ferrer, “Estereotipos, roles de género y cadena de cuidado. Transformaciones en el proceso migratorio de las mujeres”: 83-97.

173. Luzuriaga-Martínez, J. y Burgueño-Leiva, C. L. *Patriarcado y capitalismo: feminismo, clase y diversidad*, (Madrid: Ediciones Akal, 2019).

5. Brief final considerations

Definitions of border and the right of States to impose their territorial limits have a long history in international law. This separation between the interior and the exterior is also connected to the construction of national identities that may or may not encourage forms of prejudice against immigrants.

Recently, media and governments have incited a derogatory discourse about immigrants, claiming that this “migration crisis” is exceptional and, therefore, must be fought over. In this scenario, women suffer doubly, due to their gender condition and the discriminatory situations imposed by migration.

In the American continent, this situation is aggravated by the sexist patriarchal culture, which still sees physical, psychological, moral and material violence against women and children as a natural matter. In this hierarchical society, women are obligatorily responsible for caring for their children, the elderly, and the sick. They also suffer due to religious and moral obligations, which impose a correct way of dressing, behaving, working, raising children, being a wife, in short, living in society. The submission of women in the most diverse social sectors is seen as a quality, and their rebellion can be punished by death.

Within this context, migrating is no longer a right for them, and it becomes a risk. It is extremely dangerous to face up all the disapproval, since it is impossible to maintain the expected behavior in this situation of instability. Thus, the feminization of migrations is emblematic in pointing out the high level of violence and insecurity that Latin American women suffer before choosing this path as an alternative. Women hardly ever migrate of their own accord. They are forced to select danger in search of a better place to put down their roots. And they do so carrying their children and their dreams on their backs.

We propose that this objective should not only be intended for those women who peacefully fit within the notions of borders, both geographical and as to their identity, but also and mainly for those who are in transit, having all the dreams of the world on their shoulders.

Biobliography

- ADAMSON, F. (2006). “Crossing Borders: International Migration and National Security”. *International Security* 31(1): 165-199, <https://www.jstor.org/stable/4137542?seq=1>.
- AJA DÍAZ, A., Rodríguez-Soriano, M. O., Orosa-Busutil, R. y Campos-Espiñeira, C. A. “La migración internacional de cubanos. Escenarios actuales”. *Novedades en población* 26 (2017): 40-57.

- ANDRADE, Ú., Bauer, Gramajo, L., Baumeister, E., Ceto, Bonilla, M., Hernández, S., Girón Solórzano, C. (2020). *Dinámicas migratorias y desplazamiento forzado en Guatemala - Informe Estado de la Región 2021*. San José, C. R.: CONARE.
- ANDUQUIA-AMARILES, C. C., Camelo-Peña, L. M., Castro-Pérez, M. A., y Parga-Cano, F. D. (2019). “Estudio comparativo sobre las medidas implementadas por los países de Colombia y México frente a la crisis migratoria”. Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia. <https://hdl.handle.net/10983/24242>
- AMERICAN IMMIGRATION COUNCIL. “Metering and asylum turn-backs”. *American Immigration Council*, 8 de Março de 2021.
- ANDERSON, B. *Comunidades imaginadas: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo*. Trad. Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- ANTCZAK, A., Urbani, B. y Antczak, M. M. (2017). “Re-thinking the migration of Caribbean-speakers from the Middle Orinoco River to north-central Venezuela (AD 800)”. *Journal of world prehistory* 30(2): 131-175.
- ARENCEBIA, J. R. “Ciencia, movilidad y emigración: relación de Cuba con su diáspora en el contexto latinoamericano”. Seminario, Hatun Tinkuy Perú: Colaboración Entre Pares del Concytec, 11 de septiembre de 2019).
- ARENDT, H. (1989). *As origens do totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras.
- ARGUEDAS, M. J., Beita, J., Rodríguez, F., Umaña, J. y Vaca, M. (2020). “Crisis migratoria en Colombia y Costa Rica: una visión desde el análisis de sentimientos”. *Revista humanidades* 10(2): 163-186.
- ARUJ, R. S. (2008). “Causas, consecuencias, efectos e impacto de las migraciones en Latinoamérica”. *Papeles de población* 14(55): 95-116.
- ASTORGA-MORALES, A. (2017). “La región del Triángulo Norte Centroamericano y el círculo vicioso: violencia, pobreza y migración”. *Revista Conjeturas sociológicas*.
- ATZILI, B. y Kadercan, B. (2017). “Territorial Designs and International Politics: The Diverging Constitution of Space and Boundaries”. *Territory, Politics, Governance* 5(2): 115-130.
- BAMBACH-FOUILLIOUX, M. (2020). “La violencia sistémica como eje transversal en la crisis migratoria de la población migrante centroamericana”. *O Público e o Privado* 18(36).
- BRASIL, D. R. (2018). “As dimensões políticas, sociais e econômicas da nova lei de migração brasileira e os direitos humanos em uma sociedade globalizada”. *Revista Argumentum-Argumentum Journal of Law* 19(3): 757-774.
- BRIONES Paz Corvalán, C. y Gwynn, Biénzobas, C. (2019). “Maternaje y Migración: percepción de mujeres migrantes respecto al propio ejercicio maternal”. Tesis Pregrado, Universidad Academia de Humanismo Cristiano, 33, <http://bibliotecadigital.academia.cl/xmlui/handle/123456789/5739>

- BULLOCK, N. (2018). “El desplazamiento forzado por violencia. Paz y seguridad en El Salvador”. *ECA: Estudios Centroamericanos* 73(753): 147-165.
- BURRON, N., Ray, S. (2013). “Low-intensity democracy and political crisis in Haiti: the north American contribution”. *Canadian Journal of Development Studies* 34(4): 518-532.
- BUSTILLOS-SALGADO, F., Painemal-Contreras, C. y Albornoz, L. (2018). “La migración venezolana en Santiago de Chile: entre la inseguridad laboral y la discriminación”. *RIEM. Revista internacional de estudios migratorios* 8(1): 81-117.
- BUTLER, J. (1990). *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*. New York: Routledge.
- CADENAS, G. (2018). “The Growing Venezuelan Diaspora in the United States”. En *Latinx Immigrants*, editado por Patricia Arredondo. Springer: Cham.
- CÁRDENAS-RODRÍGUEZ, R., Terrón-Caro, T. y Monreal-Gimeno, M. (2018). “Redefinición de roles y relaciones de género en las migraciones internacionales. Estudio cualitativo en el Estado de Tamaulipas”, *Papeles de población* 24(95): 153-179.
- CAMILLERI, M. J. (2018). “Evolution or revolution? US policy on Venezuela from Obama to Trump”, *Pensamiento Propio* 47: 89-206.
- CANALES, A. I. (2018). “Impactos sociales y demográficos de la emigración en el sistema económico de los países del Triángulo Norte de Centroamérica”. En *Hacia un salto cualitativo: Migración y desarrollo en México y El norte de Centroamérica*, editado por Dirk Bornscheim, 45. Guatemala: FLACSO.
- CANALES, A. (2019). “La centralidad de las migraciones en la reproducción de las sociedades avanzadas.” *REMHU: Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana* 27: 101-121.
- CAPORASO, J. A. (2000). “Changes in the Westphalian order: Territory, public authority, and sovereignty.” *International studies review* 2(2): 1-28.
- CARENS, J. *The Ethics of Immigration*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- CARUSO, G., Canon, C. y Mueller, V. (2019). “Spillover effects of the Venezuelan crisis: migration impacts in Colombia”. *Oxford economic papers*: 1-25.
- CASIMIRO-LECO, T., Chávez, J. C., Navarro- Romo, L. Gonzalez, A. (2018). *Migración, Remesas y Actividad Económica*. México: Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo.
- CASCO, M. L. (1995). “The Battle at Beijing”. In *Empowering Women: Critical Views of the Beijing Conference*, editado por Michael Cook, 13-17. Australia: Little Hills Press.
- CASTAÑEDA, C., Rivas, N. (2021). “Central American Caravans: a new model of migration?” In *Human displacement from a global south perspective: migration dynamics in Latin America, Africa and the Middle East*, Editado por Celeste Cedillo González e Julieta Espín Ocampo. Cham: Palgrave macmillan.

- CASTLES, S., Hass, H., Miller, M. J. (2014). *The Age of Migration: International Population Movements in the Modern World*. Basingstroke: Palgrave Macmillan.
- COELLO CERINO, L. M. (2019). "Gobernabilidad por niveles: el caso del flujo de migración haitiano en América". *Migraciones internacionales* 10.
- COGO, D., Silva, T. (2019). "Media, racism and Haitian immigration in Brazil." In. *The handbook of diasporas, media and culture*, Editado por Roza Tsagarousianou e Jessica Retis. Nova Jersey: John Wiley and Sons.
- CORDERO-HERNÁNDEZ, A. L., Martínez, A. C. (2019). "Migrar y seguir cuidando: experiencias de mujeres migrantes de Nicaragua y Guatemala", *Raíces: Revista Nicaragüense de Antropología*: 55-64.
- CRISTOFFANINI-TRUJILLO, M. y Hernández-Contreras, P. (2017). "Desde las epistemologías feministas a los feminismos decoloniales: Aportes a los estudios sobre migraciones". *Athenea Digital. Revista de pensamiento e investigación social* 17(1): 145-162.
- CUNNINGHAM, H. (2009). "Mobilities and enclosures after Seattle: Politicizing borders in a "borderless" world." *Dialectical anthropology* 33(2):143-156.
- CUSTRA, A. (2021). "Women: facing the challenge of migration". En *Human displacement from a global south perspective: migration dynamics in Latin America, Africa and the Middle East*, editado por Celeste Cedillo González e Julieta Espín Ocampo. Cham: Palgrave macmillan.
- DEL CASTILLO-YEPEZ, I. (2014). "Escenarios de la migración latinoamericana: la vida familiar transnacional entre Europa y América Latina". *Papeles del ceic. International journal on collective identity research* 2: 1-27.
- DELGADO DE SMITH, Y. "Género y migración de mujeres en américa latina", En *Estudios de Género. Tejiendo Redes para el Desarrollo Sostenible*, ed. por Benito Hamidian; Williams Aranguren; Yamile Salome Delgado de Smith; Yamile Salome Delgado de Smith (Venezuela: Universidad de Carabobo, 2018).
- DEVOTO, F. (2002). *Historia de la inmigración en la Argentina*. Buenos Aires: Editora Sud-americana.
- DOMENECH, E. (2017). "Migración, legislación y políticas en la Argentina actual: Escenas etnográficas de prácticas de control y vigilancia." En *Ramírez, Jacques, Migración, Estado y políticas. Cambios y continuidades en América del Sur. La Paz (Bolivia): Vicepresidencia del Estado Plurinacional*.
- ECOSOC, Igualdad entre los géneros y empoderamiento de la mujer en los desastres naturales - Informe del Secretario General, 20 de diciembre de 2013, E/CN.6/2014/13, <https://www.unwomen.org/es/news/in-focus/women-refugees-and-migrants#notes>.
- ELLIS, A. F. (2004). *Las causas y las consecuencias de la migración económica, política y cultural en el área del Caribe y de América Central durante el siglo XX*. Paris: Editions Publibook.

- FARIÑA-FERNÁNDEZ, L. (2020). “El papel de la mujer migrante y las familias transnacionales en la cadena global de cuidados”. Trabajo final de grado, Universidad de La Laguna, 41, <https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/22610>.
- FAUSTO, B. (2000). *Fazer a América: a imigração em massa para a América Latina*. São Paulo: EDUSP.
- FERNÁNDEZ-ÁLVAREZ, M. I. (2018). “Más allá de la precariedad: prácticas colectivas y subjetividades políticas desde la economía popular argentina”. *Íconos. Revista de Ciencias Sociales* 62: 21-38.
- FREITEZ, A. (2019). “Crisis humanitaria y migración forzada desde Venezuela”. En *Crisis y migración de población venezolana. Entre la desprotección y la seguridad jurídica en Latinoamérica*, editado por Luciana Gandini; Fernando Lozano Ascencio y Victoria Prieto. México: UNAM.
- FERREIRA, S. (2019). *Human Security and Migration in Europe's Southern Borders*. Palgrave: Macmillan.
- FREIER-FELINE, L., Pérez-Leda, M. (2021). Nationality-Based Criminalisation of South-South Migration: the Experience of Venezuelan Forced Migrants in Peru”. *European Journal on Criminal Policy and Research* 27(1): 113-133.
- GANDINI, L., Lozano-Ascencio, F. y Prieto, V. (2019). *Crisis y migración de población venezolana: entre la desprotección y la seguridad jurídica en Latinoamérica*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- GANDINI, L., Prieto, V. y Lozano-Ascencio, F. (2019). “El éxodo venezolano: migración en contextos de crisis y respuestas de los países latinoamericanos”, en *Crisis y migración de población venezolana: entre la desprotección y la seguridad jurídica en Latinoamérica*, editado por Luciana Gandini; Fernando Lozano Ascencio y Victoria Prieto. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- GARCÍA-CARO GARCÍA, P. (2019). “Inmigración. “Fácil emigrar, difícil sobrevivir”. Estudio del impacto de género en la migración iberoamericana”. Trabajo Fin de Grado, Universidad Pontificia Comillas, 50, <http://hdl.handle.net/11531/32298>.
- GARCÍA, L., Nejamkis, L. (2018). “Regulación migratoria en la Argentina actual: del “modelo” regional al recorte de derechos”. *Autoctonía. Revista de Ciencias Sociales e Historia* 2, (2): 219-241.
- GIAGNONI, S. (2017). “Fear and hate in Alabama and beyond: narratives of immigration in the Trump campaign”, *J. Hate Stud.* 14: 7.
- GLENN, E. (1998). “The Social Construction and Institutionalization of Gender and Race: An Integrative Framework”. In *Revisioning Gender*, Editado por Myra Marx Ferree, Judith Lorber, Beth B. Hess. Lanham: Altamira Press.
- GIL, G. “Mujeres inmigrantes: colonizando sus cuerpos mediante fronteras procreativas, étnico-culturales, sexuales y reproductivas”. *Viento Sur*, 31 de agosto de 2009.

- GODENZZI, J. C. (2017). "Relatos y recursos lingüísticos de la inserción urbana: tres migrantes quechua-hablantes en Lima". *Visitas al Patio 11*: 11-37.
- GONZÁLEZ-HERAS, P. (2019). "¿Tienen perspectiva de género los ODS?", *Necesidad de la igualdad de Género para transformar nuestro mundo: Papel de los Objetivos de Desarrollo Sostenible*: 11.
- GOVE, M. (2018). "Migration as development: Household survey evidence on migrants' wage gains." *Social Indicators Research 137*(3): 1033-1060.
- GUEVARA, da Silva, G. (2016). ed. *Geopolítica latinoamericana: nuevos enfoques y temáticas*. Colombia: Universidad Externado.
- GUIZARDI, M., Stefoni, C., González, H. y Mardones, P. (2020). "¿ Migraciones transnacionales en crisis? Debates críticos desde el Cono-Sur Americano (1970-2020)." *Papeles de población 26*(106): 183-220.
- GUIZARDI-LUBE, M., Torralbo-González, H, y Stefoni, C. (2018). "De feminismos y movilidades. Debates críticos sobre migraciones y género en América Latina (1980-2018)". *Revista Rumbos TS*, 18.
- GUZMÁN-REYES, A. (2018). "Migración como tema de seguridad: securitización de la inmigración venezolana en el Ecuador". Bachelor's thesis. Universidad San Francisco de Quito. <http://repositorio.usfq.edu.ec/handle/23000/7729>.
- GROSFOGUEL, R. (2017). "Las migraciones coloniales del Caribe a Estados Unidos y Europa Occidental: colonialidades diferenciadas en cuatro centros del sistema-mundo/Colonial Caribbean Migrations to Western Europe and the USA: Differentiated Colonialities in Four Metropolises of the World-System". *Kamchatka Revista de análisis cultural 9*: 225-250.
- GRUER, L., Agyemang, C., Bhopal, R., Chiarenza, A., Krasnik, A., Kumar, B. (2021). "Migration, ethnicity, racism and the COVID-19 pandemic: A conference marking the launch of a new Global Society." *Public Health in Practice 2*.
- HANDERSON, J. (2015). *Diáspora: as dinâmicas da mobilidade haitiana no Brasil, no Suriname e na Guiana Francesa*. Tese de doutorado. Universidade Federal do Rio de Janeiro. https://www.migrante.org.br/wp-content/uploads/2015/05/Diaspora_Haitiana_tese_Joseph_Handerson.pdf.
- HANSON, R. (2018). "Deciphering Venezuela's emigration wave". *NACLA report on the Americas 50*(4): 356-359.
- HENDRICKS, L., Schoellman, T. (2018). "Human capital and development accounting: New evidence from wage gains at migration". *The Quarterly Journal of Economics 133*(2): 665-700.
- HENDRIX, Burke A. (2001). "International law as a moral theory of state territory?". *Geopolitics 6*(2): 141-162.
- HERNÁNDEZ-HERNÁNDEZ, A., Curiel, J. (2020). "Over the Wall/Sobre el Muro: una mirada a las transformaciones sociales por el muro fronterizo entre México y Estados Unidos en Tijuana." *Encartes 3*(5): 188-205.

- HERNÁNDEZ, J. C. y Sáenz, R. (2018). “La securitización del fenómeno migratorio en el caso del Programa Frontera Sur”. *Análisis| GESI-Grupo de Estudios En Seguridad Internacional* 19.
- HERRERA, G. (2012). “Género y migración internacional en la experiencia latinoamericana. De la visibilización del campo a una presencia selectiva.” *Política y sociedad* 49(1): 35-46.
- HERRERA, G., Gálvez-Cabezas, G. (2019). “Ecuador: de la recepción a la disuasión. Políticas frente a la población venezolana y experiencia migratoria 2015-2018.”. En *Crisis y migración de la población venezolana. Entre la desprotección y la seguridad jurídica en Latinoamérica*, ed. por Gandini, Luciana; Lozano Ascencio, Fernando; y Prieto Victoria. México: UNAM.
- HOLANDA, S. (1995). *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras.
- HONDAGNEU-SOTELO, P. y Avila, E. (1997). “I’m here but I’m there: the meanings of Latina transnational motherhood”. *Gender & Society* 11(5): 548-571
- IBARRA, C. S. (2021). “Puentes que unen y muros que separan. Fronterización, securitización y procesos de cambio en las fronteras de México y Brasil.” *Revista Pueblos y fronteras digital* 16.
- JAROCHINSKI, J. C. (2014). “As Migrações Internacionais e os seus Impactos”. In: *Direito Internacional Atual*. Rio de Janeiro: Elsevier.
- JIRI SYKORA, “El hambre de Haití. Terremoto, olvido y paradojas de la solidaridad”, *Entretextos* 33 (2019).
- JHONSTON, J. y Lefebvre, S. “Honduras since the coup: economic and social outcomes”. *Center for economic and policy research*, noviembre de 2013.
- LADINO-VARGAS, I. C. (2019). “Significados atribuidos a la maternidad, emociones y migración internacional materna”, *Latinoamericana de Estudios de Familia* 11(2): 15-38.
- LEÓN, A. y Contreras, J. (2020). “La construcción social del peligro migratorio en contextos de crisis globales. Un análisis comparado: Europa Occidental-Centro y Sur Latinoamericano.” *Revista Andina de Estudios Políticos* 10(1): 152-175.
- LEONOVA, O. G. (2019). “Crisis migratoria en Latinoamérica.” *Iberoamerica*, 3: 104-124.
- KLEIN, H. S. (1993). “Las características demográficas del comercio Atlántico de esclavos hacia Latinoamérica”. *Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana Dr. Emilio Ravignani, tercera serie* 8: 7-27.
- KOECHLIN, J., Vega, E. y Solórzano, X. (2018). “Migración venezolana al Perú: proyectos migratorios y respuesta del Estado 31.” *JOSÉ KOECHLIN/JOAQUÍN EGUREN*: 47.
- KRASNER, S. (1999). *Sovereignty: Organized Hypocrisy*. Princeton: Princeton University Press.

- LAMB, J. (2019). "Central American migrations". *Berkeley review of Latin American studies*.
- LATINOAMERICANO, Bloque. (2017). "Puntos de partida para un pacto global de migración que beneficie a la población en las migraciones y sus gobiernos." *Migración y desarrollo* 15(29): 137-140.
- LÓPEZ MAYA, M. (2002). "El golpe de Estado del 11 de abril en Venezuela y sus causas." *Sociedad y economía*, 3. Redalyc, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=99617938001>.
- LOUREIRO WERNECK, G., Sá Carvalho, M. (2020). "A pandemia de COVID-19 no Brasil: crônica de uma crise sanitária anunciada". *Cadernos de Saúde Pública* 36(5). <http://dx.doi.org/10.1590/0102-311X00068820>.
- MAHLKE, H., Yamamoto, L. (octubre 2017). "El desplazamiento venezolano: un desafío para Brasil", *Migraciones Forzadas - Revista*.
- MCCANN, W. S. y Boateng, F. D. (2019). *National security and policy in America: Immigrants, crime, and the Securitization of the border*. London: Routledge.
- MCCAMENT, J. W. y Homan, T. D. (2017). U. S. Immigration, Customs Enforcement, Kevin K. McAleenan, U. S. Customs, Border Protection et al. "Memorandum on Rescission Of Deferred Action For Childhood Arrivals (DACA)." *Department of Homeland Security, September 5*.
- MARRONI, M. G. (2007). "La diáspora femenina latinoamericana: entre Europa y Estados Unidos". *Cadernos de Estudos Latino-Americanos* 3: 59-81. <http://hdl.handle.net/10284/2318>.
- MARTÍNEZ, J. L., Leiva, Burgueño, C. L. (2019). *Patriarcado y capitalismo: feminismo, clase y diversidad*. Madrid: Ediciones Akal.
- MAVRİKAKI, V. (2016). "Análisis crítico del discurso sobre las noticias referidas a los refugiados de la crisis migratoria en europa en la prensa española y griega". Dissertação de mestrado. Universidad de Jaén. http://tauja.ujaen.es/bitstream/10953.1/4789/1/MavrikakiVarvara_TFM_1516.pdf.
- MENDES-GUTIERREZ, G. (2018). "O impeachment de Dilma Rousseff e a instabilidade política na América Latina: a aplicabilidade do modelo de Perez-Liñan." *Revista de Ciências Sociais* 49(1): 253-278.
- MENDIOLA-MATTHEW, D. (2021). "La feminización de los derechos migratorios: Mujeres activistas y una visión feminista para la protección de las personas migrantes de Centroamérica". *Anuario de Estudios Centroamericanos* 47.
- MÉRONÉ, Schwarz C. (2018). "Elementos sociohistóricos para entender la migración haitiana a República Dominicana". *Papeles de población* 24(97): 173-193.
- METELEV, S. E. (2016). "Migration as a threat to national security". *Indian Journal of Science and Technology* 9(14): 1-6.

- MILAGROS-LATHION, T. (2020). "An Evaluation of the Proliferation and Persistence of Gangs in El Salvador: Mara Salvatrucha and Calle Dieciocho". Tesis doctoral, Haverford College, <http://hdl.handle.net/10066/22743>.
- MORENO RODRÍGUEZ, G. (2021). "La securitización del discurso migratorio: Nicaragua, un estudio de caso en América Latina". *Cuadernos Intercambio sobre Centroamérica y el Caribe* 18(1).
- MORENO RODRÍGUEZ, G. (2019). "Migración indocumentada cubana por Centroamérica: El papel de Nicaragua en la crisis migratoria de 2015". *Estudios fronterizos* 20.
- MOURA, R. y Cardoso, N. A. (2014). "Mobilidade Transfronteiriça: o ir e vir na fronteira do possível". *Direitos Humanos e Políticas Públicas*. Editado por Eduardo Faria Silva, José Antônio Perez Gediel, Silvia Cristina Trauczynski. Curitiba: Universidade Positivo.
- MURIEL-RUIZ, M. C. y Velasco-Álvarez, S. (2019). "Excluir para proteger: la "guerra" contra la trata y el tráfico de migrantes y las nuevas lógicas de control migratorio en Ecuador". *Estudios sociológicos* 37(111): 689-725.
- NEJANKIS, L., Conti, L. y Aksakal, M. (2021). *(Re) pensando o vínculo entre migración y crisis*. Buenos Aires: CLACSO e CALAS.
- NELSON, R. M. (2019). "Venezuela's economic crisis: Issues for congress". *Current Politics and Economics of South and Central America* 12(4): 549-568.
- OAKES, J. (2015). "US immigration policy: Enforcement & deportation Trump fair hearings-systematic violations of international non-refoulement obligations regarding refugees". *NCJ Int'l L.* 41: 833.
- OBINNA, D. y Field, L. (2019). "Geographic and spatial assimilation of immigrants from Central America's Northern Triangle". *International Migration* 57(3): 81-97.
- OBINNA, D. N. (2019). "Transiciones e Incertidumbres: Migration from El Salvador, Honduras and Guatemala". *Latino Studies* 17(4): 484-504.
- OLIVEIRA, M. de. (2016). "Immigrants haitiens au Brésil: du multiculturalisme à L'oeuvre ?" *Revista de ciencias humanas y sociales* 2(1): 73-89.
- ORDÓÑEZ, J. T. y Arcos-Ramírez, H. E. (2019). "(Des) orden nacional: la construcción de la migración venezolana como una amenaza de salud y seguridad pública en Colombia". *Ciencias de la salud* 17: 48-68.
- OXFORD ANALYTICA. "Venezuelan migrants face abuses at home and abroad." *Emerald Expert Briefings oxan-db* (2021).
- PALACIOS VALENCIA, Y. (2016). "Perspectiva de género en los fenómenos migratorios: estudio desde Europa y América Latina". *Revista CES Derecho* 7(2): 145-162.
- PAREJA, F. A. (2018). "Mecanismos alternativos de diálogo y negociación en el conflicto político de Venezuela (2002-2018)". *Pensamiento Propio* 47: 37-67.

- PEDONE, C. (2018). "Madres ecuatorianas bajo la lupa del Estado italiano: miradas discriminatorias de las relaciones de género y generacionales de las familias migrantes". En: *O cuidado em cena: desafios políticos, teóricos e práticos*. Editado por Marlene Tamanini, Francisco G. Heidemann, Eliane Portes Vargas, Sandro Marcos Castro de Araújo. Florianópolis: Editora EDUSC.
- PENCHASZADEH, A. P. y Garcia, L. (2018). "Politica migratoria y seguridade em Argentina hoy: ¿el paradigma de derechos humanos em jaque?" *URVIO, Revista Latinoamericana de estudios de seguridad*. 23(1): 91-109.
- PÉREZ-CASTAÑEDA, E. (2020). "Transborder (in) securities: transborder commuters' perceptions of US Customs and Border Protection policing at the Mexico-US border". *Politics, Groups, and Identities*: 1-20.
- PIERRE-LOUIS JR, F. (2020). "Haitians, the People That Will Not Go Away", *Latin American Perspectives* 47(6): 162-165.
- POMBO, G. (2017). *Las mujeres migrantes y la violencia de género. Aportes para la reflexión y la intervención*. Buenos Aires: Subsecretaría de Promoción Social, <http://hdl.handle.net/20.500.11788/1431>.
- PRANDI, S. (2017). "La acción humanitaria en América latina desde la mirada de la gobernanza regional: El camino hacia la primera cumbre mundial humanitaria". *Revista Internacional de Cooperación y Desarrollo* 4(1): 188-208.
- QUINTANA-ALCÁNTARA, M., Reyes-Román, R. P. y Márquez-Sosa, M. V. (2020). "Mujeres migrantes; construcción de la maternidad y los cuidados a través de las fronteras. Apuntes para una discusión de conceptos". En *La situación demográfica de México*, editado por Secretaría General del Consejo Nacional de Población. Ciudad de México: Secretaría General del Consejo Nacional de Población, <http://hdl.handle.net/20.500.11799/109710>.
- RETTBERG, A. (2020). "Violencia en América Latina hoy: manifestaciones e impactos". *Revista de Estudios Sociales* 73: 2-17.
- RICO, M. N. (22-24 de junio 2006) "Las mujeres latinoamericanas en la migración internacional". Seminario internacional Las mujeres trabajadoras inmigrantes y sus aportes al desarrollo del país de acogida y de origen, en el marco del segundo Foro social mundial de las migraciones.
- RIGGIROZZI, P., Grugel, J. y Cintra, N. (2020). "¿Proteger a los migrantes o revertir la migración? COVID-19 y los riesgos de una crisis prolongada en América Latina". *Reporte Situacional: Perspectivas sobre el Derecho a la Salud de los Migrantes en América Latina durante COVID-19*: 18.
- RITA-LÓPEZ, A. M. (2017). "Movilidad humana en América del Sur. Migración y derechos. Un análisis a partir de la experiencia argentina". *Revista Cambios y Permanencias* 8(1): 274-288.

- RODRÍGUEZ-MONREAL, M. C. y Martínez, F. (2019). “Estereotipos, roles de género y cadena de cuidado. Transformaciones en el proceso migratorio de las mujeres”. *Collectivus, Revista de Ciencias Sociales* 6(1): 83-97.
- RUIZ, M.; et al. (2018). “Trazando fronteras nacionales en contextos de integración: migración femenina y sexualidad en la subregión andina”. *Revista de estudios sociales* 64: 42-54.
- RUSSELL, R. (2006). “América Latina para Estados Unidos: ¿especial, desdeñable, codiciada o perdida». *Nueva sociedad*, 206: 48-62.
- SAAD-DINIZ, E., Bessoni-Boudoux-Salgado, A. (2018). “Violencia y victimización como costos sociales de la pobreza y de la desigualdad en Latinoamérica”. *Revista de Victimología/Journal of Victimology* 7: 47-76.
- SANTI, S. (mayo de 2011). “¿Beneficios para todos? Crisis, desarrollo, y gobernabilidad, en la agenda política iberoamericana sobre migraciones”. Ponencia pronunciada en el IV Congreso de la Red Internacional de Migración y Desarrollo, Quito.
- SARDENBERG, C. (2018). “Negociando gênero em desenvolvimento: os feminismos brasileiros em destaque”. *Cadernos Pagu* 52: 1-46.
- SASSEN, S. (2012). “Borders, walls, and crumbling sovereignty.” *Political Theory* 40(1): 116-122.
- SAYAD, A. (1998). *A imigração ou os paradoxos da alteridade*. Trad. Cristina Muracho. São Paulo: Companhia das Letras.
- SERRANO-SÁNCHEZ, L. (2019). “Un análisis histórico-jurídico de los múltiples regímenes de extranjería y nacionalidad vigentes en El Salvador.” *Derecho PUCP* 82: 315-346.
- SHACHAR, A. (2019). “Bordering migration/migrating borders”. *Berkeley Journal of International Law*, 37(1): 93-151.
- SIERRA-FONSECA, R. (2019). “Honduras: del golpe de Estado de 2009 a la crisis continuada”, *Análisis Carolina* 16: 1.
- SIMMONS, B., Shaffer, R. (2019). “Globalization and Border Securitization in International Discourse”. *Annual Meeting of the American Political Science*, Washington D.C.
- SLAVEN, M. (2021). “Populism and Securitization: The Corrosion of Elite Security Authority in a US–Mexico Border State”, *Journal of Global Security Studies*.
- SOSA, E. (2019). “Honduras: Ruptura del pacto de alternabilidad, la crisis de gobernabilidad y sus consecuencias”. *Anuario de Estudios Centroamericanos* 45: 573-595.
- SVAMPA, M. (2020). *As fronteiras do neoextrativismo na América Latina: Conflitos socioambientais, giro ecoterritorial e novas dependências*. São Paulo: Editora Elefante.

- TORRES, R. (2018). "A crisis of right and responsibility". *Gender, place and culture* 25(1).
- UNHCR. Global Trends Forced Displacement in 2020. Statistics and Demographics Section UNHCR Global Data Service UN City, Copenhagen, Denmark, 2021. This document is available on UNHCR's statistics website: <https://www.unhcr.org/refugee-statistics>
- VARELA-HUERTA A. y McLean, L. (2019). "Caravanas de migrantes en México", *Revista CIDOB d'Afers Internacionals* 122: 163-186.
- VELÁZQUEZ-ORTEGA, E. (2020). "Mexico as Third Safe Country: Instrumentalization of Right to Asylum". *Frontera norte* 32.
- VÉLIZ-CATALÁN, N. (2019). "A diez años del golpe de Estado: Ruptura de un proceso nacional popular y afianzamiento de la derecha en Honduras", *Anuario de Estudios Centroamericanos* 45: 69-94.
- WARVER, O., Buzan, B., Kelstrup, M. y Lemaitre, P. (1993). *Identity, Migration and the New Security Agenda in Europe*. London.
- WEHR, I., ed. (2006). *Un continente en movimiento: migraciones en América Latina*. Madrid: Iberoamericana.
- WAXENECKER, H., Argueta, O., Navarrete-Pérez, M. (2019). *Relaciones de poder y zonas grises en el Triángulo Norte de Centroamérica: Guatemala, El Salvador, Honduras*. San Salvador: Fundación Heinrich Böll Stiftung.
- WILSON, T. y Hastings, D. (Org.). (1998). *Border Identities: Nation and State at International Frontiers*. Cambridge: Cambridge University Press.
- WISE-DELGADO, R., Covarrubias-Márquez, H. y Puentes, R. (2013). "Reframing the debate on migration, development and human rights". *Population, space and place* 19(4): 430-443.
- WHITE, I. y Nandedkar, G. (2021). "The housing crisis as an ideological artefact: Analysing how political discourse defines, diagnoses, and responds". *Housing Studies* 36(2): 213-234.
- ZLOTNIK, H. (2006). "Tendencias de la migración internacional desde 1980". En: *Migraciones. Nuevas movilidades en un mundo en movimiento*, editado por Cristina Blanco Fernández de Valderrama, España: 35-56.

Migración familiar en Chile

Lina Callejas

(Chile)*

RESUMEN El presente trabajo busca reflexionar sobre el concepto de familia, teniendo en consideración las tendencias dentro del campo del derecho internacional de los derechos humanos y los fenómenos migratorios como impulsores del cambio en los ordenamientos jurídicos nacionales. Dicha reflexión se hace a partir del análisis del concepto de familia tradicional que tiene la legislación chilena y como este ha respondido ante el aumento de los flujos migratorios en la última época.

Palabras clave: familia, migración, derechos humanos.

1. Introducción

El progresivo aumento de los flujos migratorios en Chile que se ha desarrollado en los últimos cinco años ha revelado de forma dramática los vacíos de la institucionalidad migratoria nacional vigente desde 1975¹, como también las problemáticas causadas por dicha falta, las cuales han implicado una serie de vulneraciones a derechos humanos. Entre estas falencias, la deficiente protección de la familia y de la vida familiar de los migrantes resulta preponderante, siendo que “el reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, junto al derecho a ‘la protección de la sociedad y el Estado’, constituyen un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”², que no se encuentra totalmente resguardado en la legislación chilena.

1. Abogada Universidad de Chile. Instructor Adjunto Departamento Derecho Público Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora Clínica Jurídica Migrantes. Si bien existe una nueva ley de migraciones, la Ley N° 21.325 de 20 de abril de 2021, esta aún no entra en vigor.

2. Corte IDH: Opinión consultiva OC-17 de 28 de agosto de 2002 solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.

Reconociendo la importancia del rol de la familia y su protección es pertinente revisar si el concepto de familia que maneja el ordenamiento jurídico chileno contempla la realidad de la familia latinoamericana actual, y si esta se encuentra ajustada a la interpretación que ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En un análisis preliminar de la legislación migratoria chilena, es posible determinar que se recoge un concepto de familia vinculado a un modelo tradicional-patriarcal, considerando que al establecer que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad” lo hace a partir de una visión conservadora, en la que solo se otorga protección y reconocimiento a aquellas familias matrimoniales. En el mismo sentido, la Ley de Matrimonio Civil del año 2004 declara expresamente que “el matrimonio es la base principal de la familia”³, estableciéndose con ello el sentido en que reconoce a la familia como ente tradicional y de fundación matrimonial.

En atención a lo señalado, se analizará el concepto que elaborado en la institucionalidad chilena y si este ha permeado la legislación migratoria, y consecuentemente, determinar si la legislación ha dado reconocimiento y protección a la familia migrante.

2. Concepto y evolución del concepto de familia en la legislación chilena

La legislación chilena actualmente no cuenta con un concepto legal de familia, pero sí con ciertas instituciones que hacen posible la construcción del concepto, que ha ido cambiando rápidamente durante las últimas décadas. Dichas modificaciones han reflejado, en cierta medida, el cambio de la sociedad chilena. Dado que, ha ido evolucionando desde una concepción excesivamente tradicionalista en la que la familia matrimonial y los hijos nacidos durante el matrimonio consistían en la única estructura reconocida y protegida por el Estado. Pasando al tímido reconocimiento de familias integradas por personas del mismo sexo y el fin de la distinción entre los hijos basada en las circunstancias de la filiación.

Sin embargo, esta evolución no ha considerado, en ningún caso, el reconocimiento de otras estructuras familiares. Debido a que, la institucionalidad chilena ha entendido históricamente el reconocimiento y protección de aquellas familias que se construyen a partir de la unión de dos personas, heterosexuales u homosexuales, e ignorando con ello, de manera sistemática a aquellas estructuras familiares que se encuentran constituidas a partir de otras circunstancias. Tal como es el caso de las familias monoparentales y aquellas estructuradas a partir de las labores de cuidado.

En un contexto conservador, en donde tenemos cambios tímidos y en el que se evidencia una lenta adaptación del legislador a los cambios, no podemos dejar de

3. En su artículo primero la Ley N° 19.947 o Ley de Matrimonio Civil señala expresamente que “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia”.

lado el rol que han tenido los tribunales al momento de interpretar la normativa existente. En este punto, es relevante destacar que la jurisprudencia constitucional ha sido clara y enfática en reconocer únicamente la familia matrimonial heterosexual, al señalar que “[l]a familia es el núcleo fundamental de la sociedad”. Razonamiento que es reafirmado con lo señalado en el artículo 1º, inciso primero, de la Ley de Matrimonio Civil, que añade expresamente que “[e]l matrimonio es la base principal de la familia”⁴. Teniendo presente que la misma norma no otorga reconocimiento al matrimonio igualitario u otras figuras análogas. Es decir; la jurisprudencia mantiene al día de hoy una interpretación conservadora pese a que, el concepto de familia como tal no se encuentra definido⁵ y por tanto podría ser tratado como un concepto dinámico.

En este sentido, podemos señalar que en nuestro ordenamiento jurídico existe un tipo de familia, que goza de un estatus privilegiado al contar con el reconocimiento y protección del Estado. Mientras por el otro lado, tenemos aquellas que no, las cuales se encuentran fuera del ámbito de protección de la vida familiar. Lo que se traduce en una vulneración del derecho a la no injerencia del Estado en sus asuntos y la unidad de la familia, situación que se torna especialmente problemática cuando se trata familias migrantes.

2.1 La familia matrimonial y otras estructuras familiares

Teniendo presente que el ordenamiento jurídico chileno mantiene tradición conservadora en cuanto al reconocimiento de las familias, es preciso hacer una breve reflexión acerca de cuál es la estructura de familia protegida y revisar qué tipos de familia no están siendo reconocidas actualmente por el Estado.

Al revisar la institucionalidad, y tal como se había señalado precedentemente, los cuerpos normativos, así como las instituciones en que se desenvuelve, apuntan a la protección únicamente de aquellas familias que se constituyen a partir de la unión de dos personas. A través de la figura del matrimonio o de la unión civil, dejando fuera

4. Tribunal Constitucional de Chile, N.º 2435-13 INA, 10 de abril de 2014.

5. En este punto cabe señalar que el Código Civil para efectos de la figura del derecho de uso y habitación “La familia comprende al cónyuge y los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o el habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución. Comprende asimismo el número de sirvientes necesarios para la familia. Comprende, además, las personas que a la misma fecha vivían con el habitador o usuario y a costa de éstos; y las personas a quienes éstos deben alimentos” (art. 815).

Adicionalmente la Ley de Violencia Intrafamiliar “reconoce como grupo familiar objeto de su protección a los cónyuges, convivientes, excónyuges, ex convivientes, parientes por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive del cónyuge o conviviente, la persona adulto mayor o persona con discapacidad bajo el cuidado o dependencia de algún integrante del grupo familiar”. (BCN Concepto familia. 2018).

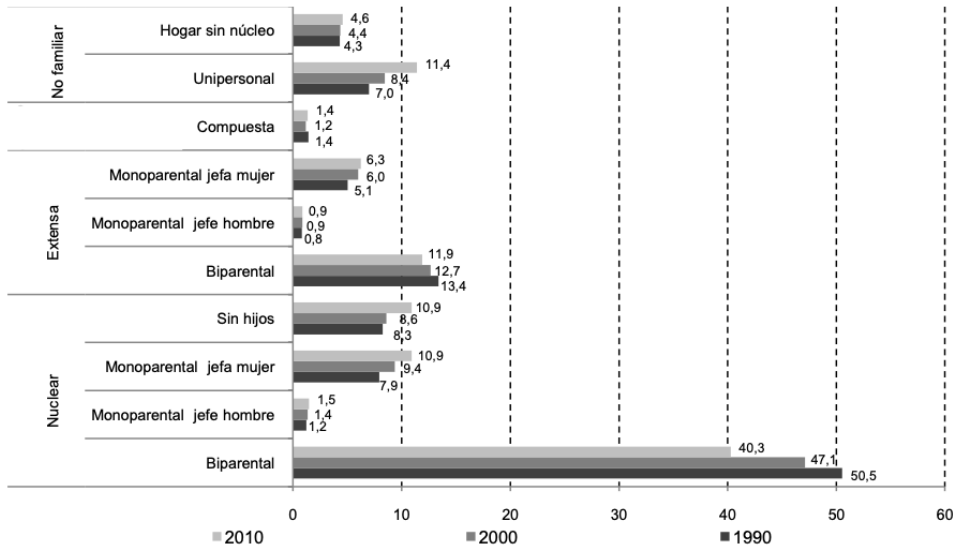
del ámbito de protección a las uniones de hecho. Por tanto, es posible argumentar que, ante el ordenamiento jurídico chileno, la prueba del vínculo familiar está supe-
ditada a la existencia de un acto formal de reconocimiento del Estado.

En este contexto tradicional y formal en cuanto al reconocimiento de las relaciones familiares, es relevante tener presente la evolución del concepto de familia y el surgimiento de nuevas estructuras familiares⁶ que ha venido ocurriendo en Chile y Latinoamérica. En las que se puede observar el crecimiento de las familias monoparentales cuya jefa de hogar es una mujer, la disminución de las familias biparentales (que son aquellas basadas en la unión de dos personas) y el aumento sostenido de los hogares sin hijos, cuestión que ha sido reconocida también por la Corte IDH, la que ha señalado respecto a la configuración de la familia en las américas que “La riqueza y diversidad de la región se han visto reflejadas en los casos sometidos a la competencia contenciosa de la Corte, y ello ha dado cuenta de las diversas configuraciones familiares que pueden ser protegidas, incluyendo familias poligámicas”⁷. Situación de la que da cuenta la siguiente gráfica:

6. Campos, M. (2018) “Familias transnacionales de brasileños a principios del siglo XXI: aportes para el análisis y la medición” CEPAL. *Revista Notas de población N° 106 enero-junio 2018. Año XLV*. pp. 65-90 “La estrategia utilizada para el concepto de familia en el presente trabajo parte de la naturaleza multidimensional de la familia, que se desdobra de la siguiente manera: Dimensión estructural: familia definida como el grupo de individuos que viven juntos, o individuos que tienen relaciones consanguíneas (parientes biológicos) o contratos socialmente legítimos (matrimonio, adopción); Dimensión relacional: familia caracterizada por la naturaleza de las relaciones entre sus componentes, como obligaciones, estrategias de soporte y transferencias de recursos, donde están incluidos los ‘pactos intergeneracionales’ de Caldwell (1976) y las expectativas sociales para el desempeño de papeles en la familia; Dimensión funcional: familia caracterizada por el papel que desempeña en la estructura social, como los procesos de socialización primarios del individuo (crianza de los hijos), la redistribución de recursos sociales y la formación de unidades de producción y consumo y el apoyo a los discapacitados”.

7. Corte IDH: Opinión consultiva OC-24 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica sobre identidad de género, e Igualdad y No Discriminación a parejas del mismo sexo.

Gráfico 3. América Latina (18 países): evolución de los hogares según tipología de familia, 1990-2010. (promedio ponderado).



Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), sobre la base de tabulaciones de las encuestas de hogares de la región.

El reconocimiento exclusivo y la protección que se otorga a las familias matrimoniales no solo es problemática en relación con las nuevas figuras familiares que han ido emergiendo en Chile y en la región, sino que además el matrimonio como estructura familiar, al menos en Chile, perpetúa estereotipos cuestionables desde una perspectiva de género y derechos humanos. Dado que, la institucionalidad sigue asociando a la figura masculina con el proveedor en términos económicos, y a la mujer como aquella que provee los cuidados de la familia y del hogar. Siendo esta una labor que al día de hoy, salvo excepciones muy puntuales⁸, es un trabajo que no tiene reconocimiento ni remuneración. Situación que ha sido objeto de observación por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, señalando al efecto que el Estado de Chile debe

[...] Agili[zar], dentro de unos plazos precisos, la aprobación de los proyectos de ley de enmienda del Código Civil y otras leyes que rigen el régimen patrimonial del

8. La Tercera. “Serval acoge solicitud de Convergencia Social para que se consideren como gastos de campaña los cuidados de menores de edad, personas dependientes y adultos mayores” en <https://www.latercera.com/politica/noticia/serval-acoge-solicitud-de-convergencia-social-para-que-se-consideren-gastos-de-campana-los-cuidados-de-menores-de-edad-personas-dependientes-y-adultos-mayores/MHVCADBT7ZDJJJBT3PUUCRW6Q/> (consultado el 1 de abril de 2021).

matrimonio y se asegure de que el nuevo régimen garantice la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres durante el matrimonio y después de su disolución; [...] Apr[ob]ar el proyecto de ley sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo y vele por que se protejan los derechos de filiación y la patria potestad; (...) Vel[ar] porque se tenga en cuenta la violencia por razón de género contra la mujer en la esfera doméstica en las decisiones sobre custodia infantil o visitas y sensibilice al poder judicial sobre la relación entre este tipo de violencia y el desarrollo de los niños; (...) Enm[endar] el proyecto de ley núm. 9850-18 para aumentar a 18 años la edad mínima para contraer matrimonio sin excepción y vel[ar] por que se establezcan garantías judiciales que protejan a las niñas menores de esa edad que hayan sido autorizadas a casarse⁹.

En atención a lo anterior, resulta claro y evidente que la legislación nacional es formalista, conservadora y patriarcal. Sin embargo, la jurisprudencia en su sede judicial y administrativa ha ido reconociendo lentamente las diferentes configuraciones familiares que existen. Un ejemplo de aquello es el reconocimiento, en casos puntuales, de las uniones de hecho como una estructura familiar¹⁰.

Teniendo en cuenta las palabras de la Corte Interamericana, que hacen referencia a la diversidad de estructuras familiares que se pueden encontrar en la región y haciendo el contraste con lo expuesto sobre la realidad de la familia chilena, no es apresurado concluir que la familia migrante, en su generalidad, se encuentra fuera de la esfera de protección del Estado. Pues los flujos migratorios que llegan a Chile están integrados principalmente por personas provenientes de Suramérica.

2.2 Concepto de familia en la regulación migratoria chilena

Al igual que la regulación civil relacionada con las familias, la legislación migratoria actual, no se encuentra ajena a la tradición conservadora respecto al reconocimiento de estas, ya que la normativa sectorial define categóricamente que solo son considerados como pertenecientes a un grupo familiar: el cónyuge (en un modelo tradicional, pues no hay reconocimiento a matrimonios de personas del mismo sexo), los hijos y los padres. Lo cual reduce la vinculación familiar, a una relación que pueden ser probada a partir de instrumentos públicos otorgados por el país de origen.

Esta situación implica indubitadamente dejar por fuera del reconocimiento de todas aquellas familias que no tienen un vínculo formal, ya sea por la imposibilidad de acceder a la documentación necesaria o porque sus integrantes, en virtud de su autonomía, decidieron no vincularse en base a los cánones tradicionales. En este caso,

9. Comité CEDAW. Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Chile. Marzo 2018, pp. 16 y 17.

10. Corte Suprema de Chile. Sentencia causa rol 76.389-2020, 30 marzo de 2021.

se tienen como principales excluidas a aquellas familias que se agrupan en relación con las labores de cuidados, las familias extensas, las poligámicas, las ensambladas y las homoparentales.

Adicionalmente, la legislación migratoria hace suyos los estereotipos de género que están presentes en la legislación chilena, tal como lo dispuso el Comité de la CEDAW, ya que la regulación migratoria no permite que aquellas personas “dependientes”, que por regla general resultan en el cónyuge, realicen actividades remuneradas. Con lo que se sigue reafirmando socialmente el rol de cuidados que asumen las mujeres en una familia tradicional.

Dicha limitación, en el reconocimiento de las estructuras familiares foráneas, ha implicado diversas problemáticas asociadas a la imposibilidad de reclamar ante tribunales de justicia la protección de la familia ante la inminente separación y limitación en la obtención de recursos económicos. Además ante la imposibilidad que tienen los dependientes de realizar actividades remuneradas en el país.

Actualmente, la legislación migratoria se encuentra en periodo de actualización, ya que existe una ley aprobada por el Congreso Nacional que se encuentra publicada, pero aún no entra en vigor. Dicha normativa incorporó a la familia como sujeto de protección. Pues se reconoce la figura de la reunificación familiar, que además permitirá la realización de actividades remuneradas a los dependientes. Aunque, dicha normativa no tiene cambios significativos respecto al modelo de familia reconocido por el Estado, en donde sigue teniendo prevalencia la familia matrimonial y los vínculos que se prueban a partir de documentación registral.

3. Definición de familia y vida familiar en el Derecho Internacional

En relación con el concepto de familia que se maneja en el sistema interamericano, la Convención Americana de DD.HH. (CADH) regula en su artículo 17 la Protección a la Familia al disponer que

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.
5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

Sobre esto, la Corte IDH ha señalado, en diversas ocasiones, que el concepto de familia es dinámico y que debe ser reconocido como tal, ya que “una interpretación restrictiva del concepto de familia que excluya de la protección interamericana el vínculo afectivo entre parejas del mismo sexo, frustraría el objeto y fin de la Convención. La Corte recuerda que el objeto y fin de la Convención Americana es ‘la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, sin distinción alguna’¹¹. Adicionalmente, la misma Corte ha sido enfática al señalar que

la definición de familia no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar sólo algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales. Además, en muchas familias la(s) persona(s) a cargo de la atención, el cuidado y el desarrollo de una niña o niño en forma legal o habitual no son los padres biológicos. Más aún, en el contexto migratorio, los ‘lazos familiares’ pueden haberse constituido entre personas que no necesariamente sean jurídicamente parientes [...]”¹².

Por lo cual, es claro que el sistema interamericano ha optado por reconocer que el concepto de familia no debe ser restringido a un modelo único. Pues este tipo de regulación limitaría el reconocimiento de la diversidad existente en la región y además podría impedir una protección efectiva a los demás derechos reconocidos en la CADH.

En la misma línea el Comité de Derechos Humanos ha señalado que “el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto”¹³.

Considerando entonces, que las familias son sujetos reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que se trata de un grupo humano que requiere especial protección. Estas se encuentran limitadas, de acuerdo con la Observación General N.º 19 del Comité de Derechos Humanos, a la protección ante la injerencia del Estado en los asuntos familiares, la que en temas de derecho migratorio se puede traducir en la unidad de la familia.

Teniendo presente que el sistema interamericano reconoce en la Convención

11. Corte IDH: opinión consultiva OC-24 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica sobre identidad de género, e Igualdad y No Discriminación a parejas del mismo sexo.

12. Corte IDH: opinión consultiva OC-21 de 19 de agosto de 2014 solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay sobre Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de Protección Internacional.

13. Comité de Derechos Humanos (1990). Observación General No. 19. “La familia”.

Americana y en la jurisprudencia de la Corte, la importancia del reconocimiento de la familia y su protección es importante revisar nuevamente cuál ha sido el rol de los tribunales al momento de analizar la legislación a la luz de las decisiones de la Corte Interamericana en relación con la Convención.

En ese punto, hay que recurrir al concepto de control de convencionalidad y qué tanto ha permeado la jurisprudencia chilena, al respecto la profesora Henríquez ha señalado que

El análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana permite concluir que el control de convencionalidad es un control de compatibilidad entre normas aplicables en un caso concreto, que supone para el destinatario ya el deber de realizar una interpretación conforme con el parámetro de control, ya el deber de inaplicar o invalidar la norma interna, en el sentido de que permite resolver antinomias. No se trataría de la simple aplicación de la normativa interamericana en los casos concretos que deben resolver los órganos estatales. De la jurisprudencia analizada no es posible identificar la naturaleza que la Corte Suprema chilena le asigna al control de convencionalidad[...] ¹⁴.

Lo que se puede extraer es que dicho análisis es aún incipiente en los tribunales chilenos, razón por la cual, en los temas relativos al reconocimiento de las familias, la jurisprudencia, tal como lo habíamos referido anteriormente, ha reconocido en casos muy puntuales la interpretación que ha hecho la Corte Interamericana al respecto.

4. Vulneraciones al derecho a gozar de una vida libre de intromisiones. El caso de la vida familiar de migrantes y refugiados

Con relación a lo anterior, el reconocimiento de las familias viene relacionado con la esfera de protección que otorga el Estado la cual tiene relación con la prohibición de interferir en la vida familiar. En este punto, la Corte IDH ha dispuesto que “[...] que las posibles vulneraciones a este bien jurídico tutelado, deben analizarse no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada y familiar, según el artículo 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 del mismo cuerpo legal[...]” ¹⁵. Asimismo, el Comité de Derechos Humanos ha señalado enfáticamente que “[e]n el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se reconoce que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la

14. Henríquez, M. “La naturaleza del control interno de convencionalidad y su disímil recepción en la jurisprudencia de las cortes chilenas”. *Revista Derecho del Estado Rev. Derecho Estado* N° 43, (2019).

15. Corte IDH: Opinión consultiva OC-24 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica sobre identidad de género, e Igualdad y No Discriminación a parejas del mismo sexo.

protección de la sociedad y del Estado. La protección de la familia y de sus miembros se garantiza también, directa o indirectamente, en otras disposiciones del Pacto. De este modo, el artículo 17 estipula que la familia no será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales¹⁶. Dicha protección, se traduce en la autonomía que tiene la familia como grupo especialmente protegido para planificar la familia, vivir juntos, asegurando la unidad de la misma, al tener intimidad en el hogar común y la autonomía del grupo en la toma de decisiones.

En el caso de las familias migrantes, el derecho de no injerencia arbitraria o ilegal en la vida familiar es relevante el análisis que deben hacer los Estados respecto a las medidas que se toman. Pues en muchos casos las decisiones migratorias, que no son acompañadas de ladebida prueba de proporcionalidad, resultan vulneradoras. En este sentido la CIDH ha señalado que

“[e]n los casos en que la toma de decisiones implica la potencial separación de una familia, la resultante interferencia en la vida familiar puede justificarse solamente cuando es necesaria para satisfacer una necesidad apremiante de proteger el orden público y cuando los medios son proporcionales al fin. La aplicación de estos criterios por parte de varios órganos de supervisión de los derechos humanos indica que se debe buscar este equilibrio caso por caso y que las razones que justifiquen la interferencia en la vida familiar deben realmente ser muy serias¹⁷”.

Adicionalmente, la doctrina ha señalado que

“[d]e esta manera, para la Corte IDH, aquellas restricciones o diferenciaciones que pueden justificarse en función de la política migratoria del Estado son “solo” las definidas en leyes, decretos, resoluciones, directrices, actos administrativos que se refieran, exclusivamente, a la entrada, salida o permanencia de población nacional o extranjera en su territorio. Sin embargo, los órganos del sistema interamericano también consideran que hay otras restricciones posibles con relación a los derechos de los migrantes, que pueden justificarse en otros argumentos, distintos a la política migratoria del estado. Para ser más precisos, una cuestión es fijar los requisitos para ingresar o residir en un país, y otra bien distinta es incidir en las condiciones de vida (derechos sociales, políticos, etc.) de una persona migrante en el país de destino. En ambos casos, la regulación debe estar acorde con las normas de derechos humanos, pero en el segundo, muchas restricciones podrían implicar un exceso en las facultades de un Estado en materia migratoria¹⁸”.

16. Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 19. “La Familia” (2019).

17. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1999) Informe anual.

18. Ceriani, P., Fava, R., Morales, D. “Políticas migratorias, El derecho a la igualdad y El principio de no discriminación. Una aproximación desde la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos” en Políticas migratorias y derechos humanos, UNLa (2019).

Por lo cual, es claro que la legislación chilena actual, pese a su modernización, no tuvo en consideración los parámetros que ha sentado el sistema interamericano a través de la jurisprudencia de la Corte IDH relativos a la protección de la vida familiar y del reconocimiento de las familias, lo que deja fuera de la esfera de protección y al arbitrio de la injerencia del Estado a muchos tipos de familias. Dejando en manos de los tribunales de justicia, que han ido incorporando lentamente los parámetros de la Corte IDH, la protección de estas familias ante posibles vulneraciones.

Finalmente, es un imperativo cuestionar la legitimidad, a la luz de los parámetros del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de aquellas regulaciones que propenden a invisibilizar y excluir de la esfera de protección del Estado a aquellas familias no tradicionales, y en especial aquellas que se encuentran integradas por personas que requieren especial protección.

5. Conclusiones

Al realizar el análisis de la legislación actual relacionada con las familias y la legislación migratoria, es posible determinar con certeza que existe una visión conservadora y tradicionalista en la materia. Razón por la cual, no sorprende que las familias no se ajusten al modelo y que se encuentren fuera de la esfera de protección, dejando con ello sin reconocimiento a las familias de hecho, familias homoparentales, familias ensambladas y familias extensas, perpetuando así no solo los patrones de discriminación y segregación. Junto con lo anterior, la visión conservadora ha perpetuado la estereotipación de los roles que deben cumplir cada uno de sus integrantes al interior las familias, contraviniendo el derecho al disfrute de una vida familiar libre de intrusiones. Claro ejemplo de esto se encuentra en la regulación vigente respecto a los permisos de residencia, los cuales no permiten que los dependientes del solicitante (mujeres, hijos y padres) realicen actividades remuneradas, con lo cual el acceso a recursos económicos de la familia se ve claramente limitado.

Adicionalmente, en el análisis realizado se evidencian las carencias del legislador en orden a incorporar al concepto de familia un sentido y alcance que satisfaga los criterios mediante los cuales se ha otorgado protección en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a las familias. Alejándose así, de la interpretación que ha sostenido la Corte IDH e ignorando del mismo modo la conformación moderna de la familia latinoamericana, la cual cuenta actualmente con hogares sostenidos exclusivamente por mujeres, y que considera la nueva tendencia de la familia transnacional. Olvidando que “el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”¹⁹.

19. Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012.

Es por esto que, el cambio conceptual y la definición legal de familia, no solo debe ajustarse a los estándares internacionales, sino que debe hacerse cargo con criterio de realidad, considerando que el aumento de los flujos migratorios dentro de América Latina se han visto impactados por las crisis humanitarias y sanitarias.

Bibliografía

- CORTE IDH: opinión consultiva OC-17 de 28 de agosto de 2002 solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.
- CASO *ATALA RIFFO Y NIÑAS Vs. CHILE*, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH), 24 febrero 2012. <https://www.refworld.org/es/docid/57f76e8314.html>. [Accesado el 12 Julio 2020].
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso X, Y And Z Vs. Reino Unido*, No. 21830/93, 22 de abril de 1997.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Şerife Yiğit Vs. Turquía*, No. 3976/05, 2 de noviembre de 2010.
- CORTE IDH: opinión consultiva OC-24 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica sobre identidad de género, e Igualdad y No Discriminación a parejas del mismo sexo.
- LA TERCERA. *Servel acoge solicitud de Convergencia Social para que se consideren como gastos de campaña los cuidados de menores de edad, personas dependientes y adultos mayores*. <https://www.latercera.com/politica/noticia/servel-acoge-solicitud-de-convergencia-social-para-que-se-consideren-gastos-de-campana-los-cuidados-de-menores-de-edad-personas-dependientes-y-adultos-mayores/MHVCADBT7ZDJJBTA3PUUCRW6Q/>. (consultado el 1 de abril de 2021).
- COMITÉ CEDAW. *Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Chile*. Marzo 2018.
- CORTE SUPREMA DE CHILE. *Sentencia causa rol 76.389-2020*, 30 marzo de 2021.
- CORTE IDH: *Opinión consultiva OC-21 de 19 de agosto de 2014 solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay sobre Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de Protección Internacional*.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (1990). *Observación General No. 19. "La familia"*.
- HENRÍQUEZ, M. (2019) "La naturaleza del control interno de convencionalidad y su disímil recepción en la jurisprudencia de las cortes chilenas". *Revista Derecho del Estado Rev. Derecho Estado N.º 43*.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (1999). *Informe anual*.

- CERIANI, P.; Fava, R.; Morales, D. (2009). “Políticas migratorias, El derecho a la igualdad y El principio de no discriminación. Una aproximación desde la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos” en *Políticas migratorias y derechos humanos, UNLa*.
- SERVICIO JESUITA MIGRANTE. Población Migrante en Chile en <<https://www.migracionenchile.cl/poblacion/>> (consultado el 3 de abril de 2021).
- PINOCHET, R. Y Ravetllat, I. (2015). “El principio de mínima intervención del Estado en los asuntos familiares en los sistemas normativos chileno y español” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLIV*. pp. 69-96.
- MUÑOZ, B. (2018). *Evolución del Concepto de familia en la legislación y la jurisprudencia*. Santiago. Editorial Hammurabi.

Niñez y adolescencia migrante y refugiada no acompañada venezolana: necesidades de una política pública integral¹

María Lucía Hernández Dueñas²

Nicolás Mantilla Navarro³

(Colombia)

RESUMEN Dentro del flujo migratorio mixto de personas provenientes de Venezuela que migran hacia Colombia es fundamental visibilizar la existencia de niños, niñas y adolescentes no acompañados, y a la vez indagar si las políticas públicas existentes contemplan acciones diferenciales que atiendan a sus necesidades e interés superior. Durante el texto será analizado cuál ha sido el desarrollo institucional que el Estado colombiano ha realizado, así como cuáles han sido los instrumentos de derecho internacional sobre la materia que ha aplicado para garantizar la protección de los menores no acompañados. Con base en lo anterior se pretende brindar posibles insumos que permitan fortalecer la respuesta que hasta el momento se ha dado.

PALABRAS CLAVES: niños, niñas y adolescentes no acompañados, flujos migratorios mixtos, protección internacional.

1. Queremos dar un especial agradecimiento a la Clínica Jurídica para Migrantes de la Universidad de los Andes, especialmente a la profesora Gracy Pelacani, por su apoyo en la elaboración de los derechos de petición.

2. Abogada de la Universidad de los Andes, magíster en asuntos públicos e internacionales de *la Libera università internazionale degli studi sociali Guido Carli* (Luiss Guido Carli) en Roma-Italia. (malu7631@gmail.com).

3. Abogado de la Universidad de los Andes, magíster en estudios políticos e internacionales de la Universidad del Rosario. (n.mantilla108@uniandes.edu.co).

Introducción

Cuando se piensa en los flujos migratorios en Latinoamérica es inevitable poner la lupa sobre el territorio colombiano. Pasó de ser un país de emigrantes a ser uno de los mayores receptores de inmigrantes en la región. Con la agudización de la situación económica, política y social en Venezuela, desde el 2015 Colombia empezó a experimentar un flujo migratorio mixto de personas provenientes del país vecino. Esta migración incluye desde colombianos que han retornado, hasta personas venezolanas que han salido “por causas económicas o ambientales, migrantes en situación regular o irregular, solicitantes de asilo o refugiados, víctimas de trata, niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados de sus familias”⁴.

Al ser un flujo migratorio mixto⁵, hay presencia de niños, niñas y adolescentes no acompañados, quienes de acuerdo con la definición aportada por los Derechos del Niño en la Observación General No. 6, son menores de 18 años que no están bajo el cuidado de un adulto el cual por ley o costumbre le compete esa responsabilidad. Es decir, son menores de edad que viajan solos, se separan de sus familias en la ruta migratoria o están con adultos que no tienen la responsabilidad de su cuidado, y por eso, se ven expuestos a diferentes tipos de riesgos y violencias.

En el caso de niños, niñas y adolescentes no acompañados provenientes de Venezuela, la Defensoría del Pueblo de Colombia ha llamado la atención sobre su especial situación de vulnerabilidad. Pues “transitan hacia otros países sin el suficiente control de las autoridades responsables que aseguren su protección, exponiéndose a ser víctimas de explotación sexual comercial, trata de personas y reclutamiento”⁶. A lo anterior, se tiene que sumar que no hay servicios consulares de Venezuela en Colombia, dificultando la existencia de mecanismos de articulación entre los países que benefician a los menores de edad.

4. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva 21 de 2014. Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*, <https://www.acnur.org/5b6ca2644.pdf>.

5. La Organización Internacional para las Migraciones (OIM) definió los flujos migratorios mixtos como aquellos movimientos de población complejos, que incluyen a refugiados, solicitantes de asilo, migrantes económicos y otros migrantes”. Para mayor información consultar: https://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/policy_and_research/policy_documents/MC-INF-297-Flujos-Migratorios-Mixtos_ES.pdf.

6. Defensoría del Pueblo, *Boletín Niñez y Adolescencia Migrante y Refugiada No. 3*, acceso el 12 de junio, 2020, <https://www.defensoria.gov.co/es/nube/noticias/8877/Bolet%C3%ADn-Niñez-y-Adolescencia-Migrante-y-Refugiada-Nº-3-niños-Defensor%C3%ADa-derechos-humanos-migrantes.htm>.

Colombia implementó una ruta⁷ para niños, niñas y adolescentes no acompañados bajo la premisa de que se les está vulnerado su derecho a estar con su familia y no ser separados de ella, y que, por ello deben ingresar a un Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos –PARD–. Resulta pertinente analizar si el mencionado proceso, con lo que implica, responde a las necesidades de los niños, niñas y adolescentes no acompañados⁸, y si en el marco de la experiencia de otros países, la respuesta que se brinda actualmente se puede fortalecer.

En aras de desarrollar las ideas planteadas, el presente documento se dividirá en cuatro apartados. En el primero, se hará referencia a normas e instrumentos de derecho internacional sobre la materia; en el segundo, a la respuesta que brinda el Estado colombiano; en el tercero, se plantean cuáles son los principales obstáculos observados para brindar una protección integral a la niñez migrante no acompañada en Colombia. Por último, en el cuarto apartado, se brindarán una serie de conclusiones y recomendaciones.

1. Los niños, niñas y adolescentes no acompañados en normas e instrumentos de derecho internacional

Al referirse a instrumentos de derecho internacional que pueden brindar pautas interpretativas sobre la respuesta a la niñez no acompañada, es necesario referirse a la Convención sobre los Derechos del Niño⁹, la Observación General No. 6 del Comité sobre los Derechos del Niño¹⁰ y a la Opinión Consultiva 14 de 2019¹¹ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Si bien la intención no es realizar un estudio detallado de estos instrumentos, se hará referencia a aquellos aspectos que los

7. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, lineamiento técnico administrativo de ruta de actuaciones desarrolladas por las autoridades administrativas para garantizar los derechos de niños, niñas y adolescentes, acceso el 12 de junio, 2020, chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.icbf.gov.co/system/files/2020043014lineamiento_ruta.pdf.

8. En este documento se hará referencia de forma exclusiva a la migración de personas provenientes de Venezuela, sin el ánimo de desconocer otros flujos migratorios que no son de menor relevancia y que sin duda constituyen retos en materia de niñez y adolescencia.

9. Asamblea General de Naciones Unidas, Convención de los derechos de los Derechos del Niño, acceso el 18 de diciembre, 2020, chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/comunicacion/ConvencionsobrelosDerechosdelNino_0.pdf

10. Comité de los derechos del niño, Observación general N°6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, acceso el 18 de diciembre, 2020. https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3886.pdf.

11. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 21 de 2014. Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional. Acceso el 23 de diciembre de 2020. https://www.acnur.org/5b6ca2644.pdf.

Estados deberían tener en cuenta al momento de formular políticas públicas para la niñez y adolescencia no acompañada.

La Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989 (ratificada por Venezuela en 1990¹² y Colombia en 1991¹³) establece uno de los principios más importantes que deben regir todas las actuaciones: el principio de no discriminación. Bajo este principio, contenido en el artículo 2, los Estados deben respetar los derechos a todos los niños, niñas y adolescentes sujetos a su jurisdicción sin importar su origen nacional, etnia, raza o religión, y a la vez, protegerles contra cualquier discriminación en razón a las condiciones particulares de su familia.

La Convención establece otros principios que deben ser aplicados e interpretados de forma transversal, como lo son los principios del interés superior¹⁴, supervivencia y desarrollo¹⁵ y que sus opiniones sean tenidas en cuenta y valoradas de cara a su edad y madurez¹⁶. Con base en ellos se indica que los niños que temporal o permanentemente estén privados de su medio familiar, “tendrán derecho a la protección y asistencia del Estado debiendo garantizar, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado prestando especial atención a que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”¹⁷.

Si bien la Convención¹⁸ brinda directrices que deben ser tenidas en cuenta para todos los niños, niñas y adolescentes, incluyendo los que no están acompañados, no establece ninguna particularidad para este último grupo poblacional. Es así como la

12. La ratificación se llevó a cabo por medio de la Ley de la República Gaceta Oficial N° 34.541.

13. La ratificación se llevó a cabo por medio de la Ley 12 de 1991.

14. Este principio consagrado en el artículo 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño es uno de los más relevantes al hablar de niñez y adolescencia, y conforme a lo que ha dispuesto el Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General No. 14 es un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento.

15. Este principio se encuentra establecido en el artículo 6.2. de la Convención sobre los Derechos del Niño y obliga a los Estados partes a garantizar en la máxima medida de los posible su cumplimiento.

16. Este principio se encuentra establecido en el artículo 12.1 Derechos del niño y obliga a los Estados Partes a garantizarle a los menores a estar en condiciones que les permitan formarse un juicio propio, así como a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que los afecten.

17. Asamblea General de Naciones Unidas, Convención de los derechos de los Derechos del Niño, acceso el 18 de diciembre, 2020, [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/comunicacion/ConvencionsobrelosDerechosdelNino_0.pdf](https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/comunicacion/ConvencionsobrelosDerechosdelNino_0.pdf).

18. Se debe considerar que los Estados están en la obligación de adoptar medidas que faciliten el goce de los derechos humanos a través de “medidas legislativas, de política pública, de asignación de recursos, etc.”.

Observación General No. 6 del Comité de los Derechos del Niño¹⁹ (la “observación”) resulta de gran relevancia, pues en ella se hace referencia de forma exclusiva al trato que se le debe dar a los niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados.

En esta observación se recogen los principios establecidos en la Convención, dejando claro que todas las acciones frente a la niñez y adolescencia no acompañada deben darse en el marco de la no discriminación, interés superior, vida y desarrollo y garantizando que su opinión sea tenida en cuenta²⁰. Bajo estos principios, tan pronto se determine que hay un menor de edad no acompañado, se “nombrará un tutor o asesor que desempeñarán sus funciones hasta que llegue a la mayoría de edad o abandone permanentemente el territorio o la jurisdicción del Estado de conformidad con la Convención u otras obligaciones internacionales”²¹.

En la Observación se recuerda que, por regla general, no se privará de la libertad a quienes no estén acompañados, así como que “deben ser sujetos de una supervisión y evaluación periódica por parte de personal calificado para velar por su salud física y psicológica”²², y la importancia de que se les “informe sobre las disposiciones para su atención”²³ valorando sus opiniones. Sumado a lo anterior, los Estados deben garantizar el pleno acceso a la educación, el derecho a un nivel de vida adecuado, el disfrute de salud, así como prevenir casos de trata de personas, violencias o reclutamiento forzado.

19. La observación surgió luego de que el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas reconociera una serie de lagunas relacionadas a la protección de los menores no acompañados que tenían que ver con la exposición a la explotación y abusos sexuales, al reclutamiento en fuerzas armadas, al trabajo infantil y a la privación de la libertad. Asimismo, el Comité advirtió también que dichos menores solían sufrir con mayor frecuencia discriminación, falta de acceso a la alimentación, cobijo, vivienda, servicios sanitarios y educación. Consultar Comité de los derechos del niño, “Observación general N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”.

20. En la aplicación transversal de estos principios, no se debe perder de vista que conforme a lo que establece la Observación: “En algunos casos, estos menores no pueden obtener documentos de identidad apropiados, no tienen acceso a registros, su edad no puede determinarse, ni pueden tampoco solicitar documentos, instar la localización de la familia, ni acceder a sistemas de tutela o asesoramiento jurídico. En muchos países, se rehúsa sistemáticamente la entrada a los menores no acompañados o separados de su familia o son detenidos por funcionarios de los servicios de fronteras o de inmigración”.

21. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, “Convención sobre los derechos del niño”, acceso el 18 de diciembre, 2020. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>.

22. Comité de los derechos del niño, “Observación general N°6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”, acceso el 18 de diciembre, 2020, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3886.pdf>.

23. *Ibíd.*

Por otra parte, tal y como se resalta en la Observación, los niños, niñas y adolescentes pueden ser sujetos de protección internacional, en especial, a través de mecanismos como el refugio con base en la Convención de Ginebra de 1951²⁴ y la Declaración de Cartagena de 1984²⁵. Para ello, sus solicitudes “gozarán de prioridad y se procurará por todos los medios que recaiga sobre la misma una decisión justa y sin dilación”²⁶. No menos importante es la obligación de asegurar que los funcionarios de refugio, en particular quienes deciden sobre casos de “no acompañados o separados de su familia, de recibir (...) una formación que tenga en cuenta las necesidades específicas de los menores, así como sus particularidades culturales y de género”²⁷.

Ahora bien, frente a niños, niñas y adolescentes no acompañados, de acuerdo con la Observación, se deben buscar soluciones estables y duraderas, que deben estar en correspondencia con su interés superior. Si bien, la búsqueda de una solución duradera “comienza con un análisis de las posibilidades de reunificación familiar”²⁸, existen otras alternativas dependiendo del caso concreto. Así, si la reunificación familiar no es posible o no se ajusta al interés superior, se puede evaluar un retorno al país de origen, la integración en el país de acogida, el reasentamiento en un tercer país e inclusive la adopción internacional.

2. Los niños, niñas y adolescentes no acompañados en normas de derecho nacional colombiano

Durante los últimos cinco años el fenómeno de la inmigración en Colombia por parte de la población venezolana ha venido aumentando significativamente. Con base en el último informe estadístico realizado por parte del Departamento Administrativo de Estadística (DANE)²⁹, a julio de 2021 se encuentran aproximadamente 2,26 millones de venezolanos en el país. Del total mencionado, se calculó que el 56.3% estaba compuesto por personas cuyos rangos de edad van de lo 0 a los 24 años. Los niños,

24. Asamblea General de Naciones Unidas, “Convención sobre el Estatuto de los Refugiados del 28 de julio de 1951”, acceso el 18 de diciembre, 2020, <https://www.refworld.org/es/docid/47160e532.html>

25. Declaración de Cartagena, 22 de noviembre de 1984, acceso el 18 de diciembre, 2020, <https://www.acnur.org/5b076ef14.pdf>.

26. *Ibíd.*

27. *Ibíd.*

28. *Ibíd.*

29. Departamento Administrativo de Estadística (DANE), “Nota estadística: población venezolana migrante en Colombia, un panorama con enfoque de género”, acceso el 11 de agosto, 2021, <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/notas-estadisticas/jul-2021-nota-estadistica-poblacion-migrante-venezolana-panorama-con-enfoque-de-genero.pdf>.

niñas y adolescentes representan un porcentaje significativo. Muchos de ellos han abandonado su país natal,

En búsqueda de mejores oportunidades, para mejorar su situación personal y familiar o para explorar el mundo; otras razones o causas que ocasionan la migración no voluntaria es la que surge por ser víctimas de delitos como el reclutamiento, la trata de personas, la explotación sexual, comercial infantil, la explotación laboral, el maltrato, el abuso, o huyendo de redes o grupos al margen de la ley; también como consecuencia de fenómenos como el desplazamiento generado por el conflicto, los desastres naturales, el cambio climático o por reunificación familiar, entre otros³⁰.

Si bien no existe dentro del ordenamiento jurídico colombiano un desarrollo normativo diseñado exclusivamente para atender a la niñez migrante no acompañada, sí se cuenta con una serie de medidas encargadas de su protección.

En primer lugar, la Ley 1098 de 2006³¹ modificada por la Ley 1878 de 2018 contiene la figura del Procedimiento Administrativo de Restablecimiento de Derechos (PARD). Un mecanismo de protección cuyo objetivo es restaurar y garantizar los derechos de los menores de edad que se encuentran en condiciones de amenaza o vulnerabilidad.

Son varios los motivos por los cuales los niños, niñas y adolescentes pueden ingresar a un PARD, una de ellas y recientemente creada es el no estar acompañados³². Al ingresar al sistema estatal de protección, los funcionarios deberán realizar una verificación de derechos que abarca una serie de valoraciones psicológicas, físicas, emocionales y de salud que les permiten definir cuál es el paso por seguir. Este implica adoptar varias medidas³³ como lo son: la ubicación en un medio familiar o la ubicación en hogares sustitutos o de paso.

30. Defensoría del Pueblo, Boletín Niñez y Adolescencia Migrante y Refugiada No. 3, acceso el 12 de junio, 2020, <https://www.defensoria.gov.co/es/nube/noticias/8877/Bolet%C3%ADn-Ni%C3%91ez-y-Adolescencia-Migrante-y-Refugiada-N%C3%B0-3-ni%C3%B1os-Defensor%C3%ADa-derechos-humanos-migrantes.htm>.

31. Congreso de Colombia, Ley 1098 del 8 de noviembre de 2006, Diario Oficial No. 46.446, acceso el 11 de enero, 2021. https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1098_2006.htm#52.

32. Con base en el Derecho de Petición interpuesto por parte de la Clínica Jurídica para Migrantes de la Universidad de los Andes, la categoría de no acompañados fue creada dentro del PARD hasta el año 2019.

33. Para conocer más en detalle en qué consisten las medidas dentro del PARD, consultar el capítulo II de la “Ley 1098 del 8 de noviembre de 2006: Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, acceso el 10 de enero, 2021. https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1098_2006.htm#52.

En segundo lugar, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)³⁴ y el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) suscribieron el Convenio No.1015382019 en el año de 2019. Este Convenio tiene como objetivo apoyar a las Autoridades Administrativas, es decir; a los servidores públicos a cargo de los PARD de la niñez y la adolescencia no acompañada, en los procesos de búsqueda de familia, restablecimiento, mantenimiento y reunificación familiar, especialmente cuando su familia se encuentre en Venezuela. Sin embargo, a la fecha, según lo reporta el ICBF, la entidad protectora de la niñez y adolescencia en Colombia, no se han realizado procesos de reunificación familiar.

En tercer lugar, el Gobierno Nacional, en conjunto con algunos socios del Grupo Interagencial de Flujos Migratorios Mixtos³⁵ establecieron la Ruta para el restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes no acompañados migrantes. Esta ruta, busca guiar a los servidores públicos, profesionales de agencias de cooperación internacional y de la sociedad civil, sobre las acciones que se deben llevar a cabo para el restablecimiento de derechos cuando se identifique una niña, niño o adolescente no acompañado. Según esta ruta, lo primero que debe pasar cuando se identifica uno de estos casos, es poner en conocimiento a una Autoridad Administrativa competente.

En cuarto lugar, se encuentra el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos (ETPV) adoptado por el Decreto 216 de 2021³⁶, la medida migratoria más reciente del Estado colombiano que busca brindar protección temporal a las personas migrantes venezolanas que cumplan con determinados requisitos. El ETPV, implica un componente de registro virtual, así como la toma de datos biométricos, y la obtención final del Permiso por Protección Temporal con el cual se pretende permitir la regulación masiva y por un término inicial de 10 años a los migrantes venezolanos, que cumplan los requisitos.

34. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) es la entidad colombiana encargada de la prevención y protección integral de la primera infancia, infancia y adolescencia dentro del territorio.

35. En el establecimiento de la ruta estuvieron involucrados: Aldeas Infantiles SOS, *World Vision* por los niños, Unicef, Acnur, *Save the Children*, la CICR y OIM.

El Grupo Interagencial sobre flujos migratorios mixtos, también conocido como el GIFMM está coliderado por la Organización internacional para las Migraciones (OIM), por el Alto Comisionado para los Refugiados (ACNUR) y compuesto por 68 miembros. Dicho grupo está encargado de coordinar la respuesta a las necesidades de refugiados, migrantes, retornados colombianos y población de acogida, de forma complementaria con el Gobierno de Colombia.

36. Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, “Decreto 216: por medio del cual se adopta el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos Bajo el Régimen de Protección Temporal y se dictan otras disposiciones”, acceso el 2 de marzo, 2021. <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20216%20DEL%201%20DE%20MARZO%20DE%202021.pdf>.

Ahora bien, por medio de la Resolución 971 de 2021, Migración Colombia³⁷ implementó el ETPV. En esta Resolución, se indicó que los niños, niñas y adolescentes serían cobijados bajo el ETPV, siempre y cuando se dieran las siguientes opciones: que estuvieran bajo el cuidado de sus padres, de un adulto responsable de su cuidado, o que se encuentren bajo un PARD o dentro del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. Como aspecto llamativo, en el artículo de esta Resolución, se explicó que quienes no estén acompañados, pueden completar el componente virtual del ETPV, y posteriormente, la autoridad migratoria deberá actuar conforme a su interés superior.

En adición a lo anterior, durante el mes de agosto del 2021 se expidió la Ley No.2136³⁸, por medio de la cual se establecieron los principios y lineamientos para la reglamentación y orientación de la política integral migratoria. En ella, el enfoque estuvo centrado especialmente en el amparo de los niños, niñas y adolescentes colombianos en el extranjero. Sin embargo, se dejaron planteados los principios rectores bajo los cuales deben basarse las autoridades colombianas a la hora de atender a los niños, niñas y adolescentes no acompañados en Colombia. De esta forma, destacaron la importancia de velar por la unidad familiar, así como por el principio del interés superior y la protección integral de los menores de edad.

3. Barreras para la protección de los niños, niñas y adolescentes no acompañados en Colombia

En el acápite anterior se hizo un breve resumen que exponía cuáles han sido las medidas que hasta el momento el Gobierno colombiano ha realizado para brindar una atención adecuada a la niñez no acompañada. Han sido grandes los avances que el Gobierno ha dado a la hora de responder al flujo migratorio tan complejo y que ha implicado impactos en cada uno de los sectores del Estado colombiano. Es importante notar los retos que persisten en la búsqueda de soluciones estables y duraderas para la niñez y adolescencia no acompañada, en consonancia con el principio de no discriminación, interés superior y prevalencia de derechos.

37. En el año 2011 fue creada la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, entidad adscrita al Ministerio de Relaciones Exteriores y encargada de ejercer las funciones de autoridad de vigilancia, control migratorio y de extranjería del Estado colombiano.

38. Congreso de la República, “Ley N°2136: por medio de la cual se establecen las definiciones, los principios y lineamientos para la reglamentación y orientación de la política integral migratoria del Estado colombiano-PIM, y se dictan otras disposiciones”, acceso el 5 de agosto, 2021.<https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%202136%20DEL%204%20DE%20AGOSTO%20DE%202021.pdf>.

3.1 Falta de claridad frente al número real de niños, niñas y adolescentes no acompañados

Uno de los mayores desafíos encontrados por parte del Estado colombiano a la hora de atender el flujo migratorio proveniente de Venezuela ha sido la falta de cifras precisas que determinen el número total de migrantes y refugiados, en especial, de aquellos que se encuentran en situación migratoria irregular. La creación del Registro Único de Migrantes Venezolanos (RUMV), el cual es un componente primordial del ETPV, surge como consecuencia de dicha necesidad.

En efecto, en los considerandos del Decreto 216 del 2021, se establece la importancia del tema en cuanto a,

La falta de información completa y en tiempo real de la población migrante venezolana que se encuentra en condición migratoria irregular en el territorio colombiano, genera un impacto económico negativo para los recursos del Estado, situación imposible de prever por la falta de mecanismos de planeación y diseño de estrategias para facilitar el acceso a la oferta institucional, para la garantía de sus derechos fundamentales de manera programada y ordenada³⁹. (Negrillas añadidas por los autores).

Esta situación se percibe con mayor claridad cuando hablamos de los niños, niñas y adolescentes no acompañados, pues la mayoría de ellos carece de documentación requerida e ingresa por puntos no controlados. Esto aunado a que pueden tener temor de ser encontrados por alguna autoridad, creyendo que pueden ser sujetos de algún tipo de sanción. Esta situación además se vio agudizada por la pandemia de COVID-19⁴⁰, ya que la frontera colombo-venezolana estuvo cerrada hasta junio del 2021, lo que pudo haber imposibilitado el tránsito regular.

Diferentes organizaciones tanto nacionales como internacionales han venido manifestando su preocupación al respecto. Por ejemplo, la Defensoría del Pueblo⁴¹

39. Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, “Decreto 216: por medio del cual se adopta el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos Bajo el Régimen de Protección Temporal y se dictan otras disposiciones”, acceso el 2 de marzo, 2021. <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20216%20DEL%201%20DE%20MARZO%20DE%202021.pdf>.

40. Universidad Católica Andrés Bello, “Pequeños en movimiento: Situación de los niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados procedentes de Venezuela”, acceso el 14 de junio, 2021. <http://metricadigital.com/pequenos-en-movimiento-situacion-de-los-ninos-ninas-y-adolescentes-no-acompanados-o-separados-procedentes-de-venezuela#:~:text=La%20mayor%C3%ADa%20de%20los%20NNA,la%20edad%20y%20el%20sexo.>

41. Defensoría del Pueblo, “Boletín Niñez y Adolescencia Migrante y Refugiada No. 3”, acceso el 12 de junio 2020, <https://www.defensoria.gov.co/-/bolet%C3%ADn-ni%C3%B1ez-y-adolescencia-migrante-y-refugiada-n%C2%B0-3.>

reconoció la deficiencia en la información que hay acerca de este grupo poblacional e hizo hincapié en que contar con datos precisos, podría permitir conocer con precisión las condiciones de vulnerabilidad a las que se ven expuestos, los motivos por los cuáles han decidido abandonar su país de origen, ligado con necesidades de protección internacional.

Si bien Migración Colombia actualiza constantemente las cifras de niñas, niños y adolescentes migrantes en situación regular e irregular, no se cuentan con datos abiertos que den cuenta del número de quienes no están acompañados. Bajo esta carencia, la Clínica Jurídica para Migrantes de la Universidad de los Andes interpuso un derecho de petición a Migración Colombia y al ICBF, para conocer sobre cifras precisas y algunas variables de importancia cuando de niñez y adolescencia no acompañada se trata.

En cuanto a las cifra el ICBF indicó que, para marzo de 2021, había un total de 819 menores de 18 años no acompañados con un PARD activo. De la respuesta brindada se resaltan dos aspectos adicionales. Primero, solo se cuenta con el número de niñas, niños y adolescentes no acompañados que efectivamente han ingresado a un PARD. Esto quiere decir que, si por algún motivo un menor de 18 años que viaja solo no ingresó al mencionado procedimiento, no se contabiliza en las cifras administradas por el ICBF. Segundo, el motivo de ingreso a un PARD con la categoría de no acompañados fue creado en el 2019, y anterior a este año, se usaban variables como abandono, falta absoluta o temporal de responsables.

Como se mencionó, la clínica Jurídica de Migrantes de la Universidad de los Andes también interpuso un derecho de petición a Migración Colombia indagando sobre el número de niñas, niños y adolescentes no acompañados. Sin embargo, la Entidad indicó que no cuenta con este tipo de información:

Toda vez que realiza el control migratorio a niños, niñas y adolescentes que viajen acompañados o no; sin embargo, en el sistema no se lleva estadística de si estos viajan o no acompañados; se revisa que cumplan con los requisitos de salida de Colombia y se permite el viaje en caso de cumplirlos⁴².

Bajo este panorama es fundamental referirse a la alerta que interpuso la Defensoría del Pueblo el 1 de julio de 2021, acerca del incremento de niñez y adolescencia no acompañada en el país⁴³. En esta oportunidad, por ejemplo; la Defensoría indicó que,

de acuerdo con reportes del Grupo Interagencial sobre Flujos Migratorios Mixtos, en Norte de Santander se han identificado 353 casos de niños, niñas y adolescentes no acompañados: 126 son de sexo femenino y 227 masculino”. Con un mismo

42. Extracto del derecho de petición interpuesto por parte de la Clínica Jurídica para Migrantes de la Universidad de los Andes ante Migración Colombia.

43. *Ibíd.*

enfoque territorial, Ligia Bolívar en el informe Pequeños en Movimiento, resaltó que, “tan solo en la frontera entre Apure y Arauca se detectaron 248 niños separados y 180 no acompañados en 2020, después del inicio de la pandemia⁴⁴.”

Se observa entonces que el ICBF cuenta con cifras de niñez y adolescencia que ingresan efectivamente a un PARD, pero deja por fuera aquellos que por algún motivo no ingresan a este proceso. Asimismo, Migración Colombia, a pesar de hacer remisiones de casos a la institucionalidad de casos de niñez, no acompañada no cuenta con cifras ni intercambio de estas con otras instituciones encargadas de velar por la protección de estos menores. Además, como se vio el Grupo Interagencial de Flujos Migratorios Mixtos también cuenta con datos, pero estos son insuficientes, pues se hace necesario que el país cuente un sistema de información que recoja los casos de la niñez y adolescencia no acompañada y que pueda ser alimentada por diversos actores involucrados en su atención.

Sin duda, este constituye un reto de especial envergadura para el Estado colombiano, no solo por los aspectos financieros que implica conformar un sistema de información, sino también en lo relacionado con su operatividad y especial funcionamiento en los territorios. A pesar de que es un reto financiero y operativo, otros países han incorporado en su legislación la creación y operación de sistemas de información relativos a niñez y adolescencia, incluyendo a quienes no están acompañados.

Por ejemplo; México⁴⁵ cuenta con la Ley de Migración, en la que se exhorta al Sistema Nacional para la creación de una base de datos de niñas, niños y adolescentes migrantes extranjeros, en la cual se incluyen las causas de su migración, las condiciones de tránsito, sus vínculos con familiares, los factores de riesgos, entre otros. Lo mismo sucede en el caso de España. De acuerdo con el Decreto 557 de 2011, las autoridades encargadas del control migratorio tan pronto localicen a un menor no

44. Universidad Católica Andrés Bello, “Pequeños en movimiento: Situación de los niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados procedentes de Venezuela”, acceso el 14 de junio, 2021. <http://metricadigital.com/pequenos-en-movimiento-situacion-de-los-ninos-ninas-y-adolescentes-no-acompanados-o-separados-procedentes-de-venezuela#:~:text=La%20mayor%C3%ADa%-20de%20los%20NNA,la%20edad%20y%20el%20sexo.>

45. El artículo 99 de la Ley de Migración señala, “(e)l Sistema Nacional DIF deberá diseñar y administrar las bases de datos de niñas, niños y adolescentes migrantes extranjeros no acompañados, incluyendo, entre otros aspectos, las causas de su migración, las condiciones de tránsito, sus vínculos familiares, factores de riesgo en origen y tránsito, información de sus representantes legales, datos sobre su alojamiento y situación jurídica, entre otros, y compartirlo con la Procuraduría Federal de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, atendiendo a lo previsto en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental y demás disposiciones aplicables en materia de transparencia. Los Sistemas de las Entidades enviarán al Sistema Nacional DIF la información en el momento en que se genere a fin de que se incorpore en las bases de datos a que se refiere el párrafo anterior. El Instituto Nacional de Migración deberá proporcionar la información y colaborar con el Sistema Nacional DIF para los efectos de este artículo”.

acompañado, deberán inscribir sus datos en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados, teniendo así una base de datos con la información, antes de que decidan ingresar al sistema de protección estatal.

Ahora bien, como se mencionó anteriormente, el ETPV contempla como aspecto novedoso, que la niñez y adolescencia pueda realizar el Pre-Registro Virtual y obtener una constancia de ese pre-registro. Sin embargo, a tan solo 4 meses de promulgado el ETPV, será necesario que haya un trabajo coordinado y articulado entre las diferentes entidades del Estado y la cooperación internacional, para que ese registro sea un instrumento que permita caracterizar a la niñez y adolescencia no acompañada en el territorio colombiano, así como lograr su actualización periódica.

En todo caso, si bien el ETPV y el pre-registro que plantea es una herramienta con mucho potencial para la identificación y referenciación de la niñez y adolescencia no acompañada, no debe perderse de vista aquellas situaciones en que los menores de edad deciden no acercarse a la institucionalidad. Es necesario visibilizar estas situaciones y tener un número aproximado para que se puedan formular políticas públicas y orientar los recursos del Estado y de la cooperación internacional.

3.2. Protección ligada de forma estrecha con institucionalización

La segunda problemática identificada se relaciona con los sistemas de protección existentes para proteger a los menores no acompañados. El Estado colombiano en conjunto con miembros del Grupo Interagencial de Flujos Migratorios Mixtos diseñó una ruta para el restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes no acompañados. Esta ruta establece lo que debe pasar en las ciudades y municipios cuando cualquier persona identifique a un menor de 18 años que está viajando solo.

Tal y como se esbozó arriba, de acuerdo con la ruta, lo primero que debe suceder es poner en conocimiento al ICBF o la Comisaría de Familia, en caso de que en el municipio no haya presencia del ICBF. Luego de que la autoridad competente verifique los derechos y constate que en efecto se trata de un niño, niña o adolescente no acompañado, procede la apertura de un PARD.

Sin duda este procedimiento, junto con la activación del Convenio de Cooperación Internacional suscrito entre el ICBF y el CICR y el acompañamiento al menor de edad, son de gran relevancia cuando de protección de derechos se trata. Sin embargo, en la realidad no todos los niños, niñas y adolescentes terminan acudiendo a esta medida. Los motivos son variados y dependen de cada caso particular, pero en términos generales se resaltan dos:

Primero, al ingresar a los mencionados procesos pueden percibir que no tienen la oportunidad de seguir construyendo un proyecto de vida autónomo⁴⁶. Por ejemplo,

46. Universidad Católica Andrés Bello, “Pequeños en movimiento: Situación de los niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados procedentes de Venezuela”.

no tienen la oportunidad de enviar remesas a los familiares que se quedaron en su país. Al revisar la respuesta del ICBF al derecho de petición se pudo observar que un poco más del 40% de los niños, niñas y adolescentes ingresados al PARD se encontraban en capacidad para trabajar. Por ello, puede que las medidas de protección de las instituciones no resulten una alternativa viable para ellos.

Segundo, y ligado con lo anterior, algunos⁴⁷ de estos menores buscan llegar a otras ciudades e inclusive a otros países de la región en dirección hacia Ecuador, Perú, Chile, Panamá y Norteamérica. En ese caso, la institucionalización puede resultar ser un obstáculo, ya que evitaría que puedan llegar a su país de destino.

En esta línea, puede que el PARD y su estrecha conexión con la ubicación en hogares sustitutos o internados, no se ajuste a los intereses y expectativas de la niñez y, sobre todo, de la adolescencia no acompañada que llega a Colombia. Si bien, en estas modalidades de ubicación se garantiza la vestimenta, la comida y la casa de quienes viajan solos, puede desconocer que la mayoría viene con un grado de independencia muy alto desde Venezuela, incluso de familias conformadas por adolescentes, y que sus necesidades no apuntan a un esquema de protección pensando desde el enfoque de la vulnerabilidad.

En efecto, los procesos de institucionalización de niñas, niños y adolescentes no solo afectan a quienes son extranjeros, sino también a los nacionales. Sin embargo, es plausible, y sin la intención de generalizar, que a quienes sean extranjeros no acompañados les afecte de forma diferenciada por varios motivos. Primero, quienes son nacionales suelen tener una red de apoyo en Colombia, con quienes mantiene contacto periódico, si esto se ajusta a su interés superior. Segundo, el PARD tiene una duración máxima de 18 meses, a cuyo término tiene que ocurrir un reintegro familiar o la declaratoria de adoptabilidad. Aunque hay casos de difícil adoptabilidad, para quienes son nacionales colombianos, existe una mayor posibilidad de retornar con un miembro de su familia o de encontrar una familia adoptiva.

En todo caso, la institucionalización tiene impactos directos en la vida de las niñas, niños y adolescentes y los Estados deben trabajar en encontrar métodos alternativos de cuidado. En efecto,

La Institucionalización de una niña, niño o adolescente afecta e impacta en su vida cotidiana y cuando egresa del instituto, como así también produce modificaciones en su familia y en el entorno en que aquellos se desenvuelven. Numerosos son los cambios que se producen en la organización cotidiana de estos niños, niñas y ado-

47. Con base en el último informe de la OIM el 14% de los niños, niñas y adolescentes no acompañados que se encuestaron manifestó encontrarse en tránsito. Para conocer el informe, ingresar <https://dtm.iom.int/reports/colombia-%E2%80%94-enfoque-de-ni%C3%B1os-ni%C3%B1as-y-adolescentes-refugiados-y-migrantes-con-alta>.

lescentes en la trama familiar, en lo económico y en la integración de éstas al entorno social⁴⁸.

En esta medida, cuando las niñas, niños y especialmente los y las adolescentes viajan solos con un nivel de autonomía tan importante, puede que las medidas de institucionalización no se ajusten a sus intereses y proyectos de vida, ocasionando una violación a su integridad personal. Así como a la posibilidad de ejercer con libertad y autonomía las acciones que deseen realizar estando dentro del territorio colombiano. Estas necesidades puntuales, tienen que ajustarse con lo que establece la Observación General No. 6 del Comité de los Derechos del Niño, que justamente establece que,

Independientemente de los cuidados que se dispensen a los menores no acompañados o separados de su familia, se mantendrán una supervisión y evaluación periódicas por parte de personal calificado para velar por su salud física y psicológica, la protección contra la violencia en el hogar o la explotación, y el acceso a formación profesional y educativa, y las oportunidades correspondientes⁴⁹.

De hecho, varios países⁵⁰ ofrecen modalidades de convivencia supervisada u hogares funcionales en los que un niño adolescente o un grupo de adolescentes migrantes pueden vivir de manera independiente y desarrollar habilidades para la vida, de acuerdo con su interés superior.

La consolidación de métodos alternativos de cuidado para la niñez y adolescencia no acompañada constituye un gran reto para el sistema de protección colombiano. Armonizar la supervisión periódica, velar por la salud física y psicológica, la prevención de violencias con procesos que no impliquen la ubicación en modalidades que pueden interrumpir los proyectos de vida de los adolescentes no acompañados, implica la construcción de modelos novedosos y que atiendan las necesidades e interés particulares de quienes viajan solos.

48. Natalia Colombres Sopaga, “La institucionalización de niños, niñas y adolescentes. ¿Protección y promoción derechos o estigmatización social?” (Máster en desarrollo humano, FLACSO Argentina-2016), 13.

49. Comité de los derechos del niño, “Observación general N°6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”, acceso el 23 de noviembre, 2020, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3886.pdf>,

50. Asamblea General de Naciones Unidas, Poner fin a la detención de menores por razones de inmigración y proporcionarles cuidado y acogida adecuados, acceso el 15 de agosto, 2021, <https://undocs.org/es/A/75/183>.

3.3 Desprotección de adolescentes que no ingresan a los sistemas de protección

Como se explicó anteriormente existen múltiples motivos por los cuales las niñas, niños y especialmente los adolescentes no ingresan a un PARD ni a las medidas de restablecimiento de derechos consagradas en la Ley 1098 de 2006. Uno de esos motivos está ligado de forma estrecha con la institucionalización que, como se desarrolló anteriormente, desincentiva justamente el ingreso por parte de quienes viajan solos. Adicionalmente, existen otros relacionados con la concepción de que los adolescentes se encuentran emancipados y que por lo tanto no necesitan protección, o inclusive en algunas zonas, se presenta la difícil articulación y activación de rutas de protección.

Si bien con dichas rutas dan un paso importante en la protección de sus derechos, vale la pena reflexionar sobre la desprotección en la que quedan quienes no ingresan a ellas, pues quienes viajan solos revisten de gran importancia por al menos tres motivos. Primero, al encontrarse sin el cuidado de un familiar o adulto responsable en su trayecto, su vida y dignidad corren más peligro, y pueden llegar a ser víctimas de trata de personas, explotación sexual comercial que, en el contexto de pandemia, puede incluso darse en contextos digitales⁵¹.

Segundo, corren mayor riesgo de verse involucrados en actividades ilícitas. La frontera entre Colombia y Venezuela se encuentra controlada por diferentes grupos manejados por diferentes grupos como guerrillas (Ejército Popular de Liberación –EPL–, Ejército de Liberación Nacional– ELN–, disidencias de las FARC) y otros grupos delictivos entre los que destacan los Pelusos y los Rastrojos⁵², haciendo que el traslado por dichas rutas los convierta en presa fácil de reclutamiento de estos grupos ilegales.

Tercero, son sujetos de una especial condición de vulnerabilidad a causa de su situación migratoria, que en la mayoría de las veces es irregular. Esta vulnerabilidad se acentúa en el caso en particular, pues la compleja crisis humanitaria que atraviesa Venezuela desde hace años ha dificultado el acceso a documentos oficiales de identificación, tales como pasaportes, cédulas y actas de registro civil⁵³. Condiciones que además se ven agravadas en razón al género o a las necesidades especiales de salud⁵⁴.

51. Universidad Católica Andrés Bello, “Pequeños en movimiento: Situación de los niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados procedentes de Venezuela”.

52. *Ibid.*

53. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe Anual 2018: Capítulo IV.B Venezuela”, acceso el 20 de junio, 2021, <https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2018/docs/IA2018cap.4b.VE-es.pdf>

54. Estudios como el propuesto en el artículo “Infancia, adolescencia y juventud extranjeras que migran de forma autónoma. Entre la agencia, las movilidades y las fronteras” explican que el hecho de migrar de “forma autónoma, sin referentes familiares que les protejan, que les provean de medios para su alimentación y cuidados físicos, que les acompañen afectivamente y que les pongan límites a sus comportamientos”, incrementa el grave riesgo de desprotección.

Este elemento cobra gran importancia, debido a que el porcentaje de migrantes provenientes de Venezuela los cuales se encuentran en situación irregular supera al número de personas que cuentan con un estatus migratorio regular. Con base en el último informe de Migración Colombia del 1.742.927⁵⁵ venezolanos identificados 983.343 continúan en situación irregular. Dicha situación se ve reflejada en la respuesta del derecho de petición formulado al ICBF, quien precisó que de los 819 niños, niñas y adolescentes registrados con PARD, 443 carecían de documento alguno, 77 tenían documentos como cédulas de ciudadanía o tarjetas de identidad, mientras que 105 tenían documentos tales como permisos de permanencia, cédulas de extranjería o visas.

Dentro de este panorama es importante traer a colación el ETPV, que como se ha mencionado, es la apuesta del Gobierno colombiano para regularizar la situación migratoria de las personas migrantes venezolanas. La Resolución 971 de 2021 que implementó el ETPV, contiene un título específico para el tratamiento y acceso a las niñas, niños y adolescentes. Esta Resolución establece que quienes se encuentren en un PARD podrán acceder al ETPV con el auto de apertura de este proceso, aportado por el servidor público que esté a su cargo, sin que sea necesario que se alleguen documentos de identificación que acrediten su nacionalidad.

Lo anterior, podría asegurar que únicamente quienes estén bajo un PARD cuenten con una situación migratoria regular, sin importar si están acompañados, no acompañados o separados. Quienes no lo hagan, quedarían desprovistos de la protección que ofrece la regularización migratoria, que como ha explicado Unicef reviste de gran importancia por el consecuente acceso a una serie de “derechos y, por ende, a una serie de recursos que mejoren sus condiciones de vida, puede contribuir de manera significativamente a reducir y revertir los niveles de vulnerabilidad ya descritos”⁵⁶.

Por ello, se debe enfatizar que el PARD y la protección que se otorga deberá estar en armonía con la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, la Ley 1098 de 2006 y las diferentes observaciones del Comité de los Derechos del Niño No. 6⁵⁷. El reto que tiene el Estado colombiano justamente está en verificar y brindar una

55. Migración Colombia, “Distribución de Venezolanos en Colombia-Corte 31 de enero de 2021”, acceso el 20 de junio, 2020, <https://www.migracioncolombia.gov.co/infografias/distribucion-de-venezolanos-en-colombia-corte-31-de-enero-de-2021>

56. UNICEF, “La regularización migratoria como condición esencial para la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes en contexto de movilidad humana”, acceso el 18 de agosto, 2020, https://www.unicef.org/lac/media/14396/file/Nota_tecnica_regularizacion_migratoria_y_derechos_nna.pdf

57. Comité de los derechos del niño. “Observación general N°6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”, acceso el 18 de diciembre, 2020. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3886.pdf>.

respuesta para quienes el esquema del PARD y protección, no se encuentren alineados con su interés y proyectos de vida. En todo caso, bajo esta respuesta, se debería garantizar una situación migratoria regular y el pleno acceso a derechos bajo el principio de no discriminación, y protección a la vida y desarrollo.

4. Conclusiones y recomendaciones

1. Bajo el esquema institucional actual, el sistema de información de niños, niñas y adolescentes no acompañados debería fortalecerse. El actual, administrado por el ICBF, solo toma en cuenta a aquellos que ingresen a un PARD. Para esto, se pueden pensar en al menos tres alternativas:

1.1. La creación de un sistema de información preciso y con vocación de periódica actualización que permita a agencias de cooperación, Migración Colombia y servidores públicos informar sobre la existencia de un niño, niña o adolescente no acompañado.

1.2. En caso de que la creación de un sistema de información implique costos muy altos operativos, financieros o políticos, se puede plantear la interoperabilidad de los diferentes sistemas de información existentes. Por ejemplo, la interoperabilidad del Sistema de Información Misional del ICBF, con el propio de Migración Colombia, al igual que el que es administrado por agencias de cooperación internacional.

1.3. La importancia de poner en marcha efectiva el EPTV, ya que al permitir el Pre-Registro Virtual por parte de quienes viajan solos, puede ser una herramienta fundamental para caracterizar a las niñas, niños y adolescentes no acompañados, siempre y cuando los usos de dicha información no generen un peligro para el ejercicio de sus derechos.

1. Es necesario la consolidación de métodos alternativos de cuidado, con especial consideración a la alta independencia y necesidades puntuales de quienes no están acompañados, especialmente cuando de adolescentes se trata, debido a que en la actualidad los sistemas de protección ofrecidos no han logrado cumplir con las múltiples necesidades y particularidades que tiene este grupo poblacional, entre ellas, la intención de enviar remesas a sus familiares que no migraron, su deseo de continuar la ruta migratoria, para lo cual deberían contar con apoyos necesarios, e inclusive establecer si pueden ser considerados como sujetos emancipados.
2. En aras a evitar incrementar las condiciones de vulnerabilidad que caracterizan a la niñez migrante no acompañada, se debe crear una estrategia intersectorial y con enfoque territorial orientada a la protección de quienes no ingresan a un PARD o a las medidas de restablecimiento que este implica. Esto conlleva, por tanto, a repensar la protección de algunos adolescentes no acompañados por fue-

ra del esquema de protección, donde se valore su autonomía y acompañe en la consolidación de proyectos de vida.

3. Es una prioridad la búsqueda de soluciones estables y duraderas para quienes ingresan al sistema de protección y que no sean sujetos de reunificación familiar. En efecto, se debe crear una estrategia que propenda por la integración social y económica, para quienes al estar no acompañados y encontrarse en Colombia, cumplan mayoría de edad y quieran desarrollar su vida en Colombia. Sin duda alguna, la regularización migratoria que permite el ETPV a quienes estén en un PARD servirá para los procesos de integración social y económica de las niñas, niños y adolescentes no acompañados. Sin embargo, el ETPV es solo un mecanismo de acceso para esa integración, que requiere del concurso de todas las entidades del Estado y agencias de cooperación internacional.

Bibliografía

Instrumentos internacionales

- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, Convención sobre el Estatuto de los Refugiados del 28 de julio de 1951, acceso el 18 de diciembre, 2020, <https://www.refworld.org/es/docid/47160e532.html>.
- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, Convención de los derechos de los Derechos del Niño, acceso el 18 de diciembre, 2020, chrome-extension://efaidnbnmnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/comunicacion/ConvencionsobrelosDerechosdelNino_0.pdf.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación general N°6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. Acceso el 18 de diciembre, 2020. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3886.pdf>.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva 21 de 2014. Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional. Acceso el 23 de diciembre de 2020. <https://www.acnur.org/5b6ca2644.pdf>.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Observaciones a la Opinión Consultiva ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Niños, niñas y adolescentes migrantes. Acceso el 20 de diciembre, 2020. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/Observaciones/6/6.pdf>.
- DECLARACIÓN DE CARTAGENA, (22 de noviembre de 1984), acceso el 18 de diciembre, 2020, <https://www.acnur.org/5b076ef14.pdf>.

Doctrina

- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Poner fin a la detención de menores por razones de inmigración y proporcionarles cuidado y acogida adecuados. Acceso el 15 de agosto, 2021, <https://undocs.org/es/A/75/183>.
- AGENCIA DE LA ONU PARA LOS REFUGIADOS. Tendencias globales: desplazamiento forzado en 2019. Acceso el 13 de agosto, 2021. <https://www.acnur.org/5eeaf5664.pdf>.
- COLOMBRES SOPAGA, N. (2016). “La institucionalización de niños, niñas y adolescentes. ¿Protección y promoción derechos o estigmatización social?”. Máster en desarrollo humano, FLACSO Argentina.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Anual 2018: Capítulo IV.B Venezuela. Acceso el 13 de agosto, 2021. <https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2018/docs/IA2018cap.4b.VE-es.pdf>.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Boletín Niñez y Adolescencia Migrante y Refugiada No. 3. Acceso el 12 de junio, 2020. <https://www.defensoria.gov.co/es/nube/noticias/8877/Bolet%C3%ADn-Ni%C3%ADez-y-Adolescencia-Migrante-y-Refugiada-N%C3%ADo-3-ni%C3%ADos-Defensor%C3%ADa-derechos-humanos-migrantes.htm>.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Defensorial 2018: Situación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes nacionales y extranjeros en departamentos y municipios de frontera. Acciones y omisiones institucionales. Acceso el 26 de diciembre, 2020. <https://www.defensoria.gov.co/es/nube/comunicados/7668/Defensor%C3%ADa->
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Defensoría alerta sobre el incremento de niños, niñas y adolescentes migrantes venezolanos no acompañados en el país. Acceso el 14 de agosto, 2020. <https://www.defensoria.gov.co/es/nube/comunicados/10231/Defensor%C3%ADa-alerta-sobre-el-incremento-de-ni%C3%ADos-ni%C3%ADas-y-adolescentes-migrantes-venezolanos-no-acompa%C3%ADados-en-el-pa%C3%ADs-migrantes-Norte-de-Santander.htm>.
- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE ESTADÍSTICA (DANE). Nota estadística: población venezolana migrante en Colombia, un panorama con enfoque de género. Acceso el 11 de agosto, 2021. <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/notas-estadisticas/jul-2021-nota-estadistica-poblacion-migrante-venezolana-panorama-con-enfoque-de-genero.pdf>.
- HIJOS DE MIGRANTES, “Temporada 1: datos”. Acceso el 10 de junio, 2021. <http://hijosmigrantes.com/temporada1/errantes-en-contexto/>.
- JIMÉNEZ, M. G., Trujillo, M. A. (2019). “Infancia, adolescencia y juventud extranjeras que migran de forma autónoma. Entre la agencia, las movilidades y las fronteras”. *Revista de Antropología Social* 191(20), <https://doi.org/10.17345/aec20.183-204>.

- MIGRACIÓN COLOMBIA, Distribución de Venezolanos en Colombia-Corte 31 de enero de 2021. Acceso el 13 de agosto, 2021. <https://www.migracioncolombia.gov.co/infografias/distribucion-de-venezolanos-en-colombia-corte-31-de-enero-de-2021>.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS, Convención sobre los derechos del niño. Acceso el 18 de diciembre, 2020. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>.
- UNICEF, La regularización migratoria como condición esencial para la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes en contexto de movilidad humana. Acceso el 18 de agosto, 2020. https://www.unicef.org/lac/media/14396/file/Nota_tecnica_regularizacion_migratoria_y_derechos_nna.pdf.
- UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO, Pequeños en movimiento: Situación de los niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados procedentes de Venezuela. Acceso el 14 de junio, 2021. <http://metricadigital.com/pequenos-en-movimiento-situacion-de-los-ninos-ninas-y-adolescentes-no-acompanados-o-separados-procedentes-de-venezuela#:~:text=La%20mayor%C3%ADa%20de%20los%20NNA,la%20edad%20y%20el%20sexo>.

Normatividad colombiana

- CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 12 del 22 de enero de 1991: Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos Del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, acceso el 18 de diciembre, 2020, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=10579>.
- CONGRESO DE COLOMBIA, Ley 1098 del 8 de noviembre de 2006: Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. Acceso el 10 de enero, 2021. https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1098_2006.htm#52.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley N°2136: por medio de la cual se establecen las definiciones, los principios y lineamientos para la reglamentación y orientación de la política integral migratoria del Estado colombiano-PIM, y se dictan otras disposiciones. Acceso el 5 de agosto, 2021. <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%202136%20DEL%204%20DE%20AGOSTO%20DE%202021.pdf>.
- UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA, Decreto 216: por medio del cual se adopta el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos Bajo el Régimen de Protección Temporal y se dictan otras disposiciones. Acceso el 2 de marzo, 2021. <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20216%20DEL%201%20DE%20MARZO%20DE%202021.pdf>.

UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA, Resolución 971: Por la cual se implementa el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos adoptado por medio del Decreto 216 de 2021. Acceso el 18 de junio, 2021. <https://www.migracioncolombia.gov.co/normas/resolucion-0971-de-2021-por-medio-de-la-cual-se-implementa-el-estatuto-temporal-de-proteccion>.

El contexto migratorio colombiano: las inocultables fisuras de un marco fragmentario y de corto plazo

Carolina Moreno V.¹

Gracy Pelacani²

(Colombia)

RESUMEN Este texto presenta un análisis crítico del marco normativo del Estado colombiano en materia migratoria. A partir de la observación de los casos atendidos por la Clínica Jurídica para Migrantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, reflexiona sobre los límites del Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos, sobre la ley migratoria, el sistema de refugio y el impacto diferencial sobre la población migrante y refugiada de las medidas adoptadas para hacer frente a la pandemia por COVID-19. Este escrito concluye que el marco normativo actual es insuficiente e inadecuado frente a la complejidad de la migración en Colombia.

PALABRAS CLAVE: migración, política pública, Colombia.

Introducción

La forma en que el Estado colombiano ha gestionado en los últimos años la migración proveniente de Venezuela ha sido objeto de múltiples análisis. En este contexto, no han faltado quienes han descrito la reacción de Colombia ante la llegada, supuestamente sorpresiva, de los nacionales venezolanos como la de un país generoso, creativo, de puertas abiertas, solidario con los *hermanos* venezolanos, un ejemplo para la

1. Profesora asociada, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes. Cofundadora de la Clínica Jurídica para Migrantes y directora del Centro de Estudios en Migración (CEM), Universidad de los Andes (camoreno@uniandes.edu.co).

2. Profesora asistente, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes. Cofundadora de la Clínica Jurídica para Migrantes, miembro del Centro de Estudios en Migración (CEM) y directora del Seminario de Investigación en Derecho y Migración en Colombia, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes (g.pelacani@uniandes.edu.co).

región e, inclusive, para el mundo³. Estas voces se han hecho todavía más recurrentes, ante la adopción del Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos (ETPV o Estatuto)⁴.

Aunque esta puede ser una lectura del contexto migratorio colombiano, no es la única posible. Ante este escenario, es imperioso preguntarse qué es lo que puede revelar un análisis escrupuloso y crítico del marco normativo migratorio, que una lectura desde la narrativa de la generosidad oscurecería o, en el peor de los casos, ocultaría⁵. La necesidad de ir más allá de este paradigma surge, además, de la observación constante de los obstáculos que enfrenta la población migrante y refugiada en Colombia en su acceso a un estatus migratorio regular, al refugio, así como a derechos y servicios.

En este sentido, esta es una reflexión que nace y se alimenta de las actividades de la Clínica Jurídica para Migrantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, creada en 2019. Los casos que la Clínica atiende muestran las grietas del marco normativo colombiano respecto a la migración y refugio, así como la falta de una visión de largo plazo en su política pública en esta materia. También, revelan que éste es un conjunto de normas las cuales dejan a las personas migrantes de nacionalidades diferentes a la venezolana en una situación de mayor desamparo y a la merced de unas normas que carecen de un enfoque de derechos y diferencial.

Sin querer desconocer los avances que se han venido dando hasta el momento en beneficio de la población migrante y refugiada que arriba al territorio nacional, en este texto argumentaremos que el marco normativo del Estado colombiano en materia migratoria sigue siendo insuficiente y no es adecuado para responder a las complejidades de la migración en Colombia. Para ello, este escrito se organiza de la siguiente forma. En la primera sección, damos datos de contexto y describimos la respuesta de Colombia a la migración desde Venezuela, siendo éste un fenómeno que ha impulsado la creación de un marco normativo *Ad Hoc* y el aspecto que más ha estado bajo los reflectores de la comunidad internacional. En el segundo acápite, ahondaremos en el tipo de casos que atiende la Clínica Jurídica para Migrantes, con el objetivo

3. Selee, A., Bolter, J., Muñoz-Pogossian, B. y Hazán, M. “*Creativity amid Crisis: Legal Pathways for Venezuelan Migrants in Latin America*”, *Migration Policy Institute*, (enero 2019), <https://bit.ly/3yNUxlb>.

4. Grandi, F. “Discurso del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados sobre el nuevo Estatuto de Protección Temporal que Colombia otorgará a los venezolanos y venezolanas en el país”, (8 de febrero de 2021), <https://bit.ly/3j3SMeJ>.

5. Una primera reflexión en este sentido se ha desarrollado, desde la ciencia política, aquí: Palma-Gutiérrez, M. “*The Politics of Generosity. Colombian Official Discourse towards Migration from Venezuela, 2015-2018*”. *Colombia Internacional*, 106 (2021): 29-56. <https://doi.org/10.7440/colombiaint106.2021.02>.

de poner en relieve los elementos que estos revelan sobre la gestión de la migración en Colombia y las necesidades de la población migrante. En el tercer acápite, profundizamos sobre la política pública migratoria, evidenciando los nudos no resueltos que permanecen en la misma. En la cuarta parte de este escrito reflexionamos sobre el sistema de refugio colombiano, argumentando que este necesita la implementación de reformas urgentes. En la quinta sección, nos detendremos en las medidas adoptadas para hacer frente a la pandemia por COVID-19, las cuales revelaron la fragilidad de la población migrante y refugiada en Colombia y cómo las autoridades interpretan su presencia en el territorio. Finalmente, ofrecemos una serie de conclusiones.

1. Contexto y respuesta del Estado colombiano a la migración

La Plataforma Regional de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela (R4V) estima que de los 7,1 millones de nacionales venezolanos que han salido de Venezuela, alrededor de 2 millones 480 mil se encontraban en Colombia al 5 de noviembre del 2022⁶. Esto es cerca del 35% de los 5,9 millones de nacionales venezolanos que viven en países de Latinoamérica y el Caribe⁷. Los datos oficiales de la autoridad de control y verificación migratoria del Estado colombiano, Migración Colombia, con corte a febrero del 2022, estiman que, de 2 millones 477 mil nacionales venezolanos presentes en Colombia, el 12% se encuentra en situación migratoria irregular, el 13,4% en situación migratoria regular y el 49,7% en proceso de regularización a través del ETPV⁸.

En este contexto, a finales de 2018, se adoptó el documento CONPES 3950 que delineaba la “Estrategia para la atención de la migración desde Venezuela” hasta 2021⁹. En este documento, que representa un intento de desarrollar una política migratoria de mediano plazo, se evidenciaban dos retos específicos en relación a la gestión de la migración proveniente de Venezuela. El primero, la debilidad de las instituciones ante la migración, la cual se reflejaba en las dificultades encontradas por la autoridad migratoria, en particular, durante el proceso de ingreso, identificación y registro de esta población. Esto terminaba reflejándose en la falta de datos y caracterizaciones

6. Plataforma Regional de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela (R4V), <https://www.r4v.info>.

7. R4V, “América Latina y el Caribe, Refugiados y Migrantes Venezolanos en la Región -noviembre 2022”, <https://bit.ly/3gmkDYs>.

8. Migración Colombia, “Distribución de Venezolanos en Colombia - Corte 28 de febrero de 2022”, 21 de julio de 2022, <https://bit.ly/3hX87iu>.

9. Consejo Nacional de Política Económica y Social, Documento CONPES no. 3950, “Estrategia para la atención de la migración desde Venezuela”, 23 de noviembre de 2018.

amplias y confiables sobre las personas migrantes provenientes de Venezuela presentes en el territorio colombiano. Este aspecto, se decía en su momento, dificultaba el desarrollo de una política pública realmente capaz de atender las necesidades de estas personas. El segundo reto señalado era la falta de un ente capaz de coordinar las iniciativas y medidas que, desde las entidades en los diferentes niveles territoriales, se estaban adoptando para atender la población migrante venezolana. En julio de 2022, se adoptó el documento CONPES 4100 que establece la “Estrategia para la integración de la población migrante venezolana como factor de desarrollo para el país”, el cual define la política a implementar hasta el 2032. El objetivo al cual apuntan las líneas de acción establecidas en el documento es el de poder adecuar la respuesta institucional a las necesidades de integración de las personas venezolanas, con el fin de que se materialice su contribución al desarrollo de Colombia¹⁰.

En este sentido, y antes de la adopción del documento CONPES 3950, las iniciativas que se habían desarrollado para atender esta migración mostraban que ésta se interpretaba como un fenómeno de breve plazo, que necesitaba atención humanitaria, pero no el desarrollo de una política pública a largo plazo. En el marco normativo, entre otros aspectos, esto se veía reflejado, sobre todo, en las características con las cuales se había concebido el Permiso Especial de Permanencia (PEP). Éste, hasta la adopción del ETPV, fue el instrumento principal mediante el cual el Estado colombiano dio acceso a un estatus migratorio regular a los nacionales venezolanos en Colombia. El PEP, en sus diversas fases y versiones, era un permiso que, en la casi totalidad de los casos, requería la titularidad de un pasaporte y de haber ingresado regularmente al país, sellando el mismo. Sobre todo, este mecanismo de facilitación migratoria tenía una vigencia de dos (2) años, renovables por dos años más, a discreción del ejecutivo, pero no permitía la acumulación de tiempo de residencia en Colombia con el fin de acceder a un estatus migratorio más estable¹¹. En este sentido, el Estado colombiano ha reformado su política de visas por medio de la Resolución 5477 de 2022¹² con el fin de facilitar el acceso a estos documentos por parte de la población

10. Consejo Nacional de Política Económica y Social, Documento CONPES 4100, Estrategia para la integración de la población migrante venezolana como factor de desarrollo, 11 de julio de 2022, p. 3.

11. En la R. 0240/2020 se define al PEP como documento dirigido a autorizar la permanencia de los nacionales venezolanos “que se encuentren en el territorio nacional sin la intención de establecerse”. Para un análisis más extensa de las características de este permiso, véase Carolina Moreno y Gracy Pelacani, El contexto de la migración venezolana en Colombia: un análisis de la respuesta institucional en perspectiva regional, en Fajardo, A. & Vargas, A. (Eds.). (2021). Comunidad Venezuela. Una agenda de investigación y acción local. CODS-IDRC: 184-188, <https://bit.ly/3y68nOG>.

12. Ministerio de Relaciones Exteriores, R. 5477/2022, “Por la cual se dictan disposiciones en materia de visas y se deroga la Resolución 1980 del 19 de marzo de 2014 y la Resolución 6045 del 2 de agosto de 2017”.

venezolana. La cual, como es sabido, encuentra obstáculos, a veces imposibles de sortear, para acceder a un pasaporte y a los documentos oficiales¹³.

Otro ejemplo diciente de la actitud señalada son las medidas, excepcionales y temporales, que se adoptaron en la segunda mitad de 2019, con el fin de responder a la situación de apatrida o de riesgo de apatridia en que se encuentran los niños y niñas nacidos en Colombia de padres venezolanos. Ante la imposibilidad de ser registrados como nacionales de Venezuela y adquirir la nacionalidad venezolana por derecho de sangre, estas medidas permiten que los menores de edad nacidos en Colombia adquieran la nacionalidad colombiana, a pesar de que sus padres no puedan demostrar que estaban domiciliados en territorio colombiano al momento del nacimiento. Una de estas medidas se ha extendido por dos (2) años más, a causa de que las circunstancias que justificaron su adopción siguen estando presentes en la actualidad¹⁴.

Finalmente, lo anteriormente comentado es un ejemplo elocuente de la forma en que se han invisibilizado los otros flujos que caracterizan el fenómeno migratorio en Colombia. En particular, el de personas de países del Caribe, como Haití y Cuba, así como de los continentes africano y asiático. Además, se ha venido incrementando también, de manera notable, la presencia de nacionales venezolanos y ecuatorianos; del continente africano y asiático, para los cuales Colombia es, sobre todo, territorio de tránsito en su viaje con destino final a los países de Norte América. No obstante, en ocasiones, Colombia termina siendo su país de destino¹⁵. Ahora bien, aunque estas personas puedan encontrarse en una situación de vulnerabilidad equiparable a la de la población venezolana, la normatividad migratoria no se ha modificado en ningún aspecto para responder a las necesidades de estos otros migrantes. Aun siendo esta una migración que lleva más de una década ocurriendo y que se ha venido incrementando en tiempos recientes¹⁶, las demandas de estas personas se suelen tomar

13. CIDH, “Venezuela: Informe Anual 2018. Capítulo IV.B Venezuela, 21 de marzo 2019”, <https://bit.ly/3mRivcb>. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela”, Doc. A/HRC/41/18, 12 de julio de 2019.

14. Se trata de la L. 1997/2019 y de la R. 8470/2019, prorrogada y modificada por la R. 8617/2019 de la Registraduría Nacional del Estado Civil. Las implicaciones de ambas medidas se analizan extensamente en Moreno V. C., Pelacani, G., Amaya-Castro, J. M., “La apatridia en Colombia: Fragmentos dispersos de una conversación pendiente”. Informes CEM. Informe No. 2-2020. Centro de Estudios en Migración (CEM). (Junio 2020). Bogotá, Colombia, <https://bit.ly/3mjKRve>.

15. Gordón-Guerrel, I. “En 12 años, 162 mil migrantes irregulares han llegado a Darién”, La Estrella de Panamá, (15 de agosto de 2021).

16. Feline Freier, L., Castillo-Jara, S. “Cada vez más migrantes extracontinentales en América Latina”, *Latinoamérica 21*, 13 de agosto de 2021. <https://latinoamerica21.com/es/cada-vez-mas-migrantes-extracontinentales-en-america-latina/>.

en cuenta, temporal y únicamente, en los momentos en que se quedan varadas en la frontera colombo-panameña¹⁷.

2. Los casos atendidos por la Clínica Jurídica para Migrantes y la falta de adecuación del marco normativo migratorio

Las reflexiones aquí presentamos sobre el marco normativo en materia migratoria del Estado colombiano se fundamentan y enriquecen a partir de los casos que la Clínica Jurídica para Migrantes de la Universidad de los Andes recibe a diario¹⁸. Aunque, por la coyuntura actual, la Clínica atiende en su mayoría a nacionales provenientes de Venezuela, también atiende a personas de otras nacionalidades.

En primer lugar, los casos de las personas que acuden a la Clínica Jurídica para Migrantes muestran que una de las dificultades principales con las que se enfrentan nuestros usuarios de nacionalidad venezolana es la imposibilidad de acceder y/o de renovar los documentos oficiales de su país de origen. Este obstáculo, y la forma en que afecta el recorrido migratorio, el ingreso al territorio y el acceso a derechos de los nacionales venezolanos en los países de destino, ha sido reconocido en múltiples ocasiones por diferentes organismos internacionales¹⁹. En este sentido, es suficiente decir que quienes no cuentan con un pasaporte no podrán ingresar regularmente a territorio colombiano y, por ende, no podrán acceder al ETPV (en los siguientes dos años). Lo mismo ocurre con quienes carezcan de documentos de identificación, quienes no podrán acceder a una visa (o a un Permiso Especial de Permanencia, con anterioridad al Estatuto). En relación con este aspecto, no sobra recordar que Co-

17. Torrado, S. “Miles de migrantes haitianos permanecen varados en la frontera entre Colombia y Panamá”, *El País*, 28 de julio de 2021, <https://bit.ly/38372NQ>. La Corte IDH ha adoptado medidas provisionales en el marco del *Caso Vélez Loor Vs. Panamá* respecto a la situación de represamiento en las estaciones migratorias de Panamá debido a los cierres de fronteras ocurridos en 2020 a raíz de las medidas adoptadas para hacer frente a la pandemia por COVID-19. Véase, Corte IDH, Resolución de 29 de julio de 2020, Adopción de medidas provisionales, *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, <https://bit.ly/3sAHCAK>.

18. La Clínica Jurídica para Migrantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia) ha sido creada en 2019 por las profesoras autoras de este escrito. Según la plataforma CJDigital, a junio de 2021, la Clínica había atendido 286 casos. Otra plataforma que permite caracterizar los usuarios que atiende la Clínica, muestra que el 59 % de las personas que acudieron se encontraban en situación migratoria irregular. CJDigital es la plataforma institucional a través de la cual se lleva a cabo la gestión y seguimiento de los casos atendidos por los estudiantes del Consultorio Jurídico de la Universidad de los Andes. Esta plataforma se utiliza a partir de julio de 2019.

19. OEA, “Informe del Grupo de Trabajo de la OEA para abordar la crisis de migrantes y refugiados venezolanos en la región”, junio de 2019: 43-44, <https://bit.ly/3sBjI8n>. Ver *supra* nota 9.

lombia y Venezuela rompieron relaciones diplomáticas en febrero de 2019²⁰ y solo en agosto del 2022 se avanzó hacia su restablecimiento, con la reapertura de la frontera colombo-venezolana en septiembre de este mismo año²¹.

Un segundo aspecto, relacionado con el anterior, es que el ingreso de forma irregular a territorio colombiano ocurre, en muchos casos, por razones ajenas a la voluntad de la persona o por razones de fuerza mayor. Esto ocurre cuando la persona no ha podido acceder o renovar sus documentos por falta de medios económicos y/o tiempo; porque estos se han perdido en el viaje; han sido robados o se han vendido para poder pasar la frontera o, en ocasiones, porque el puesto de control migratorio no estaba operando al momento de su ingreso, impidiéndole sellar su pasaporte. Así mismo, la persona ingresa por pasos fronterizos no autorizados para no dar a conocer a las autoridades de su país de nacionalidad y/o de destino su salida del país y el sucesivo ingreso a territorio colombiano, sobre todo, cuando teme ser o es víctima de algún tipo de persecución. Por último, el ingreso irregular es el único camino posible cuando la frontera terrestre se encuentra cerrada²² y la persona no cuenta con los medios y/o documentos para que el ingreso se pueda dar de forma regular en otros puestos de control migratorio.

Este aspecto es fundamental, ya que el Estatuto pretender incentivar la migración regular a Colombia, permitiendo el acceso al territorio solamente a los nacionales venezolanos que ingresen de forma regular al territorio en los próximos dos años, desde el mes de febrero de 2021. Así, se desconoce la involuntariedad del ingreso irregular y se atribuye la responsabilidad de éste a la persona, cuando esta no estuvo en posibilidad de elegir. Lo mismo ocurre, cuando los jueces de tutela ordenan a la persona migrante regularizar su situación migratoria, sin conocer en detalle la normativa migratoria y los obstáculos infranqueables a los cuales estos nacionales se enfrentan²³.

Respecto a la población venezolana, un tercer aspecto a tener en cuenta tiene que ver con la situación de extrema vulnerabilidad en la que se encuentran estas personas. Por la emergencia humanitaria compleja que enfrenta su país, los nacionales venezolanos que acuden a la Clínica Jurídica para Migrantes han visto vulnerados en múltiples

20. BBC, “Crisis en Venezuela: Maduro rompe relaciones diplomáticas con Colombia y da 24 horas a sus diplomáticos para que abandonen el país”, 23 de febrero de 2019, <https://bbc.in/3DnBeBH>.

21. DW, Colombia y Venezuela reabren su frontera común de más de 2 mil kilómetros, (26 septiembre de 2022), <https://bit.ly/3UTfvtX>.

22. El cierre de la frontera con Venezuela se hizo efectivo el 14 de marzo de 2020 y se prolongó hasta el día 1 de junio de 2021, cuando se abrió de forma unilateral y gradual. D. 402/2020 y R. 0746/2021.

23. Este tema se explora de forma más extensa en Moreno V., C., Pelacani, G. Corte Constitucional colombiana: ¿un escenario posible para el Experimentalismo Constitucional en materia migratoria? No. 5 (2020): 139-157, doi: <https://doi.org/10.29263/lar05.2020.07>.

ocasiones sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA)²⁴. Todo esto, se añade a la imposibilidad de ingresar al mercado laboral formal, si se encuentran en situación migratoria irregular, lo cual aumenta el riesgo de explotación, inseguridad alimentaria y vulneración de derechos. En este sentido, la población en situación de irregularidad migratoria es todavía más vulnerable ante el temor que siente de acercarse a las autoridades y a los centros de salud o educativos, por la posibilidad de ser sometidos a procedimientos administrativos sancionatorios de carácter migratorio²⁵.

Respecto a las personas de nacionalidades diferentes a la venezolana, los casos atendidos por la Clínica muestran, en primer lugar, una dificultad para regularizar su situación migratoria en el país. Esto ocurre a causa de la imposibilidad de cumplir con los requisitos impuestos por la política de visas (tanto documentales como de cubrimiento de los gastos asociados a las diferentes etapas del procedimiento) y por la falta de otros mecanismos de regularización migratoria accesibles a estos nacionales. En otros casos, la persona atendida decidió regresar a su país de origen con su familia, aun necesitando protección internacional y temiendo por su integridad y vida, ante la ineficiencia del sistema de refugio colombiano y la imposibilidad de garantizar los ingresos mínimos para la persona y para su familia en Colombia como solicitante de reconocimiento de la condición de refugiado. Por último, la Clínica conoció el caso de una menor de edad, en situación de apatridia, cuyos padres estaban en situación migratoria irregular. La madre de la menor de edad, al tiempo que no cumplía con los requisitos para que su hija fuera nacional colombiana, se encontraba en la imposibilidad de registrarla ante las autoridades de su país de nacionalidad. Las medidas adoptadas en beneficio de los nacionales venezolanos, en una condición comparable, no eran aplicables a esta situación²⁶.

En la siguiente sección se profundiza sobre aquellos elementos de la política pública migratoria del Estado colombiano en los cuales identificamos los obstáculos y vacíos que estos casos ejemplifican.

24. CIDH, “CIDH presenta sus observaciones y recomendaciones preliminares tras la histórica visita in loco a Venezuela para monitorear situación de derechos humanos”, Comunicado No. 106/20, 8 de mayo de 2020. CIDH, Resolución 2/18 Migración Forzada de Personas Venezolanas, 2 de marzo de 2018. Sobre las necesidades insatisfechas en salud, véase también, Profamilia y USAID, “Desigualdades en salud de la población migrante y refugiada venezolana en Colombia: ¿Cómo mejorar la respuesta local dentro de la emergencia sanitaria?”, (2020), p. 15, <https://bit.ly/3Dyx1vc>.

25. CIDH, Resolución 1/2020, Pandemia y Derechos Humanos en la pandemia, 10 de abril de 2020, párr. 59.

26. Cabe recordar que la Corte Constitucional colombiana ha avalado la constitucionalidad de la Ley 1997 de 2019, la cual limita la exoneración del cumplimiento de un requisito previsto para la adquisición de la nacionalidad colombiana por niños y niñas nacidos en el territorio únicamente a los nacionales venezolanos. Corte Const., Sent. C-119, abril. 24/21. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

3. La política pública migratoria

Dos aspectos se pueden resaltar entre los más significativos de la política pública migratoria del Estado colombiano, hasta hace muy poco. Por un lado, la ausencia de una ley migratoria que fijara los objetivos de la política pública en esta materia, así como el marco dentro del cual debían actuar las autoridades implicadas en la gestión de la migración. Por el otro, la evidente reactividad e insuficiencia de las medidas adoptadas hasta el momento respecto a la migración proveniente de Venezuela, que se veía reflejada en las diversas fases y versiones del PEP y en el creciente porcentaje de nacionales venezolanos en situación migratoria irregular. Las novedades más recientes que se han presentado en relación con el marco normativo en materia migratoria intentan responder a esta situación.

3.1 El Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos

En febrero de 2021, el presidente de la República de Colombia anunció la adopción del ETPV²⁷. Esta noticia ha sido aplaudida por la comunidad internacional e identificada como un ejemplo a seguir²⁸. Es cierto que el Estatuto representa un avance importante para la política migratoria del Estado colombiano respecto a la población venezolana, en el sentido de que es un intento importante de responder a los límites que las anteriores medidas presentaban y al vacío frente a los datos y caracterización de estos nacionales. Así mismo, con la adopción del Estatuto, se reconoce que el estatus migratorio irregular es el primer obstáculo que tiene que enfrentar esta población para acceder a derechos y servicios, así como es uno de los factores principales que les impide tener un conocimiento de sus características y necesidades a la hora de diseñar la política pública migratoria²⁹. De la misma forma, esta medida parece reconocer que los nacionales venezolanos tienen vocación de permanencia en Colombia y necesitan acceder a un estatus migratorio más estable y de largo plazo³⁰.

En este contexto, lo primero a subrayar es que el Estatuto tiene un ámbito de aplicación, tanto temporal como personal, limitado. Éste tendrá una vigencia de diez (10) años, término que el Gobierno Nacional podrá prorrogar o dar por terminado anticipadamente, de forma discrecional. En segundo lugar, el acceso a las diferentes

27. El ETPV es adoptado a través del D. 216/2021 del Ministerio de Relaciones Exteriores y es implementando a través de la R. 0971/2021 de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.

28. ACNUR y OIM, “ACNUR y OIM aplauden la decisión de Colombia de regularizar a personas refugiadas y migrantes de Venezuela”, 08 de febrero de 2021, <https://bit.ly/3B1jav9>.

29. Así lo expresa el artículo 6 del D. 216/2021.

30. Así lo reconoce la R. 0971/2021 en sus considerandos, hoja no. 5.

etapas de implementación de este mecanismo también debe llevarse a cabo en tiempos preestablecidos, so pena de ser sometido a las sanciones migratorias a las que haya lugar. En tercer lugar, al Estatuto accederán únicamente los nacionales venezolanos que estén regularmente en Colombia, o que puedan demostrar que se encontraban en Colombia de forma irregular al 31 de enero de 2021, así como quienes ingresen al territorio de forma regular en los próximos dos años de vigencia del Estatuto (para lo cual se necesita contar con un pasaporte vigente o vencido³¹). Quienes no cumplan con estos requisitos, quedarán excluidos del mismo. Este es un aspecto fundamental, ya que con la adopción del Estatuto, el Estado colombiano ha dejado de expedir PEP y ha reformado su política de visas en julio de 2022, en aras de facilitar el acceso a visas de los nacionales venezolanos que hayan obtenido un Permiso por Protección Temporal (PPT). Por ende, la idea de que éste es un mecanismo que beneficiará a todos los nacionales venezolanos en Colombia y que estará permanentemente abierto por diez años es equivocada.

En general, el Estatuto se propone alcanzar dos objetivos. En primer lugar, aspira recabar datos biográficos, demográficos y biométricos, así como sobre la situación socioeconómica de la población venezolana que no sea titular de visa y esté presente en territorio colombiano, a través del Registro Único para Migrantes Venezolanos (RUMV)³². Este registro es un paso previo y necesario para acceder al PPT, que será válido por diez (10) años. Este permiso fungirá como documento de identidad y permitirá a sus titulares acceder a cualquier actividad u ocupación legal, al sistema de seguridad social, al sistema educativo y, se espera que, a servicios bancarios. Igualmente, permitirá acumular tiempo de residencia en el país, con el fin de acceder a una visa tipo R (Residente), la cual tiene vigencia indefinida. Sin embargo, accederán al PPT solamente aquellos nacionales venezolanos que, además, cumplan con otra serie de requisitos, tales como: “[N]o tener antecedentes penales, anotaciones o procesos administrativos sancionatorios o judiciales en curso en Colombia o en el exterior; (ii) No tener en curso investigaciones administrativas migratorias; (iii) No tener en su contra medida de expulsión, deportación o sanción económica vigente”, entre otros³³.

Por último, es importante decir que el Estatuto no es una forma de protección complementaria, en el sentido en que no reconoce la necesidad de protección in-

31. La R. 223/2021 del Ministerio de Relaciones Exteriores establece que se podrán utilizar los pasaportes venezolanos vencidos hasta por diez (10) años, contados a partir de la fecha de vencimiento, para ingresar, transitar, permanecer y salir del territorio, así como para solicitar la expedición de una visa, siempre y cuando se haya hecho ingreso a Colombia de forma regular. Colombia es el único país a nivel global a considerar válidos los pasaportes vencidos por este lapso de tiempo.

32. Considerando, R. 0971/ 2021.

33. Art. 12, D. 261/2021.

ternacional de los nacionales venezolanos que accedan al mecanismo, ni los protege contra la no devolución³⁴.

3.2 La nueva ley migratoria del Estado colombiano

La segunda novedad importante del marco normativo en materia migratoria es la aprobación de la Ley 2136 de 2021, la cual establece “las definiciones, principios y lineamientos para la reglamentación y orientación de la política migratoria integral del Estado colombiano –PIM”³⁵. La falta de una ley migratoria, entre otros factores, explicaba la fragmentariedad y la reactividad de la política pública migratoria, la cual era, por esta y otras razones, muy cambiante y difícil de conocer. Además, dejaba a merced del ejecutivo, de la autoridad de control y verificación migratoria, Migración Colombia, y del Ministerio de Relaciones Exteriores (MRE) en especial, la definición de esta, sin que la rama legislativa jugara ni siquiera un rol marginal en esta dinámica.

Durante el debate de esta ley en el Congreso de la República, una coalición de organizaciones de la sociedad civil, centros de pensamiento y academia, de la cual la Clínica es parte, había intentado incidir ante el órgano legislativo. Esto con el fin de asegurar que esta ley, tan necesaria, contara con un enfoque de derechos y diferencial, que además desarrollara una visión de largo plazo para la política pública en esta materia. En particular, se solicitaba que la ley dejara claros los límites dentro de los cuales debían actuar las autoridades involucradas en la gestión migratoria. Sobre todo, se requería que se delimitara la discrecionalidad de Migración Colombia y la del MRE. También, se invitaba a que se involucrara en la definición de la política pública a todas las autoridades del orden nacional, así como local, que son quienes responden por los diferentes aspectos de la gestión migratoria, además de las personas migrantes y refugiadas.

Al mismo tiempo, este colectivo exhortaba a que en la ley quedaran establecidos mecanismos de regularización migratoria permanentes para la población migrante, en especial la que no contara con documentos de identificación y estuviera en

34. Véase sobre este punto en particular, Dib-Ayesta, L. C. “El Estatuto Temporal De Protección A Migrantes Venezolanos y sus vacíos de protección a personas con necesidad de protección internacional”, (30 de mayo de 2021), Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello, <https://bit.ly/3yT8lL2>; Pelacani, G., Moreno V., C., Dib-Ayesta, L. y Tobón Ospino, M., “Estatuto temporal de protección para migrantes venezolanos: reflexiones de una política de regularización migratoria”. Informes CEM. Informe 3-2021. Centro de Estudios en Migración (CEM). (Agosto de 2021). Bogotá, Colombia: 30-35, <https://bit.ly/3VbUtX3>.

35. Los dos proyectos de ley acumulados que han dado origen a la L. 2136/2021 estaban siendo debatidos por el Congreso de la República desde julio de 2019. La L. 2136/2021 ha sido promulgada el 4 de agosto de 2021.

condición de vulnerabilidad. Asimismo, se solicitaba reconocer la necesidad de adecuar el sistema de refugio a los más altos estándares internacionales³⁶.

Ahora bien, un análisis minucioso de este texto muestra que, a través de este cuerpo normativo, se ha elevado a rango de ley el contenido de los diferentes decretos, resoluciones y circulares que componen el marco normativo migratorio actual, sin aportar modificaciones relevantes al *estatus quo*. En muchos casos, además, la ley reenvía a una futura definición por parte de las autoridades los detalles de su implementación y, en otros, establece objetivos absolutamente genéricos y, por ende, carentes de una orientación real para las autoridades que la deben implementar³⁷.

La ley, en particular, no cumple con las expectativas en materia de limitación de la discrecionalidad de la autoridad migratoria, en aras de proteger los derechos de la población migrante y refugiada; es silente respecto a la necesidad de capacitar a los funcionarios públicos en materia migratoria y de refugio, con el fin de no desarrollar actitudes discriminatorias y xenófobas. No amplía de forma satisfactoria el conjunto de actores que podrán plasmar el contenido de la política pública en los años a seguir. Además, no da ningún paso adelante frente a la necesidad de reformar el sistema de refugio, reenviando a la normativa vigente en la materia. Tampoco se pronuncia de manera clara sobre la necesidad de prever mecanismos de regularización migratoria, no limitados a una sola nacionalidad y permanentes, y que no dependan de la voluntad del gobierno de turno.

3.3 Reflexiones a partir de estas novedades en el marco normativo en materia migratoria del Estado colombiano

Estas dos medidas que se acaban de analizar son dos de los aportes más recientes y relevantes sobre migración en Colombia. Así, aunque el marco normativo en esta materia y la política pública del Estado colombiano no se reducen a ellas, su análisis es fundamental para comprender si éstas contribuyen, y en qué medida, a responder a las necesidades de la población migrante y refugiada en el país y si propician un avance respecto a la garantía de sus derechos.

Este primer análisis realizado nos lleva a concluir que, tanto el Estatuto como la ley migratoria son insuficiente a la hora de hacer frente a las complejidades de la migración en el territorio colombiano. Esto es así porque no responden de forma satisfactoria a dos cuestiones fundamentales y relacionadas. La primera es la regu-

36. AAVV., Documento de análisis al Proyecto de Ley número 036 del Senado, por medio de la cual se establecen principios y marco regulatorio de la Política Integral Migratoria del Estado colombiano, 20 de marzo de 2020, <https://bit.ly/37In6V1>.

37. Véase, en particular, el capítulo IV sobre “Integración socioeconómica y productiva de los Migrantes”, arts. 39-43.

larización migratoria. El trabajo realizado desde la Clínica Jurídica para Migrantes deja claro que el estatus migratorio irregular es el primer obstáculo que encuentran las personas migrantes y refugiadas para acceder a sus derechos, a los servicios y para integrarse en su comunidad de acogida.

Los límites del ámbito de aplicación del Estatuto respecto a la población venezolana, la renuencia a hacer más accesible el otorgamiento de las visas y a establecer mecanismos de regularización migratoria disponibles para la población migrante, especialmente la que se encuentra en mayor situación de vulnerabilidad, muestra que éste seguirá siendo el primer reto que superar para esta población. Como diremos en la siguiente sección de este texto sobre el sistema de refugio, los obstáculos para regularizar la situación migratoria hacen que la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado sea el único camino, en muchos casos, para que esta población pueda contar con un estatus regular y, por lo menos, con el acceso al sistema de atención en salud. En este sentido, es el propio sistema que propicia su abuso, incentivando el uso de la figura del refugio en situaciones donde no necesariamente existe una necesidad de protección internacional sino de regularización y acceso a derechos.

La segunda cuestión, que ni el Estatuto ni la ley migratoria resuelven, es el desbalance del marco normativo y de la política pública migratoria colombiana hacia la población proveniente de Venezuela. Poner la lupa sobre este desequilibrio no significa desconocer las necesidades específicas de estos nacionales ni que ésta es la población extranjera que mayormente acoge el Estado colombiano. Por el contrario, pretendemos evidenciar que hay otros nacionales extranjeros, en similar condición de vulnerabilidad, que están siendo invisibilizados, en situación de desprotección y sin herramientas para la defensa de sus derechos.

4. La protección internacional en Colombia: un sistema colapsado e inoperante

En Colombia, el procedimiento para tramitar y resolver las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado de las personas que requieren protección internacional está previsto en el Decreto 1067 de 2015³⁸. Este procedimiento es adelantado por el MRE a través de la Comisión Asesora para la Determinación de la Condición de Refugiado (CONARE), órgano asesor del Ministerio, quien recomienda si se debe otorgar el correspondiente reconocimiento o no. Colombia es signataria de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, así como de su Protocolo de 1967. Así mismo, ha acogido la definición ampliada de persona refugiada de la Declaración de Cartagena de 1984 en su normativa interna.

38. D. 1067/2015, Título 3.

Aunque el proceso de migración forzada desde Venezuela hacia Colombia ha estado vigente a lo largo de varios años, siendo etapa más intensa en los últimos seis años³⁹, la institucionalidad de refugio no ha sufrido transformación alguna, con el fin de responder a las necesidades de esta población. Como lo hemos sostenido en otros espacios, la situación del esquema de refugio colombiano no es producto del azar. Se trata de una omisión deliberada de no fortalecer el sistema de refugio⁴⁰. En su lugar, se ha canalizado la movilidad humana forzada que llega a Colombia a través de mecanismos de regularización migratoria principalmente, como ocurre actualmente con el ETPV, el cual genera incentivos para que los solicitantes de refugio de nacionalidad venezolana desistan de continuar con el trámite y opten por un PPT⁴¹. El camino de la regularización migratoria, que ha decidido el Estado colombiano, ha tenido un efecto perverso en el sistema de refugio, el cual, no sólo está colapsado, sino que no está en capacidad de responder a las necesidades de protección internacional de las personas refugiadas.

Este ostracismo en donde se halla el refugio en Colombia es una cuestión de mayor importancia en el contexto migratorio actual. Esto es así, teniendo en consideración que, como lo han advertido el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la mayoría de los nacionales venezolanos son personas con necesidad de protección internacional, a la luz de lo dispuesto en la Declaración de Cartagena⁴². En vista de esto, la CIDH hizo un llamado a los estados de la región a reconocer el estatus de refugiado de esta población mediante procedimientos justos y eficientes que garanticen los derechos de los solicitantes a suplir sus necesidades básicas, así como permitirles trabajar para su sostenimiento mientras se resuelven sus solicitudes⁴³.

No obstante, la situación actual de la institucionalidad de refugio colombiano está bastante lejos de satisfacer estos estándares. Este sistema adolece de un conjunto de factores disuasorios que conducen a la persona a no optar por este camino o a desis-

39. Para una descripción detallada de la evolución de la migración venezolana, véase: Moreno, C. y Pelacani, G. “El contexto de la migración venezolana en Colombia: un análisis de la respuesta institucional en perspectiva regional”.

40. Naranjo-Navarro, J. D. “Colombia tiene una política soterrada de no apuntarle al refugio”, *Proyecto Migración Venezuela*, 20 de junio de 2020, acceso el 29 de agosto de 2021, <https://bit.ly/3joMLZJ>.

41. D. 216/2021, arts. 11 y 17.

42. ACNUR, “Nota de orientación sobre consideraciones de protección internacional para los venezolanos, actualización I”, ACNUR, mayo de 2019, acceso el 29 de agosto de 2021, <https://bit.ly/38mqZ2n>. CIDH, “Resolución 2/18. Migración forzada de personas venezolanas”, CIDH, 2 de marzo de 2018, acceso el 29 de agosto de 2021, <https://bit.ly/3kCZabI>.

43. CIDH, Resolución 2/18.

tir de su solicitud cuando se encuentra a la espera de una decisión definitiva, muy a pesar de necesitar la protección internacional. A efectos del presente trabajo, destacamos tres deficiencias principales⁴⁴. En primer lugar, no existe un término preciso para la decisión definitiva de la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado, ni para surtir cada una de las etapas del procedimiento. En tal sentido, las personas solicitantes quedan sometidas a largos tiempos de espera e incertidumbre, durante los cuales no tienen certeza sobre la duración del trámite ni cuándo podrán obtener una resolución de fondo.

Un segundo aspecto, estrechamente vinculado con el anterior, es que el salvoconducto (SC-2), que regulariza la situación migratoria de los solicitantes, no permite expresamente ejercer una actividad económica, como lo es trabajar. Esto se traduce en un gran obstáculo para acceder a un trabajo formal; en tal sentido, propicia la precarización laboral de los solicitantes de refugio, así como su dedicación al sector informal, en ausencia de oportunidades laborales con todas las garantías del trabajo decente. Además, este salvoconducto tampoco es reconocido como documento válido de identidad por el sector financiero, lo cual se traduce, a su vez, en barreras para obtener productos y servicios básicos como abrir una cuenta bancaria. Entonces, las personas solicitantes de refugio no sólo deben esperar de forma indeterminada a que se resuelva de fondo su petición. También deben hacerlo en condiciones que no les permiten expresamente trabajar y generar un ingreso, haciendo muy frágil su situación socioeconómica, muy a pesar de lo expresado por la CIDH. A esta situación se añade que dicho permiso “pérdida vigencia”, debido a “la violación de las autorizaciones establecidas en el salvoconducto”, evento en el cual la persona quedará en situación migratoria irregular⁴⁵.

En tercer lugar, se encuentran los instrumentos de regularización como el anterior PEP o el PPT, así como las posibilidades de acceso al trabajo que estos mecanismos proveen. Este es uno de los factores que con mayor claridad denota la postura del Estado colombiano de canalizar la atención del contexto de desplazamiento transfronterizo a través de políticas de regularización, en detrimento del sistema de refugio. A pesar de las obligaciones adquiridas por Colombia en materia de protección de los derechos de las personas con necesidad de protección internacional, derivadas de los instrumentos internacionales de los cuales es signataria, lo cierto es que las autoridades colombianas han privilegiado las medidas de regularización migratoria.

44. Una descripción más detallada de las deficiencias de la institucionalidad de refugio en Colombia en: Moreno, C. y Pelacani, G. El contexto de la migración venezolana en Colombia: un análisis de la respuesta institucional en perspectiva regional, en Fajardo, A. & Vargas, A. (Eds.). (2021). Comunidad Venezuela. Una agenda de investigación y acción local. CODS-IDRC, 192-197, acceso el 29 de agosto de 2021, <https://bit.ly/3y68nOG>.

45. D. 1067/2015, art. 2.2.3.1.4.2.

A diferencia del SC-2, que como hemos advertido, no permite ejercer actividad económica, el PEP en su momento, y ahora el PPT, autorizan expresamente el ejercicio de cualquier actividad de este tipo, incluido por supuesto trabajar. La posibilidad de desempeñar una labor productiva, a la que la regularización abre la puerta, es un incentivo enorme a los solicitantes de refugio para que desistan de su solicitud. Ello se debe a que las personas desconocen cuánto tiempo deberán esperar para conocer la decisión respecto a su solicitud y les queda bastante difícil proveerse los medios de vida necesarios para soportar dicha espera. En palabras muy contundentes de Ligia Bolívar:

¿[P]or qué el venezolano no solicita refugio? [...] Los procedimientos para solicitar refugio en la mayoría de los países de la región son disuasivos. Si a usted le dan un papel cuando solicita refugio que dice que no puede trabajar mientras dure el trámite, y resulta que el trámite dura dos o tres años, ¿va a pedir refugio? Usted pide PEP, tarjeta provisional, lo que sea, menos refugio⁴⁶. (Énfasis añadido).

La precaria situación del sistema de refugio colombiano se ve también reflejada en el creciente número de solicitudes, lo cual ha sido reconocido por las autoridades colombianas. En el acápite de las consideraciones del Decreto 1016 de 2020, sobre ampliación del término de validez del salvoconducto SC-2, se señaló que “[...] *el número de solicitantes de reconocimiento de la condición de refugiado de nacionales venezolanos, entre otros extranjeros, ha aumentado exponencialmente al incrementarse en un 3.444% del 2015 al 2019*”. Por su parte, en entrevista al Proyecto Migración Venezuela, la entonces canciller colombiana declaró que, en el año 2019, se encontraban en trámite ante la CONARE unas 10.632 solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado, de las cuales 10.479 correspondían a solicitantes venezolanos⁴⁷.

En datos más recientes, la Consultoría para los Derechos Humanos (CODHES) y *National Endowment for Democracy* (NED) publicaron indicadores sobre la situación actual del refugio en Colombia⁴⁸, de los cuales merece la pena destacar los siguientes cuatro puntos. Primero, que a “[...] diciembre de 2020, el Estado colombiano ha reconocido 997 personas como refugiadas, de las cuales el 77% son de Venezuela (771 refugiados)”⁴⁹. Segundo, que “el 95,2% de estos reconocimientos se han aprobado en

46. Bolívar, L. “ACNUR y los venecos”, *Proyecto Migración Venezuela*, 21 de junio de 2020, acceso el 29 de agosto de 2021, <https://bit.ly/3yrzHae>.

47. Naranjo-Navarro, J. D. “Colombia honra sus compromisos internacionales en lo que concierne al refugio”, *Proyecto Migración Venezuela*, 20 de junio de 2020, acceso el 29 de agosto de 2021, <https://bit.ly/3sWrAkQ>.

48. Consultoría para los Derechos Humanos (CODHES), “Situación del refugio en Colombia”, CODHES, 10 de agosto de 2021, acceso el 29 de agosto de 2021, <https://bit.ly/3mIrM61>.

49. *Ibíd.*

los últimos cinco años⁵⁰, periodo en el que se ha incrementado, a su vez, el ingreso de nacionales venezolanos a Colombia, debido a la crisis humanitaria que enfrenta Venezuela. Tercero, en relación con el estado de las solicitudes de refugio presentadas por personas venezolanas entre 2016 y 2020, sólo 2.85% han sido aprobadas; 21,49% “rechazadas o cerradas” y el 75.66% está en trámite. Cuarto, “[...] de las 25.799 solicitudes de refugio presentadas por personas venezolanas al Estado colombiano en los últimos 5 años, **sólo 2.85% de solicitantes les han otorgado el refugio**”⁵¹. (Énfasis del texto original). Por su parte, en respuesta a un derecho de petición presentado en un caso que adelanta la Clínica Jurídica para Migrantes⁵², el MRE señaló que “[...] dado que se han recibido más de 34.000 solicitudes de refugio la decisión sobre cada caso puede tomar más de 3 años”⁵³.

No sólo estamos frente a un sistema desbordado, carente de transformaciones, sino también en un escenario de profundo desconocimiento sobre la situación real de la institucionalidad del refugio. Sin duda, la precariedad y disparidad de los datos sobre el comportamiento del refugio en Colombia es también otra de sus notables deficiencias. Ello es así, en tanto no contribuye a aclarar el panorama para las personas solicitantes de refugio ni para quienes trabajamos en el acompañamiento legal de los procedimientos administrativos de esta población. Entonces, la ausencia de los datos es otro factor disuasorio que contribuye a la precarización del refugio en Colombia.

5. COVID-19 y sus impactos en la población migrante y refugiada

5.1 La situación de vulnerabilidad y el retorno no voluntario

Uno de los hechos más significativos del año 2020 fue la llegada del COVID-19, la cual impuso a las instituciones el enorme desafío de contener su rápida propagación. Como respuesta a este contexto de pandemia, los estados han tenido que tomar medidas drásticas para evitar el contagio y fortalecer sus sistemas de salud. Cierre

50. *Ibid.*

51. *Ibid.*

52. Ministerio de Relaciones Exteriores, correo electrónico a Clínica Jurídica para Migrantes, 1 de junio de 2021.

53. El Documento CONPES 4100 de 2022 señala que al 30 de abril del 2022, había un acumulado de 42.106 solicitudes, de las cuales el 98.80% fue radicada por nacionales venezolanos. Además, afirma que entre 2017 y 2022, solamente 1.289 personas fueron reconocidas como refugiadas, 1.224 siendo nacionales venezolanas. Consejo Nacional de Política Económica y Social, Documento CONPES 4100, Estrategia para la integración de la población migrante venezolana como factor de desarrollo, 11 de julio de 2022: 13-14.

de las fronteras, suspensión de actividades económicas, cuarentenas prolongadas y expulsiones, son todas medidas que, aunque orientadas a enfrentar un asunto de salud pública, impactaron de manera severa en las vidas de las personas migrantes y refugiadas⁵⁴. Colombia no fue ajena a esta realidad. Las autoridades colombianas rápidamente comenzaron a tomar decisiones que agravaron las precarias condiciones de vida de la población migrante y refugiada más pobre, presente en territorio colombiano⁵⁵. En efecto, una de las primeras medidas adoptadas para hacer frente a la pandemia por COVID-19 fue, precisamente, el rápido cierre de la frontera de Colombia con Venezuela⁵⁶. Como era natural, la clausura de la frontera no impidió el flujo de personas entre los países, pero sí endureció las condiciones para realizar este tránsito, afectando de manera significativa a la población en situación de movilidad.

Una de las primeras cicatrices que dejó la pandemia desde sus inicios, en 2020, fueron los desalojos que sufrieron las personas migrantes y refugiadas venezolanas, empobrecidas por las medidas de confinamiento estricto. Parte muy importante de esta población deriva sus ingresos del trabajo informal, el cual fue uno de los sectores impactados a partir de los confinamientos obligatorios y el congelamiento de las actividades económicas. Las personas migrantes y refugiadas venezolanas que habitaban en alquileres llamados “pagadarios”, no pudieron pagarlos y fueron abruptamente desalojados⁵⁷. Además de privarlos de un sitio de habitación, estos desalojos dejaron a estas personas en situación de calle, que se veía agravada por la imposibilidad de ejercer el trabajo informal, debido al cierre prolongado de las actividades.

En este contexto, la situación económica de las personas migrantes y refugiadas más pobres, especialmente de aquellas en estatus migratorio irregular, se vio deteriorada por la imposibilidad de acceder a las ayudas sociales ofrecidas por el Estado. A

54. *Program on Forced Migration, Mailman School of Public Health, Columbia University; Migration and Human Rights Program, Cornell Law School; and Zolberg Institute on Migration and Mobility, New School, “Human mobility and human rights in the COVID-19 pandemic: Principles of protection for migrants, refugees, and other displaced persons”, Zolberg Institute on Migration and Mobility, acceso el 29 de agosto de 2021, <https://bit.ly/3l2tnmi>.*

55. A pesar de que los nacionales venezolanos son los que representan la mayor cantidad de personas migrantes y refugiadas en Colombia, en este país hay también presencia de personas provenientes del Caribe, principalmente de Haití y Cuba, y otros países de África y Asia. Véase: El Tiempo, “Necoclí pide ayuda urgente por los migrantes y la crisis del covid-19”, *El Tiempo*, (5 de agosto de 2020), acceso el 29 de agosto de 2021, <https://bit.ly/2UQnUEx>.

56. Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, “Cierre de frontera con Venezuela y restricción de entrada al país para extranjeros provenientes de Europa y Asia, nuevas medidas para contener el coronavirus”, *Unidad Administrativa Especial Migración Colombia*, 13 de marzo de 2020, acceso el 29 de agosto de 2021, <https://bit.ly/3kWhsqi>.

57. El Tiempo, “Bogotá no puede hacerse cargo de los venezolanos: Claudia López”, *El Tiempo*, 1º de abril de 2020, acceso el 29 de agosto de 2021, <https://bit.ly/3y6PLYH>.

manera de ejemplo, el beneficio “Ingreso Solidario”, implementado por el entonces presidente Iván Duque para mitigar el impacto económico sufrido en los hogares más vulnerables, sólo pudo beneficiar a aquellos nacionales venezolanos con PEP e inscritos en el Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales (SISBEN), “[...] lo cual equivale a menos del 2% del total de beneficiarios del programa [...]”⁵⁸. Ello indica que la situación migratoria irregular de la población venezolana es un factor determinante para el acceso a las ayudas gubernamentales, lo cual es muy significativo, teniendo en cuenta que, en el año 2020, la proporción de personas en situación migratoria irregular superó a la regular⁵⁹.

Este contexto de fragilidad desencadenó un incremento muy importante en el retorno de las personas venezolanas hacia su país, muy a pesar de que ellas habían tenido que salir de allí por las adversas condiciones que enfrenta Venezuela. El cierre de frontera decretado por el Gobierno Nacional no fue obstáculo para que familias venezolanas retornaran a su país, debido a la imposibilidad de conseguir los medios de vida necesarios para permanecer en Colombia. Aunque las autoridades colombianas siempre calificaron los retornos de los nacionales venezolanos como de carácter voluntario⁶⁰, no eran así. El retorno fue la única alternativa posible para esta población extranjera, empobrecida, frente a una serie de factores adversos que imposibilitaron su permanencia en el país de acogida, impulsándolos a retornar⁶¹.

Estos retornos fueron incluso estimulados por las propias autoridades locales, principalmente por alcaldes, quienes lo vieron como una alternativa para alivianar la responsabilidad que implicaba “hacerse cargo” de las personas migrantes. Para los gobiernos municipales resultaba mucho más expedito facilitar el traslado de las personas migrantes y refugiadas venezolanas presentes en sus territorios hacia la frontera colombo-venezolana, que tener que adoptar medidas encaminadas a atender sus necesidades. La Defensoría del Pueblo reaccionó a este modo de operar de los gobiernos

58. Castro, F. H. “¿Qué deben hacer los venezolanos que son beneficiarios de Ingreso Solidario?”, *Revista Semana*, 21 de mayo de 2020, acceso el 29 de agosto de 2021, <https://bit.ly/3jr3z2h>.

59. Según datos oficiales de Migración Colombia, en octubre de 2020 había 1.717.352 de personas venezolanas en Colombia, de las cuales 770.246 estaban en situación regular y 947.106 en irregular. Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, “Radiografía Venezolanos en Colombia corte a 30 de octubre de 2020”, *Unidad Administrativa Especial Migración Colombia*, 31 de octubre de 2020, acceso el 29 de agosto de 2021, <https://bit.ly/3sZfTtv>.

60. Presidencia de la República, “Manejo responsable y humanitario de la frontera”, *Coronavirus Colombia*, 13 de abril de 2020, acceso el 29 de agosto de 2021, <https://bit.ly/3iJqtQR>.

61. Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello (CDH-UCAB) y Radio Fe y Alegría Noticias, “El espejismo del retorno: Violaciones a los derechos de los retornados a Venezuela durante la pandemia de COVID-19”, *Universidad Católica Andrés Bello*, agosto de 2020, acceso el 29 de agosto de 2021, <https://bit.ly/3hZTXL8>.

municipales, al advertir que las autoridades no deben presionar a las personas para que retornen, pues “esto afectaría contra el principio de no devolución que es uno de los principios internacionales que Colombia defiende”⁶².

La atención a las necesidades de subsistencia de las personas migrantes y refugiadas venezolanas, en tiempos de pandemia por el COVID-19, también suscitó confrontación entre alcaldes y el Gobierno nacional. Desde la óptica de los gobiernos municipales, era Migración Colombia quien debía ocuparse de la población venezolana; para el Gobierno nacional, y en especial para Migración Colombia, eran los mandatarios municipales quienes debían adoptar medidas para atender las necesidades de estas personas. Pero como bien lo advirtió el delegado de la Defensoría del Pueblo para la Movilidad Humana, Felipe Vernaza, “[l]os alcaldes deben entender que ellos son los primeros respondientes y está en sus obligaciones atender a todas las personas que están en sus territorios, sean nacionales o extranjeros”⁶³. Ello podría explicar, también, por qué algunos mandatarios locales optaron por estimular el retorno de las personas venezolanas hacia la frontera, asumiendo el costo de su traslado⁶⁴.

5.2 Las infracciones al marco normativo y las sanciones de carácter migratorio

En la pandemia por COVID-19, las autoridades colombianas estimularon el retorno de las personas venezolanas hacia su país de origen de distintas maneras. Esto no fue únicamente a través del pago del costo del transporte de las personas hacia la frontera, como se mencionó antes. También lo fue de forma indirecta, mediante la adopción de decisiones administrativas expedidas por la autoridad migratoria, Migración Colombia, relacionadas con sanciones por infracciones migratorias y el estatus de los migrantes y refugiados venezolanos.

Debido a la imposibilidad de cumplir con el confinamiento obligatorio, así como la situación de calle en la que quedaron expuestas las personas venezolanas, según se describió anteriormente, éstas se vieron, a su vez, en la imposibilidad de cumplir con las medidas de confinamiento estricto adoptadas por las autoridades colombianas⁶⁵.

62. Proyecto Migración Venezuela, Alcaldes no pueden presionar a los migrantes para que retornen: Defensoría del Pueblo, *Proyecto Migración Venezuela*, 15 de abril de 2020, acceso el 29 de agosto de 2021, <https://bit.ly/3fe15BZ>.

63. Proyecto Migración Venezuela, Alcaldes no pueden presionar a los migrantes para que retornen: Defensoría del Pueblo.

64. *El Tiempo*, “En Antioquia pagarán viaje de venezolanos que quieran volver a su país”, *El Tiempo*, 14 de abril de 2020, acceso el 29 de agosto de 2021, <https://bit.ly/3BG71wX>.

65. Noticias ONU. Mirada global Historias humanas, “El coronavirus, una nueva amenaza para los migrantes y refugiados venezolanos”, *ONU*, 9 de abril de 2020, acceso el 29 de agosto de 2021, <https://bit.ly/3BqzMN4>.

De ahí que las personas migrantes y refugiadas se vieran incurso en una infracción migratoria por la cual podían recibir sanciones administrativas, tales como la deportación o la expulsión. Esta falta migratoria se puede configurar por dos caminos. Por una parte, al no cumplir con el ordenamiento jurídico colombiano, en términos genéricos, toda vez que se está desconociendo una disposición normativa que prevé, por ejemplo, la prohibición de circulación, so pena de sanción.

Por otra parte, no cumplir con las medidas de confinamiento decretadas puede significar también riesgos para la “salud pública”, que es una causal de expulsión, que es la sanción administrativa de carácter migratorio más gravosa prevista en la normativa colombiana. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.2.1.13.2.2 del Decreto 1067 de 2015, sobre “otros eventos de expulsión”, Migración Colombia, puede imponer esta sanción al extranjero que “atente” o “ponga en riesgo” la “seguridad nacional”, el “orden público”, la “salud pública” o la “tranquilidad social”. Cualquiera de estas categorías, vagas y amplias, podría ser utilizada para sustentar una decisión sancionatoria de esta naturaleza. Estas expulsiones son especialmente lesivas para las personas sancionadas y sus familias, toda vez que acarrear la separación inmediata de los núcleos familiares, mediante la adopción de decisiones administrativas que no son susceptibles de recurso alguno.

Al respecto, resulta oportuno mencionar el comunicado emitido por el director de Migración Colombia, cuando los retornos hacia Venezuela estaban en pleno auge y se estaban generando aglomeraciones en los municipios de frontera. Mediante dicho pronunciamiento, y en vigencia de aislamiento obligatorio, se advirtió a las personas migrantes y refugiadas su deber de cumplir con las normas colombianas:

Estas medidas sanitarias, que restringen la movilidad de personas no solo dentro de las ciudades, sino también por carretera, son aplicadas tanto para ciudadanos nacionales como extranjeros, en aras de proteger la salud de todas las personas que se encuentran en territorio nacional.

Los ciudadanos que sean sorprendidos incumpliendo la medida de aislamiento obligatorio, indistintamente a su nacionalidad, serán sujetos de sanciones administrativas y penales por parte de las autoridades colombianas⁶⁶. (Énfasis añadido).

Por último, conviene hacer alusión a la Resolución 1265 de 28 de mayo de 2020, expedida por Migración Colombia⁶⁷, mediante la cual se adoptaron “acciones institucionales para el retorno voluntario de migrantes venezolanos”. Estas medidas estimulan

66. Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, “Comunicado oficial”, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, 11 de abril de 2020, acceso el 29 de agosto de 2021, <https://bit.ly/3AtdRok>.

67. Res. 1265/2020, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.

el retorno, mal llamado voluntario, y hacen más frágil la situación de esta población, al menos por dos razones. Por una parte, la Resolución prevé que los nacionales venezolanos que “[...] voluntariamente retornen a su país, no serán objeto de medida sancionatoria alguna, aun cuando se encuentre en situación migratoria irregular”. Esta previsión normativa puede llevar a estas personas, quienes están atravesando una situación precaria y con pocas alternativas, a tomar la decisión de retornar a su país, toda vez que así se evitarían una sanción migratoria por incumplimiento de las disposiciones colombianas.

Por otra, la Resolución establece consecuencias adversas para las personas refugiadas venezolanas, tanto solicitantes como reconocidas. Así, la decisión establece que los nacionales venezolanos a quienes se les haya reconocido la condición de refugiado, y que hayan retornado a su país, incurrirán en la causal de cesación de la condición de refugiado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2.2.3.1.8.2 del Decreto 1067 de 2015. A partir de esta disposición, se entiende que el refugiado venezolano que ha retornado a Venezuela, “[v]oluntariamente se ha establecido de nuevo en el país que había abandonado o fuera del cual había permanecido por temor de ser perseguida”.

Adicionalmente, para quienes son titulares de PEP, la Resolución dispone que, si estos nacionales venezolanos abandonan el territorio colombiano y permanecen fuera del país por más de noventa (90) días, les será cancelado dicho permiso. Esta medida, de nuevo, asume que el retorno es voluntario y deja a las personas en situación migratoria irregular, en medio de una pandemia durante la cual la frontera permaneció formalmente cerrada por un tiempo muy prolongado. Esta norma desconoce también el re-retorno, es decir, el regreso a Colombia de las personas venezolanas que habían retornado a su país por las condiciones adversas de la pandemia y por la situación de precariedad que encontraban en Venezuela. En vista de la cancelación del PEP, por la causal mencionada, estas personas se ven obligadas a ingresar de forma irregular a territorio colombiano, con lo cual, sus posibilidades de regularizar su situación migratoria a futuro se reducen notablemente⁶⁸.

En términos similares, la Resolución bajo análisis prevé que aquellas personas venezolanas solicitantes de refugio que “voluntariamente” abandonen el país, habrán incurrido en la causal de rechazo de la solicitud del artículo 2.2.3.1.6.3, esto es, “[c]uando el solicitante sea encontrado por las autoridades migratorias en el proceso de abandonar el territorio nacional”. En ambos escenarios –frente a refugiados y a solicitantes de refugio– se asumen consecuencias desfavorables para su estatus de

68. ACNUR, “Se necesita ayuda urgente para los refugiados y migrantes de Venezuela que enfrentan traumas y dificultades”, ACNUR, 11 de diciembre de 2020, acceso el 29 de agosto de 2021, <https://bit.ly/38mwCh1>.

refugiado o su solicitud, según el caso, sin tomar en consideración las razones que han llevado a las personas a retornar a su país, que como lo hemos advertido, puede deberse a la imposibilidad fáctica de permanecer en Colombia. En esta Resolución, no sólo se asume, sin matices, que todos los retornos son “voluntarios”, derivando consecuencias negativas para las personas refugiadas –reconocidas y solicitantes–. También, se desconocen obligaciones internacionales adquiridas por Colombia en materia de garantía de los derechos de las personas con necesidad de protección internacional.

Conclusiones

En este texto hemos querido retratar la situación actual de la respuesta del Estado colombiano al fenómeno migratorio de su historia reciente y algunos de sus desafíos. Si bien Colombia ha implementado algunas medidas para atender este contexto, lo cierto es que hasta el presente, se han tratado, en su mayoría, de decisiones administrativas carentes de una ley migratoria que fije un marco de acción claro y de largo plazo. A pesar de que Colombia ha adoptado dos instrumentos importantes como lo son, por una parte, el ETPV y, por otra, una ley migratoria, es imperioso reconocer que ni una ni otra resuelven los desafíos que hemos señalado.

En particular, conviene recordar que las medidas adoptadas por las autoridades colombianas han estado orientadas, exclusivamente, a los nacionales venezolanos. Deliberadamente, se ha omitido responder a las necesidades de las personas migrantes y refugiadas de otras nacionalidades, quienes también hacen presencia en territorio colombiano, como ocurre, por ejemplo, con la llamada migración “extracontinental”, que habita y transita por la ruta del Tapón del Darién. Esta población en nada se beneficia de las medidas creadas por Colombia para la población venezolana, lo cual resulta, desde este punto de vista, no sólo abiertamente discriminatorio por motivos de origen nacional, sino también de corto plazo y muy fragmentario.

Entre los aspectos que requieren intervención urgente se encuentra el esquema de refugio colombiano, el cual se halla hoy absolutamente desbordado y es incapaz de responder de forma adecuada y oportuna a las necesidades de protección internacional de las personas refugiadas, sin consideración de su origen nacional. Uno de los factores que ha estimulado este marginamiento y deterioro del refugio en Colombia ha sido, precisamente, el privilegio de los mecanismos de regularización migratoria y el desincentivo, directo e indirecto, a la institucionalidad del refugio.

Hemos puesto de presente, también, cómo las decisiones adoptadas por las autoridades no son neutrales. Por el contrario, tienen efectos diferenciados según la situación de cada una de las personas destinatarias de estas. Las medidas de gestión del virus del COVID-19 han impactado de manera especial a las personas migrantes y refugiadas empobrecidas presentes en territorio colombiano. La situación de

vulnerabilidad de esta población se exacerbó, aún más, como consecuencia de la acción de las autoridades, lo cual expuso a estas personas, entre otras, a contemplar el retorno a su país de origen, en ausencia de alternativas disponibles para continuar su permanencia en Colombia.

Se requiere reconocer que la migración venezolana no es toda la migración presente en territorio colombiano, así como superar el argumento de la migración sorpresiva desde Venezuela frente a la cual “no estábamos preparados por ser históricamente expulsores y no receptores”. Nuestro contexto migratorio es complejo y es una realidad ineludible que, ni el Estatuto ni la ley migratoria darán por superado. Esta constatación requiere el diseño de una política pública migratoria amplia y de largo plazo, capaz de responder a los enormes desafíos que este fenómeno presenta, siendo el refugio uno de los más acuciantes, sin duda.

Bibliografía

- AAVV. Documento de análisis al Proyecto de Ley número 036 del Senado, por medio de la cual se establecen principios y marco regulatorio de la Política Integral Migratoria del Estado colombiano, 20 de marzo de 2020, <https://bit.ly/37In6V1>.
- ACNUR y OIM. “ACNUR y OIM aplauden la decisión de Colombia de regularizar a personas refugiadas y migrantes de Venezuela”. 08 de febrero de 2021, <https://bit.ly/3B1jav9>.
- ACNUR. “Nota de orientación sobre consideraciones de protección internacional para los venezolanos, actualización I”, ACNUR, mayo de 2019, acceso el 29 de agosto de 2021, <https://bit.ly/38mqZ2n>.
- ACNUR. “Se necesita ayuda urgente para los refugiados y migrantes de Venezuela que enfrentan traumas y dificultades”. ACNUR, 11 de diciembre de 2020. Acceso el 29 de agosto de 2021. <https://bit.ly/38mwCh1>.
- ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. “Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela”. Doc. A/HRC/41/18, 12 de julio de 2019.
- BBC. “Crisis en Venezuela: Maduro rompe relaciones diplomáticas con Colombia y da 24 horas a sus diplomáticos para que abandonen el país”. 23 de febrero de 2019, <https://bbc.in/3DnBeBH>.
- CASTRO, F. H. (21 de mayo de 2020) “¿Qué deben hacer los venezolanos que son beneficiarios de Ingreso Solidario?”. *Revista Semana*. Acceso el 29 de agosto de 2021. <https://bit.ly/3jr3z2h>.
- CENTRO DE DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO (CDH-UCAB) y Radio Fe y Alegría Noticias. “El espejismo del retorno: Violaciones a los derechos de los retornados a Venezuela durante la pandemia de

- COVID-19". *Universidad Católica Andrés Bello*, agosto de 2020. Acceso el 29 de agosto de 2021. <https://bit.ly/3hZTXL8>.
- CIDH. "Resolución 2/18. Migración forzada de personas venezolanas", *CIDH*, 2 de marzo de 2018, acceso el 29 de agosto de 2021, <https://bit.ly/3kCZabI>.
- CIDH. "CIDH presenta sus observaciones y recomendaciones preliminares tras la histórica visita in loco a Venezuela para monitorear situación de derechos humanos". Comunicado No. 106/20, 8 de mayo de 2020.
- CIDH. "Venezuela: Informe Anual 2018. Capítulo IV.B Venezuela". 21 de marzo 2019, <https://bit.ly/3mRivcb>.
- CIDH. Resolución 1/2020, Pandemia y Derechos Humanos en la pandemia, 10 de abril de 2020, párr. 59.
- CIDH. Resolución 2/18 Migración Forzada de Personas Venezolanas, 2 de marzo de 2018.
- CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. Documento CONPES no. 3950. "Estrategia para la atención de la migración desde Venezuela", 23 de noviembre de 2018.
- CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. Documento CONPES no. 4100. "Estrategia para la integración de la población migrante venezolana como factor de desarrollo", 11 de julio de 2022.
- CORTE IDH. Resolución de 29 de julio de 2020, Adopción de medidas provisionales. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, <https://bit.ly/3sAHCAK>.
- DIB-AYESTA, Laura Cristina. "El Estatuto Temporal De Protección A Migrantes Venezolanos y sus vacíos de protección a personas con necesidad de protección internacional". 30 de mayo de 2021, Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello, <https://bit.ly/3yT8IL2>.
- DW. "Colombia y Venezuela reabren su frontera común de más de 2 mil kilómetros", 26 septiembre de 2022, <https://bit.ly/3UTfvtX>.
- EL TIEMPO. (14 de abril de 2020). "En Antioquia pagarán viaje de venezolanos que quieran volver a su país". *El Tiempo*. Acceso el 29 de agosto de 2021. <https://bit.ly/3BG71wX>.
- EL TIEMPO. "Necoclí pide ayuda urgente por los migrantes y la crisis del covid-19". *El Tiempo*, 5 de agosto de 2020. Acceso el 29 de agosto de 2021. <https://bit.ly/2U-QnUEx>.
- EL TIEMPO. "Bogotá no puede hacerse cargo de los venezolanos: Claudia López". *El Tiempo*. Acceso el 29 de agosto de 2021. <https://bit.ly/3y6PLyH>
- FELINE FREIER, L. y Castillo-Jara, S. (13 de agosto de 2021). "Cada vez más migrantes extracontinentales en América Latina". *Latinoamérica 21*, <https://bit.ly/3DAnTX0>.

- GORDÓN GUERREL, I. (15 de agosto de 2021). “En 12 años, 162 mil migrantes irregulares han llegado a Darién”. La Estrella de Panamá.
- GRANDI, F. (8 de febrero de 2021). “Discurso del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados sobre el nuevo Estatuto de Protección Temporal que Colombia otorgará a los venezolanos y venezolanas en el país”, <https://bit.ly/3j3SMeJ>.
- MIGRACIÓN COLOMBIA. “Distribución de Venezolanos en Colombia - Corte 28 de febrero de 2022”, 21 de julio de 2022, <https://bit.ly/3hX87iu>.
- MORENO V., C., Pelacani, G. y Amaya-Castro, J. M. (junio 2020). “La apatridia en Colombia: Fragmentos dispersos de una conversación pendiente”. Informes CEM. Informe No. 2-2020. Centro de Estudios en Migración (CEM). Bogotá, Colombia, <https://bit.ly/3mjKRve>.
- MORENO V., C. y Pelacani, G. (2020). Corte Constitucional colombiana: ¿un escenario posible para el Experimentalismo Constitucional en materia migratoria?. 5: 139-157, doi: <https://doi.org/10.29263/lar05.2020.07>.
- MORENO V., C. y Pelacani, G. (2021). “El contexto de la migración venezolana en Colombia: un análisis de la respuesta institucional en perspectiva regional”, en Fajardo, A. y Vargas, A. (Eds.). Comunidad Venezuela. Una agenda de investigación y acción local. CODS-IDRC, <https://bit.ly/3y68nOG>.
- MORENO V., C. y Pelacani, G. (2021). “El contexto de la migración venezolana en Colombia: un análisis de la respuesta institucional en perspectiva regional”. En *Comunidad Venezuela. Una agenda de investigación y acción local*, editado por Fajardo, A. y Vargas, A.: 171-217. Bogotá: CODS-IDRC.
- NARANJO-NAVARRO, J. D. (20 de junio de 2020). “Colombia honra sus compromisos internacionales en lo que concierne al refugio”. *Proyecto Migración Venezuela*. Acceso el 29 de agosto de 2021.
- NARANJO-NAVARRO, J. D. (20 de junio de 2020). “Colombia tiene una política soterrada de no apuntarle al refugio”. *Proyecto Migración Venezuela*. Acceso el 29 de agosto de 2021.
- OEA. “Informe del Grupo de Trabajo de la OEA para abordar la crisis de migrantes y refugiados venezolanos en la región”, junio de 2019: 43-44, <https://bit.ly/3sBjI8n>. Ver *supra* nota 9.
- PALMA-GUTIÉRREZ, M. (2021). “The Politics of Generosity. Colombian Official Discourse towards Migration from Venezuela, 2015-2018”. *Colombia Internacional*, 106: 29-56. <https://doi.org/10.7440/colombiaint106.2021.02>.
- PELACANI, G., Moreno V., C., Dib-Ayesta, L. y Tobón-Ospino, M. (agosto del 2021). “Estatuto temporal de protección para migrantes venezolanos: reflexiones de una política de regularización migratoria”. Informes CEM. Informe 3-2021. Centro de Estudios en Migración (CEM). Bogotá, Colombia, <https://bit.ly/3VbUtX3>.

- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. “Manejo responsable y humanitario de la frontera”. *Coronavirus Colombia*, 13 de abril de 2020. Acceso el 29 de agosto de 2021. <https://bit.ly/3iJqtQR>.
- PROFAMILIA Y USAID. (2020). “Desigualdades en salud de la población migrante y refugiada venezolana en Colombia: ¿Cómo mejorar la respuesta local dentro de la emergencia sanitaria?”. <https://bit.ly/3Dyx1vc>.
- PROGRAM ON FORCED MIGRATION, *Mailman School of Public Health, Columbia University; Migration and Human Rights Program, Cornell Law School and Zolberg Institute on Migration and Mobility, New School*. “Human mobility and human rights in the COVID-19 pandemic: Principles of protection for migrants, refugees, and other displaced persons”. Acceso el 29 de agosto de 2021. <https://bit.ly/3l2tnmi>.
- PROYECTO MIGRACIÓN VENEZUELA. “Alcaldes no pueden presionar a los migrantes para que retornen: Defensoría del Pueblo”, *Proyecto Migración Venezuela*, 15 de abril de 2020. Acceso el 29 de agosto de 2021. <https://bit.ly/3fe15BZ>.
- R4V. “América Latina y el Caribe, Refugiados y Migrantes Venezolanos en la Región -noviembre 2022”, <https://bit.ly/3gmkDYs>.
- SELEE, A., Bolter, J., Muñoz-Pogossian, B. y Hazán, M. (enero 2019). “Creativity amid Crisis: Legal Pathways for Venezuelan Migrants in Latin America”. *Migration Policy Institute*, <https://bit.ly/3yNUxlb>.
- TORRADO, S. (28 de julio de 2021). “Miles de migrantes haitianos permanecen varados en la frontera entre Colombia y Panamá”, *El País*, <https://bit.ly/38372NQ>.
- UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA. “Cierre de frontera con Venezuela y restricción de entrada al país para extranjeros provenientes de Europa y Asia, nuevas medidas para contener el coronavirus”. *Unidad Administrativa Especial Migración Colombia*, 13 de marzo de 2020. Acceso el 29 de agosto de 2021, <https://bit.ly/3kWhsqi>.
- UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA. “Comunicado oficial”. *Unidad Administrativa Especial Migración Colombia*, 11 de abril de 2020. Acceso el 29 de agosto de 2021. <https://bit.ly/3AtdRok>.
- UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA. “Radiografía Venezolanos en Colombia corte a 30 de octubre de 2020”. *Unidad Administrativa Especial Migración Colombia*, 31 de octubre de 2020. Acceso el 29 de agosto de 2021. <https://bit.ly/3sZfTtv>.

Normas Colombia

- Decreto 1067 de 2015, de 26 de mayo, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores”.
- Decreto 216 de 2021, de 1º de marzo, “Por medio del cual se adopta el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos Bajo Régimen de Protección Temporal y se dictan otras disposiciones en materia migratoria”.

DECRETO 402 DE 2020 DEL MINISTERIO DEL INTERIOR, de 13 de marzo, “Por el cual se adoptan medidas para la conservación del orden público”.

LEY 1997 DE 2019, de 16 de septiembre, “Por medio del cual se establece un Régimen Especial y Excepcional para Adquirir la Nacionalidad Colombiana por Nacimiento, para hijos e hijas de Venezolanos en Situación de Migración Regular o Irregular, o de Solicitantes de Refugio, Nacidos en Territorio Colombiano, con el fin de Prevenir la Apatridia”.

RESOLUCIÓN 0240 DE 2020, de 23 de enero, “Por la cual se establece un nuevo término para acceder al Permiso Especial de Permanencia - PEP, creado mediante Resolución 5797 del 25 de Julio de 2017 del Ministerio de Relaciones Exteriores, y se dictan otras disposiciones sobre la materia”.

RESOLUCIÓN 0746 DE 2021 DEL MINISTERIO DEL INTERIOR, del 1 de junio, “Por la cual se abren los pasos terrestres y fluviales de frontera con la república Bolivariana de Venezuela a partir de las cero horas (00:00 a.m.) del 1 de junio de 2021.

RESOLUCIÓN 0971 DE 2021 DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA, de 28 de abril, “Por la cual se implementa el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos adoptado por medio del Decreto 216 de 2021”.

RESOLUCIÓN 1265 DE 2020, de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, de 28 de mayo, “Por el cual se establecen las acciones institucionales para el retorno voluntario de migrantes venezolanos a la República Bolivariana de Venezuela”.

RESOLUCIÓN 2231 DE 2021 DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, de 25 de febrero, “Por la cual se dictan disposiciones para el ingreso, tránsito, permanencia y salida del territorio colombiano, para los nacionales venezolanos que porten el pasaporte vencido, y se deroga la Resolución 872 de 2019”.

RESOLUCIÓN 5477 DE 2022 DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, de 22 de julio, “Por la cual se dictan disposiciones en materia de visas y se deroga la Resolución 1980 del 19 de marzo de 2014 y la Resolución 6045 del 2 de agosto de 2017”.

RESOLUCIÓN 8470 DE 2019 DE LA REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL, de 5 de agosto, “por la cual se adopta una medida administrativa de carácter temporal y excepcional, para incluir de oficio la nota “Válido para demostrar nacionalidad” en el Registro Civil de Nacimiento de niñas y niños nacidos en Colombia, que se encuentran en riesgo de apatridia, hijos de padres venezolanos, que no cumplen con el requisito de domicilio”.

Jurisprudencia

Corte Const., Sent. C-119, abr. 24/21. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

TERCERA PARTE

Protesta social



El derecho a la protesta en tiempos de pandemia

Daniel Tenorio-Pérez¹

(México)

RESUMEN La pandemia mundial causada por el COVID-19 ha generado un antes y un después en la manera en que concebimos los derechos humanos. Derechos como la libertad de tránsito o reunión se han limitado justificados a través de Estados de excepción o confinamiento obligatorio, sin embargo; en una región tan desigual como Latinoamérica, estas medidas han precarizado aún más la vida de sus habitantes, arrojando a millones de personas a la pobreza. Esto ha provocado la protesta social masiva en contra de las inacciones gubernamentales y distintas respuestas estatales que deben ser estudiadas detalladamente.

PALABRAS CLAVE: Pandemia, protesta, DESCA

1. Introducción

Desde hace algunas décadas Latinoamérica ha sido una región muy inestable, debido a los altos índices de desigualdad social, de impunidad estructural y de ausencia de sistemas efectivos de rendición de cuentas. Esto, aunado a la historia de represión, violaciones graves a los derechos humanos, así como la ausencia de democracias reales y duraderas, ha contribuido al escenario que vivimos hoy en día.

En la actualidad, la región latinoamericana ha sufrido diversos cambios, principalmente, en la manera en que conciben la democracia y el Estado de derecho. Dado que se han abandonado los regímenes dictatoriales en distintos Estados de la región, para dar lugar a elecciones libres, lo que ha permitido estabilidad en los sistemas políticos. Asimismo, la mayoría de los Estados latinoamericanos han abierto sus sistemas legales a los tratados internacionales relacionados con temas de derechos humanos y

1. Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, maestrante en filosofía del derecho por la Universidad de Buenos Aires, Argentina. danieltenorio9875@gmail.com. "El derecho a la protesta en tiempos de pandemia". Dedicado a todas las víctimas de esta pandemia, en especial a mi querido amigo Jairo Muñoz, quien fue un excelente abogado y excelso académico.

economía, dando como resultado una base de vigilancia externa a las acciones estatales internas, modificando así la manera de concebir ante la autoridad gubernamental.

Estas acciones han sido de grandes avances en la región, sin embargo; Latinoamérica sigue padeciendo de los problemas anteriormente mencionados, algunos heredados de su historia política, social y económica. Estos han ido recrudesciéndose con la llegada de la pandemia del COVID-19, la cual ha cambiado de un día a otro, el escenario internacional en la que los Estados actúan ante las problemáticas. Esto ha derivado en una pluralidad de maneras de vivir la pandemia, generando diversos movimientos en contra de los gobiernos llevando a protestas sociales con distintos objetivos, por ejemplo, en México, las grandes protagonistas de las protestas sociales han sido las mujeres. Quienes, frente a la inacción del gobierno mexicano en contra de la violencia de género y los altos índices de feminicidios en el país, decidieron protestar en las calles. Muy diferente a lo que se ha vivido en Colombia, donde los protagonistas de las protestas han sido los jóvenes, ante una Reforma Tributaria injusta, que podía precarizar aún más la vida de los colombianos. Asimismo, los gobiernos de ambos países han reaccionado de manera distinta, en el caso mexicano, solo se contuvo la protesta y posteriormente fue ignorada. En el caso colombiano fue totalmente opuesto, dado que los policías utilizaron de manera desmedida la fuerza para sofocar las protestas, causando la muerte de varios manifestantes.² Es este el punto de interés de este ensayo, cuestionarse de alguna manera, estas diferencias en el ejercicio del derecho a la protesta, los efectos diferenciados de la pandemia y las distintas respuestas estatales ante el descontento social. Pare ello, se ha decidido tomar en consideración tres casos clave de estudio, para entender las diferentes repercusiones causadas por el COVID-19, los casos de México, Colombia y Chile.

En primer lugar, se estudiará el escenario político, social y económico, anterior a la pandemia COVID-19. Identificando cuáles son los estándares de derechos humanos comunes a la región en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA). Esto dará un panorama de los principales problemas de la región en el tema.

Posterior a ello, se analizará la manera en que la pandemia vino a diversificar las problemáticas que estaban ahí, tomando en consideración las acciones de estos Estados en la materia. De esta manera, puede dibujarse un panorama plural de los diferentes obstáculos que vive la población en contextos y lugares diferentes de la región latinoamericana.

2. Organización de las Naciones Unidas, “Colombia: La ONU llama al gobierno a garantizar la justicia y brindar reparación a las víctimas de las protestas”, *Noticias ONU*, 15 de diciembre de 2021. <https://news.un.org/es/story/2021/12/1501462>.

Esto lleva a un tercer grado de análisis, presente en la forma en que los Estados reaccionaron ante estas exigencias sociales, ¿Los Estados respetaron o no, los estándares de uso de la fuerza?, ¿los manifestantes lograron su objetivo?, ¿qué significó estas protestas en tiempos de pandemia para la garantía de los derechos humanos?

Una vez respondidas estas preguntas, se hará una breve reflexión sobre lo que nos depara ante una post-pandemia, ya que se tendrán elementos objetivos para poder discernir el futuro próximo de la región, ante lo anteriormente planteado.

2. El escenario latinoamericano antes de la pandemia

Para tener una idea resumida del escenario regional anterior a la pandemia causada por el COVID-19, se propone analizar tres cuestiones fundamentales que pueden dar lugar a una radiografía de los problemas comunes de Latinoamérica. La primera de estas, se encuentra presente en la democracia; la segunda en la globalización y el quiebre de los modelos nacionales; y la tercera en la manera en que los Estados reconocen y garantizan los derechos humanos, así como la manera en que no lo hacen.

Respecto de la primera cuestión, se puede mencionar que la historia de Latinoamérica en los últimos 50 años, se resume en diversos intentos por estructurar democracias fuertes y Estados de derecho. Dado que la gran mayoría de los países en la región han sufrido regímenes autoritarios, teniendo que soportar la mano dura de dictadores y autócratas que desplegaron, en su momento, su voluntad sin límites institucionales. Esta ausencia de una democracia real y la falta de contrapesos de poder, produjeron prácticas violatorias de los derechos humanos, ejemplo de ello, el uso de la tortura para callar a opositores en distintos lugares de Latinoamérica. Lo cual terminó por convertirse en una práctica habitual para disuadir a quienes diferían de dichos regímenes y osaran expresar su inconformidad. Extrañamente, la práctica ha perdurado como un recurso contra la inseguridad y el mantenimiento del orden público³.

Otro ejemplo, es la represión, la criminalización de la protesta social, y el uso desmedido de la fuerza pública para neutralizar movimientos sociales, lo cual sirvió para incentivar masacres y desapariciones, como la matanza de Tlatelolco de 1968 en México o las desapariciones forzadas en el régimen argentino por parte de Videla, que dio pie a la marcha de las madres en la Plaza de Mayo en 1977. Lamentablemente, estas prácticas se han mantenido vigentes en los regímenes democráticos latinoamericanos de la actualidad.

3. Noriega Octavio, A., "Introducción" *El persistente flagelo de la tortura en México, Reforma al sistema de justicia penal mexicano Prevención y Sanción de la tortura* (México: Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C. CMDPDH, 2012) 116 <http://cmdpdh.org/publicaciones-pdf/cmdpdh-reforma-al-sistema-de-justicia-penal-mexicano-prevencion-y-sancion-de-la-tortura.pdf>.

Roberto Gargarella, menciona que el siglo XX recibió a Latinoamérica con un deseo de igualdad, donde se incluyeran a todos los sectores de la población civil⁴, siendo evidente la inclusión de reclamos sociales en las Constituciones de la época; en especial de la mexicana; México en 1917 reconoció el derecho a la tierra comunal, la educación laica y gratuita, así como el derecho al trabajo. Lamentablemente, estos avances no vinieron acompañados con reformas estructurales de poder, que pudieran garantizar la construcción de instituciones capaces de garantizar estos derechos, de tal manera que, poco a poco, las proclamas sociales comenzaron a perder terreno, transformándose en algo meramente declarativo. Para Gargarella, este es el inicio de la pérdida del interés constitucional que terminó por decantarse en un sistema legal de mera formalidad, ante la ausencia de los derechos constitucionales y el relego del constitucionalismo como materia crítica del contenido normativo.

Esto dio pie a que las dictaduras colocaran su agenda, por medio de la militarización del Estado y desarrollaran un aparato de terror estatal por medio de la violencia física y psicológica. Estos regímenes planteaban un movimiento ultra nacionalistas de desarrollo social, político y económico, sin embargo; a principios de los noventa comenzaron a desmoronarse. Pues dichos sistemas ya estaban en una profunda crisis, siendo sustituidos por un nuevo modelo mundial, abierto al exterior, el cual terminó por obligar a la región a introducirse a las dinámicas internacionales de carácter económico, político y jurídico. De esta manera, se exigía a los países latinoamericanos replantear sus prácticas internas, si querían integrarse a la comunidad internacional, ya que la estabilidad política garantiza una reducción de riesgos a los grandes capitales que buscaran generar riqueza, por medio de la instalación de empresas multinacionales⁵.

No es sorpresa que la globalización y el neoliberalismo vengán acompañados de cambios democráticos profundos, así como cambios constitucionales de trascendencia. México es ejemplo de lo anterior, pues la liberalización de los mercados permitió la creación de instituciones estabilizadoras del contexto social del país, como la Comisión Nacional de Derechos Humanos y el Instituto Federal Electoral. Las cuales fueron esenciales para el quebrantamiento del poder hegemónico del partido político único que estuvo en el poder por menos de ocho décadas ininterrumpidas.⁶

4. Gargarella, R., "Apuntes sobre el constitucionalismo latinoamericano del siglo XIX. una mirada histórica", *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, 25, (2010): 30-32.

5. Banco Mundial, "Comunicado de prensa. Para impulsar las inversiones y el crecimiento en los países en desarrollo es fundamental reducir los riesgos", *Banco Mundial*, (25 de octubre de 2017). <https://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2017/10/25/reducing-risks-in-developing-countries-is-key-to-spur-investment-and-growth>.

6. Sergio López Ayón y Héctor Fix Zamudio; *Tan cerca, tan lejos! Estado de derecho y cambio jurídico en México* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2000). 501-505 <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1078/12.pdf>.

Así, el neoliberalismo trajo consigo cambios estructurales que permitieron que teorías jurídicas del extranjero tuvieran cabida y con ello, hubo un nuevo interés por el constitucionalismo de los derechos. Esto trajo la posibilidad de integrar algunas tradiciones constitucionales de la Europa continental, marcadas por los sucesos posteriores a la Segunda Guerra Mundial. De esta forma, se pudieron integrar nuevos conceptos en las Constituciones latinoamericanas, como la dignidad humana, la adopción de términos como la *Drittwirkung der Grundrecht* o efecto horizontal de los derechos humanos⁷.

Sin embargo, y a pesar de los grandes cambios que trajo el modelo económico para las libertades políticas, la igualdad quedó relegada en un segundo plano. Pues el neoliberalismo intentó colocar una perspectiva de producción y ganancia, en lugar del respeto al individuo. Es hasta este punto, donde se produce la contradicción de los valores entre el derecho y la economía. Paradójicamente, el modelo económico que trajo un renovado constitucionalismo, fue atacado por el mismo, pues los valores constitucionales son diferentes a los valores económicos neoliberales. La Constitución coloca a la dignidad humana como el valor principal de su sistema y en este sentido, gira la actuación estatal, por medio de la garantía de las condiciones necesarias para que una persona pueda desarrollar un plan de vida con libertad⁸. Colocar este fin, como la base de un sistema político entra en clara contradicción con el valor económico e instrumental de la ganancia. La objeción entre estas dos posturas se recrudece cuando los constitucionalistas y los teóricos de la justicia⁹, afirman que debe de existir una repartición justa de la riqueza con el objetivo de establecer un plano de igualdad. En el cual, los individuos puedan satisfacer sus necesidades primarias como la alimentación, la vivienda, el acceso al agua potable y por, sobre todo, la educación. Herramienta de cambio social que dota de las bases principales para la exigencia política en las sociedades democráticas modernas, lo que se traduce en un pluralismo social que reconoce distintas necesidades y reclamos, las cuales deben ser atendidas.

Además de lo anterior, el gran cambio también consistió en integrar en los sistemas jurídicos nacionales tratados internacionales. Lo que vino a reforzar la postura constitucional y a construir figuras legales propias que dieron viabilidad a esta nueva

7. Pelayo Möller, C. M. “Tres ideas desarrolladas por el constitucionalismo alemán en la segunda mitad del siglo XX y su influencia en América Latina: la idea de renovación constitucional, la dignidad humana y los efectos horizontales del derecho”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano xxv*, Colombia: Bogotá, (2019). 816.

8. Martínez Bullé-Goyri, V. M. Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 46(136) (2013): 39-67.

9. Rawls, J. *Una teoría de la justicia*. Londres, Inglaterra: Belknap Press, (1975)

manera de ver el derecho, ejemplo de ello, es el bloque de constitucionalidad, que integra al derecho constitucional e internacional de los derechos humanos, en una sola entidad legal¹⁰. Esto no hubiera sido posible sin las reformas constitucionales que en la mayor parte de los Estados latinoamericanos reconocieron a los Tratados Internacionales como instrumentos exigibles ante sus propias autoridades, desprendiendo de dichas reformas obligaciones de carácter.

Lamentablemente, la visión constitucional ha venido fluctuando sin ser decisiva en las acciones estatales más allá de la judicatura y las grandes cortes. Aunque en la realidad se sigue observando que no hay un criterio sustantivo constitucional que pueda ser reconocido en las prácticas institucionales por parte del Poder Ejecutivo y Legislativo. Donde el primero, suele imponerse al segundo, obligándolo a optar por decisiones en beneficio de este. El hecho anteriormente mencionado es preocupante, pues es muestra de una imposibilidad por parte de los Estados latinoamericanos para construir instituciones fuertes que puedan garantizar con plenitud los derechos humanos. Al contrario, muchas democracias latinoamericanas optaron por sostener un modelo hiper-presidencialista y un centralismo en la decisión política, influenciada en muchas ocasiones, por el poder económico en turno, lo que terminó por construir redes de corrupción, explotación y privatización de los recursos naturales.

Esto coloca a Latinoamérica en una situación inusual, marcada por la incoherencia constitucional que conlleva a las malas prácticas estatales ante las jurisdicciones internacionales. Casos dantescos como el mexicano, son muestras de ello. Por un lado, se reconoce a la desaparición forzada como una grave violación de los derechos humanos, la cual de conocerse, debe ser investigada y sancionada con pena de prisión al perpetrador, ya que esta es reconocida como delito grave¹¹. Sin embargo, la realidad es apabullante, en 2018 se reconoció que habían alrededor de 37 mil desapariciones forzadas en México, muchas de ellas perpetradas por agentes de seguridad públicos, militares o agentes privados ligados al narcotráfico, a la fecha, solo se han dictado 12 condenas por este delito¹².

10. Astudillo Reyes, C. “El bloque y el parámetro de constitucionalidad en la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional, tomo IV, volumen 1*. México: México, (2015) 117-118

11. Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman los artículos 19, 20 y 73 de la constitución política de los estados unidos mexicanos. en materia de desaparición forzada de personas. https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/46884.

12. Saéz, A. “México: “Apenas hay 12 sentencias para las más de 37 mil desapariciones”, *deutsche welle*, (29 de agosto de 2018). <https://www.dw.com/es/m%C3%A9xico- apenas-hay-12-sentencias-para-las-m%C3%A1s-de-37-mil-desapariciones/a-45278692>.

Casos similares se encuentran en Chile, donde las violaciones graves de los derechos humanos se trasladan a la ausencia de garantías de los DESCAs, solo recordar las protestas estudiantiles del año 2018. En donde muchos jóvenes salieron a las calles en contra de la privatización de la educación universitaria¹³, siendo el inicio de un proceso complejo de exigencias sociales que terminaron por desembocar en una nueva Constitución.

De esta manera, podemos resaltar dos problemáticas anteriores a la pandemia de COVID-19. Por un lado, se encuentra la incapacidad de algunos Estados latinoamericanos para construir y diseñar instituciones fuertes y efectivas que puedan garantizar los derechos humanos. Debido a la concentración del poder; centralización administrativa; ausencia de autonomía institucional y la subordinación jerárquica de las instituciones estatales, problemas provocados por los regímenes híper-presidencialistas o por las dictaduras.

Por otro lado, Latinoamérica es una región con gran desigualdad económica, donde la repartición de la riqueza es pasada a un segundo término, privilegiando al capital por sobre los individuos. Sin embargo, según la CEPAL, en las últimas dos décadas la situación ha mejorado debido a la intervención estatal limitada, incrementando los ingresos de los habitantes de la región latinoamericana de manera progresiva, con lo cual, poco a poco ha comenzado a desintegrarse algunas brechas de desigualdad económica y política¹⁴. A pesar de ello, algunos países latinoamericanos no han variado en su porcentaje de desigualdad, ejemplo de ello es México, donde si bien, la desigualdad ha decrecido, lo ha hecho muy poco en comparación con otros países latinoamericanos. Otros casos que son alarmantes, son el de Brasil, donde se experimentó un decrecimiento en 2014 y un aumento de la desigualdad en 2018.

Esto viene aunado con la integración de algunos países de la región al Sistema Interamericano de Derechos humanos, el cual ha marcado algunos estándares en materia de DESCAs, siendo, en algunos casos, criterios obligatorios y vinculantes en las prácticas internas, así como las legislaciones nacionales.

De esta manera, se puede observar que desde la sentencia producto del Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú¹⁵, existe un

13. Méndez-Urich, L. “Estudiantes chilenos se lanzan a las calles en contra de las políticas educativas del Gobierno,” *France 24*, 20 abril de 2018 <https://www.france24.com/es/20180419-estudiantes-chilenos-protestas-educacion-chile>.

14. CEPAL, Panorama Social para América Latina 2020, <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/46687>.

15. Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158. párr. 102.

acercamiento por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien en el párrafo 102, trae a ella los principios que ya había plasmado el Comité DESCAs integrado a la ONU. Reconociendo que la garantía de estos derechos es fundamental y de cumplimiento progresivo, sujeta a la realidad y al contexto socio económico del Estado comprometido. Otra de las sentencias importantes, que vino a abonar a la discusión es la derivada del Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador¹⁶. La cual, en su párrafo 172, menciona que los DESCAs y los derechos civiles y políticos, no están disgregados, sino que son un cúmulo interdependiente de derechos. Lo que vino a reafirmarse con posterioridad en la sentencia del caso Lagos del Campo Vs. Perú¹⁷, que en su párrafo 141, reconoce que existe indivisibilidad de los DESCAs en relación con los derechos civiles y político, por ende, pueden ser exigibles, siendo esto sinónimo de justiciabilidad.

Otra de las sentencias que viene a enriquecer el cuerpo interpretativo de los DESCAs, deriva del Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile¹⁸, que en sus párrafos 100 y 102, se vuelve a resaltar la interdependencia y la indivisibilidad de los DESCAs. Sin embargo, esta vez se hacen con una base interpretativa proveniente del preámbulo de la Convención Americana de los Derechos Humanos. La última sentencia que muestra estándares claros para la justiciabilidad de los DESCAs, es la procedente del Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala¹⁹, donde se declara competente la Corte Interamericana para analizar violaciones de normas contenedoras de derechos sociales, educativos, científicos y culturales a partir del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, (CADH). Asimismo, se reconocen dos tipos de obligaciones que pueden ser reclamadas, unas que son de exigencia inmediata y otras que son de exigencia progresiva. Es esta última una obligación de hacer, dependiente de los recursos económicos disponibles, siendo exigibles en cualquier momento ante autoridad competente. De esta manera, la garantía de los DESCAs debe incluir a grupos excluidos, con el objetivo de corregir las desigualdades sociales, si bien, la Corte entiende que dicha progresividad de cumplimiento pueda ser flexible, eso no significa una inacción total. A pesar de lo anterior, la Corte Interamericana reconoce

16. Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298. párr. 172.

17. Corte IDH. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2018. Serie C No. 366. párr. 141

18. Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349. párrs 100 y 102.

19. Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de mayo de 2019. Serie C No. 378. párr. 142.

que puede haber una regresividad en la garantía de estos derechos, siempre y cuando esta sea objetiva, previo análisis de los derechos previstos en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Estos estándares son clave para entender cuál ha sido la dinámica estatal antes de la pandemia y jugó un rol relevante dentro de la misma, pues los primeros derechos en ser afectados por la pandemia fueron los DESCA.

3. La pandemia, entre la progresividad y la regresividad de la garantía de los derechos

El COVID-19 apareció a finales del año 2019 en la ciudad de Wuhan, específicamente en la provincia de Hubei, China. En un principio, la OMS señaló que dicho virus causaba una neumonía desconocida. Para marzo de 2020, dicha institución declaró a la expansión de dicho virus como una pandemia mundial²⁰, ya que este se encontraba en 114 países con 118 mil casos comprobados; para ese entonces, 81 países no habían reportado caso alguno, por ende, el organismo internacional tenía la esperanza de que la situación fuera reversible.

Las primeras olas de contagios trajeron consigo cierres masivos de lugares públicos, primeramente, en China, y poco a poco en la mayor parte del mundo. Por ejemplo, en Europa, la primera ola llegó a mediados de marzo de 2020, con ello los diferentes gobiernos de la región establecieron diversas medidas para controlar la expansión del virus, entre ellas, toques de queda, encierros forzados, obligatoriedad del uso de mascarillas, cierre total o parcial de escuelas, cierre de fronteras internacionales y cierres de negocios no esenciales²¹. Los esfuerzos europeos rindieron frutos, sin embargo; hubo relajación en las medidas estatales para frenar la enfermedad y en octubre de 2020, regresó el virus.

Mientras tanto, en América Latina, el virus llegó con meses de retraso, apareciendo los primeros casos en mayo de 2020 y hasta finales del mes de septiembre, lo que es considerado por algunos, la primera ola de COVID-19.²² Sin embargo, muchos gobiernos hicieron caso omiso a la experiencia europea y decidieron no tomar me-

20. OMS. Alocución de apertura del Director General de la OMS en la rueda de prensa sobre la COVID-19 celebrada el 11 de marzo de 2020. <https://www.who.int/es/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-COVID-19---11-march-2020->.

21. Ortiz de Zarate, R. Medidas de contención y desescalada adoptadas por los gobiernos europeos en la primera ola del coronavirus (enero-julio 2020) (Barcelona: CIDOB,2020) https://www.cidob.org/biografias_lideres_politicos/organismos/union_europea/COVID_19_la_respuesta_de_europa_contra_la_pandemia_2020.

22. Toledo Leyva, C. “La primera ola de coronavirus aún no ha terminado”, *Deutsche Welle*, 28 de septiembre de 2020 <https://www.dw.com/es/la-primera-ola-de-coronavirus-en-am%C3%A9rica-latina-a%C3%BAAn-no-ha-terminado/a-55085898>.

didadas preventivas para combatir el virus. Esto por un lado, se debió a las limitaciones institucionales y económicas de la región, y por otro, a la omisión política que terminó por agravar más las condiciones de desigualdad en toda la región. Sin embargo, algunos Estados latinoamericanos decidieron declarar Estados de excepción, limitar libertades como la de tránsito y cerrar comercios no esenciales, con lo cual se dio un despido masivo de trabajadores formales y con ello un incremento en las tasas de desempleo, que vino acompañado de una ausencia de garantías del derecho a la salud, como, por ejemplo, cargar con los gastos médicos que trae consigo el tratamiento para superar la enfermedad, pésimos servicios de salud y ausencia de medicamento. De esta forma, se marcó una brecha de desigualdad, pues las personas con mayores recursos tenían más posibilidades de sobrevivir que quienes no. El caso mexicano es clara muestra de ello, mientras que el servicio público de salud mexicano (IMSS), tenía el 44% de letalidad del total de personas que eran ingresadas por COVID, el servicio de salud brindado por un hospital particular solo tenía el 15.7%. Por ende, la pobreza fue y sigue siendo un factor estructural que puede ser la diferencia entre la vida y la muerte²³.

A pesar de los grandes costos humanos que resultó la primera ola, la región vivió una segunda. A principios del mes de enero de 2021, se elevó el número de contagiados y muertos, de manera que se volvieron a sentir los efectos de la pandemia, a pesar de ello, llegó una noticia que resultó esperanzadora en muchos aspectos, pues se habían patentado distintas vacunas contra el COVID-19. Por lo tanto, la pandemia pasó a una segunda etapa, donde los Estados de todo el mundo debían asegurarse el mayor número de vacunas e inocularlas en el menor tiempo posible.

Unido a lo anterior, las instituciones estatales redujeron sus funciones, lo que realmente es lamentable, pues estas son base para el funcionamiento de un Estado de derecho, como la procuración de justicia y los tribunales de justicia ordinaria. Lo que se vio reflejado en el aumento de violaciones graves a los derechos humanos en distintos ámbitos y a diferentes grupos sociales. Por lo tanto, se puede mencionar que si bien, ya existían problemáticas complejas en la región, el COVID-19 vino a agravarlas, particularizándolas en distintas partes de Latinoamérica. No obstante, y conscientes de la situación, los organismos internacionales decidieron reformular los parámetros de garantía de los derechos humanos, con el fin de trazar una ruta adecuada y conforme a los tratados internacionales que los Estados habían integrado con anterioridad a sus ordenamientos internos, para resolver la problemática que trajo consigo la pandemia en el mundo. Así, tanto los organismos internacionales universales, como los regionales,

23. Sánchez Talanquer, M. “La letalidad hospitalaria por COVID-19 en México: desigualdades institucionales, nexos”, (agosto 18 de 2020). <https://datos.nexos.com.mx/la-letalidad-hospitalaria-por-COVID-19-en-mexico-desigualdades-institucionales/>.

han puesto el dedo en el problema. La Organización de Estados Americanos (OEA) en conjunto con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lanzaron el comunicado, titulado “COVID-19 y derechos humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales”²⁴. En el cual, se hizo hincapié en dos temas relevantes, por un lado, el uso de la fuerza como medida de contención, la cual debe ser proporcional, razonable y excepcional, y por el otro, la protección de los DESCAs con enfoque de protección a grupos vulnerables. Donde no solo se integran a los niños, adultos mayores, mujeres, sino que lo focalizan en los pueblos indígenas; la comunidad LGBTTI; las personas con discapacidad; personas privadas de la libertad; personas que laboran en el sector informal.

De tal manera que, este organismo propuso diversas directrices para las acciones estatales que deben tomarse para la protección de los derechos humanos. En relación a lo anterior, la OEA buscó abonar a estas primeras acciones más resoluciones en conjunto con la Relatoría Especializada en Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, en adelante REDESCA. La primera resolución de importancia emitida por la OEA, fue la 1/2020²⁵, en la cual se mencionó que los Estados deben hacer todo lo posible para la protección los DESCAs, sobre todo en el tema de salud. Pues es de relevancia que se tomen las decisiones adecuadas para limitar el avance del virus por medio de políticas públicas. Asimismo, se mencionó que este derecho permite el disfrute de otros derechos, con ello se volvió a señalar la importancia de la interseccionalidad y la calidad del servicio de salud, el cual debe ser oportuno apropiado y accesibles para cualquier persona que lo requiera.

La segunda resolución de importancia para esta investigación, es la Resolución 4/2020²⁶, donde se contó con la participación de la REDESCA como respuesta a las mesas de trabajo en relación a los derechos humanos de personas contagiadas por COVID-19, instalada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Esta Resolución cuenta, en su parte resolutive, de 12 directrices de acción que especifican la manera en la cual deberían actuar los Estados para proteger a la población que hubiese contraído el virus en conjunto con los trabajadores de la salud. Para efectos de esta investigación solo se indagarán en 5 directrices que se consideran relevantes para la explicación del contexto institucional dentro de la pandemia.

La primera directriz relevante es la general, pues indica el deber de los Estados de

24. Corte IDH, “Comunicado de prensa Corte IDH_CP-7/2020,” (9 de abril de 2020). https://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_27_2020.pdf.

25. CIDH, Resolución no. 1/2020 pandemia y derechos humanos en las américas (Adoptado por la CIDH el 10 de abril de 2020), <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>.

26. CIDH, Resolución no. 4/2020 derechos humanos de las personas con COVID-19 (Adoptado por la CIDH el 27 de julio de 2020) <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-4-20-es.pdf>.

respetar sus obligaciones internacionales en relación a la protección derechos humanos a partir de un enfoque interseccional y multidisciplinario integrado en políticas públicas, evitando cualquier forma de discriminación. La segunda directriz es específica, pues integra al derecho de la salud en personas con COVID-19, mencionando la importancia de asegurar servicios de salud de calidad, siendo estos accesibles para la mayor parte de la población y sin exclusión de persona alguna. Esto va en conjunto a la capacidad de respuesta institucional ante un eventual desbordamiento de contagios en los hospitales, la cual puede ser considerada como la tercera directriz. En relación a esto, la OEA dio distintas alternativas para evitar este escenario, por ejemplo, la creación de un protocolo de atención claro y el mantenimiento de un sistema de fiscalización y rendición de cuentas que permita la presentación de quejas y solicitudes de medidas de protección urgente, en caso de pacientes que presenten cuadros graves de la enfermedad.

La cuarta directriz, busca integrar a la cooperación internacional, coordinación y gestión de recursos, como directrices viables de protección a los DESCAs. Dado que la OEA, reconoce la existencia de países que han alcanzado estabilidad económica y otros que no. Por ende, los países más aventajados deberían apoyar con recursos económicos y humanos a los países que no han tenido la fortuna de contar con las condiciones económicas suficientes para hacer frente a la pandemia. Dicho organismo internacional, además reconoce que los esfuerzos de la cooperación latinoamericana deben de estar centrados en la investigación científica con el fin de ponerlos en práctica.

La última y quinta directriz, está relacionada con los trabajadores de la salud y la garantía de los DESCAs respecto de las personas contagiadas por el COVID-19. Puesto que a los trabajadores de hospitales y centros de salud se les debe de asegurar las garantías laborales óptimas para que puedan atender y preservar la vida en la medida de lo posible de las personas contagiadas por el virus. Ello lleva a cuestionar sobre la calidad de los materiales de protección que son dados al personal de salud, los descansos laborales, su régimen laboral por el cual se les contrató y el reconocimiento social que se les ha dado. Integrado a lo anterior, la opinión también abarca las acciones tendientes a garantizar los DESCAs a personas contagiadas por COVID-19, de forma que la garantía de permanencia laboral debe ser asegurada tanto en el sector público como en el privado, evitando cualquier situación de despido injustificado. Además, los Estados deben de ocuparse en dotar del servicio de agua potable y alimentación a aquellas personas enfermas en situación de pobreza extrema y adecuar de manera temporal sus viviendas para un aislamiento en un lugar digno.

Cabe señalar que la limitación para atender la garantía de estos derechos puede que no sea cumplida, existe la preocupación fundada de que la pandemia sea un incentivo para que muchos Estados declaren una regresividad en relación a la

protección de los DESCAs, A causa de que estos, al estar condicionados en gran medida por los recursos económicos, pueden verse limitados. Por ende, la regresividad debe estar fuertemente argumentada en criterios objetivos que permitan hacer del conocimiento de la autoridad internacional las causas por las cuales el Estado no puede cumplir con sus obligaciones internacionales de la materia²⁷.

A pesar de estas directrices que, en teoría los Estados deberían haber adoptado, el malestar social ha sido notorio. Las nulas garantías a los derechos humanos en la pandemia, así como la falta de cooperación regional entre Estados, junto con el quiebre económico y la ausencia de un criterio político preocupado por mitigar los efectos sociales negativos del COVID-19, han terminado por explotar en movimientos sociales masivos. Asimismo, se han dejado a su suerte a poblaciones completas ante la nueva aparición de variantes y mutaciones del virus, en especial la variante Delta, que representa un reto para los gobiernos del mundo y un contrarreloj para la adquisición e inoculación de las vacunas.

4. La protesta social y la respuesta gubernamental.

Las protestas son el principal motor de defensa de los derechos humanos, pues son el medio idóneo para poder expresar un deseo, interés o reclamo hacia una autoridad, siendo muchas veces denuncias de un problema público. Por lo tanto, puede afirmarse que las manifestaciones públicas son parte fundamental de una sociedad democrática que permite un espacio público para la congregación de las diferentes voces de los colectivos. Debe mencionarse que este derecho no está desvinculado de otros, ya que la protesta va acompañada del derecho a la reunión y a la libertad de expresión. De manera que, en su conjunto son la vía idónea para hacer escuchar la voz de las personas excluidas, dotándolas de la posibilidad de establecer una agenda alternativa por sobre los intereses económicos o políticos imperantes²⁸.

A nivel interamericano, los Estados deben de garantizar este derecho a partir de la Convención Americana de Derechos Humanos, en especial sus artículos 1.1 y 2. Sin embargo, el mero reconocimiento de la obligación internacional ha sido insuficiente, la mayoría de los Estados en América Latina han sido rebasados por las condiciones fácticas que ha traído la pandemia. Como se ha mencionado en líneas anteriores, se

27. CIDH, “Comunicado de prensa, La CIDH y su REDESCA instan a asegurar las perspectivas de protección integral de los derechos humanos y de la salud pública frente a la pandemia del COVID-19”, (20 de marzo de 2020). <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/060.asp>.

28. CIDH, Protesta y Derechos Humanos Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.22/19, septiembre de 2019 <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/ProtestayDerechosHumanos.pdf>

carece de institucionalidad en la región y no se han optado por las medidas adecuadas para la reducción de los contagios o la operatividad de los sistemas de justicia.

Casos que son de importancia en este estudio, los cuales se habían mencionado con anterioridad, son los de México, Colombia y Chile. El caso mexicano es único, pues a pesar de la ausencia de apoyo estatal para ayudar a los trabajadores contagiados de covid, así como la ausencia de acciones para frenar el aumento de pobreza y pobreza extrema, que incrementó en casi 5 millones de personas en situación de pobreza²⁹. Junto con la ausencia de acciones para la protección de mediana y pequeñas empresas, las cuales tuvieron que cerrar de manera definitiva con un número que se contabiliza en 1 millón de negocios productivos³⁰, las protestas no aparecieron por parte del sector laboral. Los movimientos sociales que se produjeron en México fueron protagonizados por mujeres, ante la falta de acción estatal para frenar el incremento de feminicidios en el país, pues en 2020 hubo un aumento del 7% en dicho delito³¹.

El movimiento feminista estuvo a punto de realizar un gran cambio en la manera en que las autoridades actuaban, pues desde finales de 2019, las protestas feministas habían tomado un giro inesperado, de ser solo cientos de mujeres las que protestaban por la violencia de género, pasaron a ser un grupo compuesto por miles de ellas. Quienes encontraron en la destrucción de la propiedad privada el último medio para hacerse escuchar, lo que provocó la criminalización de su movimiento, desde el discurso estatal. A pesar de ello, las mujeres no desistieron y el 8 de marzo de 2020 salieron a las calles de nuevo, juntando un aglomerado aún más grande aproximadamente de 80 mil mujeres. Sin embargo, y a pesar de casi lograr un cambio histórico en materia de género, la pandemia vino a reducir el impacto de su movimiento, no sería hasta el año 2021, cuando la protesta volvería a tomar fuerza, esta vez en contra del actual primer mandatario de México. En todas estas protestas se observó una conducta limitada y correcta en uso de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad, ya que no se presentaron incidentes graves que lesionaran de manera irremediable la vida de las manifestantes. Si bien el poder en turno buscó sofocar el movimiento por medio de la criminalización mediática, declarando a las mujeres que formaron parte de las marchas feministas como opositoras al gobierno, lo que provocó un linchamiento

29. CONEVAL, “Comunicado de prensa No. 9” (5 de agosto de 2019). https://www.coneval.org.mx/SalaPrensa/Comunicadosprensa/Documents/2021/COMUNICADO_009_MEDICION_POBREZA_2020.pdf

30. INEGI “Comunicado de prensa núm. 183/21” 22 de marzo de 2021 <https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2021/OtrTemEcon/EDN2020.pdf>

31. Guillén, B. “Los feminicidios en México aumentan un 7,1% en los cinco primeros meses de 2021” *el país*, (28 de junio de 2021), <https://elpais.com/mexico/2021-06-28/los-feminicidios-en-mexico-aumentan-un-71-en-los-cinco-primeros-meses-de-2021.html>

social masivo por parte de gran parte de la sociedad, que justificó una violencia de género legitimada desde el poder público.

En conclusión, el Estado mexicano no ha podido garantizar la seguridad de miles de mujeres en contra de la violencia de género. A causa de la ausencia de institucionalidad y la negligencia de la autoridad, teniendo como resultado que 10 mujeres al día sean asesinadas por razones de género, unido al encierro que las mujeres tienen que vivir con sus agresores por causas de la pandemia, factor que ha provocado un alza en este fatídico número. Esto ha sido un claro retroceso en materia de género dejando de lado las obligaciones internacionales que el mismo Estado mexicano se ha comprometido a llevar a cabo. A pesar de lo anterior, se observa que las protestas han rendido algunos frutos, pues después de las protestas en marzo de 2020, las acciones gubernamentales han incrementado, siendo 16 las medidas adoptadas³².

El segundo caso que llama la atención es el colombiano, el cual tuvo un desarrollo totalmente diferente al mexicano, pues en el contexto de pandemia, la autoridad de dicho país ha mostrado una violencia bruta con el objetivo de reprimir las protestas, asesinando impunemente a decenas de manifestantes en las calles³³. La problemática inició a finales del año 2019, el ex presidente colombiano propuso una serie de reformas que buscaban reducir derechos económicos, como las pensiones, donde también buscó aumentar la edad de jubilación y reducir el salario de los jóvenes trabajadores. Del mismo modo, muchos estudiantes y profesores universitarios salieron a las calles para exigir un aumento en el presupuesto de las universidades públicas y privadas.

Todo esto, llevó a miles de personas a manifestarse desde el día 22 de noviembre de 2019 hasta el 21 de febrero del 2020. Siendo desplegadas las fuerzas de seguridad públicas, las cuales no tuvieron criterio alguno sobre la limitación del uso de la fuerza al momento de reprimir dichas protestas, lo que derivó en el deceso de 17 manifestantes. Para marzo de 2020 se había planeado una nueva marcha, sin embargo; se decretó la cuarentena causada por el COVID-19, lo que terminó por desalentar en un primer momento la protesta. A pesar de ello, el deseo por la lucha en pos de los derechos humanos siguió su curso. Para julio de 2021 se volvió a retomar la protesta debido a promulgación de una nueva reforma fiscal que terminaría afectando aún más a los afectados por la pandemia, la respuesta del gobierno fue todavía más violenta, el uso de la fuerza fue indiscriminado.

En conclusión, el Estado colombiano usó de manera indiscriminada la fuerza le-

32. CEPAL, Observatorio Covid para América Latina y el Caribe, (12 de agosto de 2021). <https://cepalstat-prod.cepal.org/forms/covid-countrysheet/index.html?country=MEX>.

33. Organización de las Naciones Unidas, “Colombia: La ONU llama al gobierno a garantizar la justicia y brindar reparación a las víctimas de las protestas”, *Noticias ONU*, 15 de diciembre de 2021. <https://news.un.org/es/story/2021/12/1501462>.

tal contra quienes protestaron en contra las reformas del gobierno, dejando de lado los criterios que el mismo Estado colombiano había aceptado y desarrollado jurisprudencialmente en la sentencia c-009/18 de la Corte Constitucional colombiana³⁴, la cual exige que el uso de la fuerza sea el último recurso, buscando salvaguardar a quienes protestan. A pesar de las graves violaciones de derechos humanos y la violación de los criterios internacionales y nacionales en los que ha incurrido el Estado colombiano, lo cierto es que los manifestantes han logrado dar reversa a las reformas fiscales, las reformas de salud. Además, lograron la renuncia de distintos funcionarios públicos de seguridad, de hacienda y de la cancillería, y el logro más importante, que se reconociera a la educación universitaria como gratuita³⁵.

El último caso es el chileno, muy parecido al colombiano, pero con algunas diferencias. Las protestas en Chile iniciaron desde octubre de 2019 hasta marzo de 2020, provocadas por el aumento del transporte público. Lo que indujo a cientos de personas a manifestarse contra la medida, incitando una respuesta violenta por parte del gobierno chileno, de manera que se utilizó de manera facciosa la ley de seguridad nacional para encarcelar y procesar penalmente a los manifestantes. La situación siguió escalando, llevando a declarar un Estado de emergencia en todo el país, los enfrentamientos de los ciudadanos en contra del gobierno no se hicieron esperar, la respuesta por parte del gobierno fue desmedida y violenta. Las movilizaciones sociales dieron como resultado que el gobierno se planteara la posibilidad de un plebiscito con el fin de adoptar una nueva Constitución. Sin embargo, la pandemia redujo el movimiento social, para marzo de 2021, las protestas volvieron con algo de fuerza con un saldo de 63 detenidos³⁶, a pesar de los últimos intentos del gobierno chileno por desarticular las manifestaciones sociales, no pudieron frenar la nueva votación para diputados constituyentes que escribirían la nueva Constitución de Chile.

En conclusión, el Estado chileno no garantizó el derecho de protesta y utilizó a la fuerza pública de manera directa para detener las manifestaciones, asimismo, se ha desatendido de las obligaciones internacionales en relación de los DESCAs. Pues a mitad de una pandemia internacional han intentado establecer reformas estructurales con el fin de quebrantar las delgadas garantías económicas y laborales del pueblo chileno, a pesar de ello, no ha podido revertir la exigencia social y el reclamo por una nueva Constitución.

34. Corte Constitucional colombiana, sentencia C-009/2018, 7 de marzo de 2018.

35. INFOBAE, “10 logros del paro nación en 49 días de protesta en Colombia”, *Infobae*, 15 de junio de 2021. <https://www.infobae.com/america/colombia/2021/06/15/10-logros-del-paro-nacional-en-49-dias-de-protestas-en-colombia/>.

36. Sedano, R. “Chile: nuevas protestas contra el Gobierno acaban con 63 detenidos en la capital”, *France 24*, 3 de marzo de 2021 <https://www.france24.com/es/am%C3%A9rica-latina/20210307-chile-protestas-gobierno-decenas-detenidos>.

Bibliografía

Obras

- ASTUDILLO-REYES, C. (2015) “El bloque y el parámetro de constitucionalidad en la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional, tomo IV, volumen 1* (México): México.
- CARLOS MARÍA Pelayo Möller, “Tres ideas desarrolladas por el constitucionalismo alemán”, en *anuario de derecho constitucional latinoamericano xxv*, (Colombia: BOGOTÁ, 2019).
- GARGARELLA, R. (2010) “Apuntes sobre el constitucionalismo latinoamericano del siglo XIX. una mirada histórica”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.* 25.
- LÓPEZ-AYÓN, S. y Fix-Zamudio, H. (2000) *¡Tan cerca, tan lejos! Estado de derecho y cambio jurídico en México*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- MARTÍNEZ BULLÉ-GOYRI, V. M. (2013) Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 46 (136).
- NORIEGA-OCTAVIO, A. (2012). “Introducción” *El persistente flagelo de la tortura en México, Reforma al sistema de justicia penal mexicano Prevención y Sanción de la tortura*. México: Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C. CMDPDH).
- RAWLS, J. (2005). *Una teoría de la justicia*, Londres, Inglaterra: *Belknap Press*.

Leyes nacionales

Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman los artículos 19, 20 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de desaparición forzada de personas.

Comunicados de prensa

- Banco Mundial, “Comunicado de prensa. Para impulsar las inversiones y el crecimiento en los países en desarrollo es fundamental reducir los riesgos”.
- CIDH, “Comunicado de prensa, La CIDH y su REDESCA instan a asegurar las perspectivas de protección integral de los derechos humanos y de la salud pública frente a la pandemia del COVID-19”, 20 de marzo de 2020.
- CIDH, Protesta y Derechos Humanos Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.22/19, septiembre de 2019.
- CONEVAL, “Comunicado de prensa No.9” 5 de agosto de 2019.

CORTE IDH, “Comunicado de prensa” Corte IDH_CP-7/2020.
INEGI “Comunicado de prensa núm. 183/21” 22 de marzo de 2021.
OMS, Alocución de apertura del Director General de la OMS en la rueda de prensa sobre la COVID-19 celebrada el 11 de marzo de 2020.

Sentencias y documentos internacionales

CEPAL, Panorama Social para América Latina 2020.
CIDH, Resolución no. 1/2020 pandemia y derechos humanos en las américas (Adoptado por la CIDH el 10 de abril de 2020).
CIDH, Resolución no. 4/2020 derechos humanos de las personas con COVID-19 (Adoptado por la CIDH el 27 de julio de 2020).
CORTE IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de mayo de 2019. Serie C No. 378.
CORTE IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.
CORTE IDH. Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2018. Serie C No. 366.
CORTE IDH. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349.
CORTE IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.

Sentencias nacionales

Corte Constitucional colombiana, sentencia C-009/2018, 7 de marzo de 2018.

Observatorios

CEPAL, Observatorio COVID para América Latina y el Caribe, 12 de agosto de 2021.
Roberto Ortiz de Zarate, Medidas de contención y desescalada adoptadas por los gobiernos europeos en la primera ola del coronavirus (enero-julio 2020) (Barcelona: CIDOB, 2020).

Notas periodísticas

- GUILLÉN, B. “Los feminicidios en México aumentan un 7,1% en los cinco primeros meses de 2021” el país, 28 de junio de 2021.
- INFOBAE, “10 logros del paro nación en 49 días de protesta en Colombia”, Infobae, 15 de junio de 2021.
- MÉNDEZ-URICH, L. “Estudiantes chilenos se lanzan a las calles en contra de las políticas educativas del Gobierno”, France 24, 20 de abril de 2019.
- SAÉZ, A. “México: ‘Apenas hay 12 sentencias para las más de 37 mil desapariciones’” Deutsche Welle,
- SÁNCHEZ-TALANQUER, M. “La letalidad hospitalaria por COVID-19 en México: desigualdades institucionales”, nexos, agosto 18 de 2020.
- SEDANO, R. “Chile: nuevas protestas contra el Gobierno acaban con 63 detenidos en la capital”, France 24, 3 de marzo de 2021.
- TOLEDO-LEYVA, C. “La primera ola de coronavirus aún no ha terminado”, Deutsche Welle, 28 de septiembre de 2020.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Colombia: La ONU llama al gobierno a garantizar la justicia y brindar reparación a las víctimas de las protestas”, Noticias ONU, 5 de diciembre de 2021.

“Luchas sociales, represión de la protesta y defensa de los derechos humanos en la ciudad de Valparaíso, Chile”

Gonzalo Iturra Marchan¹

(Chile)

RESUMEN Desde el 18 de octubre del 2019, Chile ha estado envuelto en una crisis social que no se veía desde la dictadura de Augusto Pinochet. Una población cansada de tantos abusos e injusticias salió a las calles con cacerolas, ollas y sartenes, quienes junto con sus cucharas de madera protestaron bajo la consigna “No son 30 pesos, son 30 años”, resistiendo frente a las violaciones sistemáticas a los derechos humanos por parte de carabineros de Chile, fuerzas armadas y el gobierno de Sebastián Piñera. Hoy, muchos agentes del estado siguen impunes, mientras que el pueblo sigue pidiendo justicia, verdad y reparación.

PALABRAS CLAVE Estallido social, impunidad, derechos humanos.

La crisis social del 18 de octubre del 2019 se ha caracterizado por ser el reventón social más grande, extendido y violento que ha ocurrido en la historia de Chile desde la “vuelta a la democracia” en 1990. Para entender el contexto, en Chile, desde el año 1973 se impuso, de forma extremadamente violenta un modelo neoliberal, por la necesidad de demostrar (en medio de una Guerra Fría) que la economía de mercado podría generar un desarrollo social y no solo un subdesarrollo como se había planteado en las décadas de los años 60 y 70.

1. Artista visual y fotógrafo, candidato a Magíster en Gestión cultural en la Universidad de Playa Ancha. Desde el año 2020 hasta el año 2022 se desempeñó como investigador en la Defensoría de Derechos Humanos, Quinta Región. giturramarchan@gmail.com. “Luchas sociales, represión de la protesta y defensa de los derechos humanos en la ciudad de Valparaíso, Chile”. Agradecimientos a Soledad Peña, Carla Arriagada quienes fueron parte de este proceso y a todo el equipo que conformó la Defensoría de Derechos Humanos, Quinta Región.

El origen del texto se basa principalmente en informes realizados desde el año 2019 en la Defensoría de Derechos Humanos, quinta región, junto con: notas de prensa, informes de gobierno y artículos académicos.

1. Luchas sociales, estallido social y sus antecedentes

Hablar sobre luchas sociales es hablar sobre la columna vertebral de Chile. Para nuestros abuelos y padres, las luchas sociales fueron resistir la dictadura cívico-militar de Augusto Pinochet, para nosotros, es resistir y luchar contra el gobierno de Sebastián Piñera. Diferentes años, diferentes contextos, mismas formas de protesta y represión. Con el paso de las décadas hemos sido testigos de numerosas luchas sociales; estudiantiles; regionalistas y movimientos obreros a nivel país e internacional. Pero con el pasar de los años, logramos comprender las nuevas formas de lucha social, movimientos compuestos de diversas luchas: luchas culturales como los movimientos feministas y luchas de diversas minorías por su reconocimiento, combates democráticos por la extensión de derechos y el rechazo de tiranías, luchas sociales tradicionales alrededor de intereses económicos² (Dubet, 1989).

Parafraseando a Mario Waissbluth, en su ensayo “Orígenes y evolución del estallido social en Chile”, como me dijo un chofer de Uber, muy atento a los acontecimientos: “Piñera fue la primera molotov”³(enero, 2020). Desde 2019 Chile se ha visto sacudida por masivas protestas sociales, pero desde el día 19 de octubre es cuando el denominado estallido social llegó a la ciudad de Valparaíso. Varios sectores de la población, la clase baja y la llamada “clase media” protestaron contra el modelo neoliberal vigente instaurado en los años 1970, 1980 en adelante. No es de sorprenderse que grandes cadenas de farmacias, supermercados, el fallido sistema de pensiones (AFP), el transporte público y tiendas de *Retail* fuesen quienes más sufrieron los daños provocados por las violentas jornadas de protestas, ellos son quienes manejan la economía en el país.

Solo faltaba una chispa (cualquier chispa) que crispando la piel de los adolescentes de Chile, los cuales vienen mostrando más sensibilidad histórica e irritabilidad política que cualquier otro sector de la sociedad, hiciera estallar todo. Esa chispa llegó con el aumento del metro y la represión que sucedió al movimiento por la «evasión masiva»⁴.

Es en abril del 1983 que la Confederación de Trabajadores del Cobre (CTC) realizaron un congreso en la localidad de Punta de Tralca⁵. El cual decidió llamar a una

2. Dubet, D. “Post Data I”. ¿Qué es la intervención sociológica?, de François Dubet *et al.* Pobladores: Luchas sociales y democracia en Chile. (Santiago: Ediciones Universidad Alberto Hurtado, 2016) 19. Trad. por Diego Arango.

3. Waissbluth, M. En *Orígenes y evolución del estallido social en Chile*, 31 de enero de 2020.

4. Salazar, G. “El «reventón social» en Chile: una mirada histórica”, *nuso.org*, octubre de 2019.

5. Iglesias-Vásquez, M., El movimiento de pobladores contra la dictadura, Santiago, Ediciones Radio Universidad de Chile, (2007), p. 288.

paralización nacional para el día 11 de mayo de ese año, considerándose de esta forma, la primera gran manifestación en contexto de dictadura. Con el pasar de los días el presidente de la CTC modificó la convocatoria inicial y se invitó a una jornada general de protesta por los altos índices de cesantía, la precarización de la vida. No obstante, en un estado de constante terror debido a la dictadura en la que se encontraban inmersos, y en el que comúnmente los empleadores castigaban a sus empleados que se manifestaban, se veía difícil lograr una gran cantidad de adherentes a esta movilización. Sin embargo, fueron los pobladores de los sectores más periféricos de la ciudad y la región, quienes bajo consignas sociales⁶ gritaban junto con las juventudes políticas, protagonistas de las transformaciones en Chile, participes en una militancia antidictatorial en nuestro país. En aquella época, donde el límite de la acción política y el costo de movilizarse en contra de la dictadura que no dejó nunca de reprimir era la vida misma. La propia y la de todos los cercanos⁷.

Convocaban los trabajadores, pero los que nos transformábamos en protagonistas de las protestas fuimos nosotros, porque la protesta se dio fundamentalmente en las poblaciones, en los barrios populares. Entonces, producto de eso, adquirimos un protagonismo que nosotros no buscábamos⁸.

Podemos evidenciar los casi 50 años que han pasado desde el golpe de Estado, y casi 40 desde la primera jornada de manifestaciones en el país⁹. Somos testigos claves en las formas de lucha y defensa, de cómo el pueblo de Chile se defiende contra el gobierno de turno, y como los sectores más periféricos de la ciudad, de la región y del país son quienes más han sufrido, zonas de sacrificio y los últimos lugares donde llega la ayuda económico-social. ¿No nos causa ruido, que los mismos sectores de la población sean quienes más resisten la intervención por parte de fuerzas armadas y carabineros de Chile? ¿No nos causa ruido, que durante casi 50 años sea el sector obrero el que siempre convoca manifestaciones y jornadas de protesta por la vulneración a sus derechos sociales y laborales? Podríamos seguir todo el día cuestionando lo que ocurre en nuestro entorno, lo que le ocurre a nuestro vecino y lo que les ocurre a nuestros familiares.

6. Morir luchando; de hambre ni cagando.

7. Oyarzo, G. "Militancias generacionales: de morir luchando a la era de la comunicación política", *El Mostrador*, (14 de agosto de 2017).

8. Aedo, J. C. entrevista por Manzano, C. (noviembre de 2014).

9. Desde la dictadura cívico-militar de Augusto Pinochet hasta la fecha.

2. Represión de la protesta, impunidad y el derecho a protestar

Desde octubre de 2019 a enero de 2020, se demostró en las calles una cierta racionalidad de acción en torno a la protesta social. En ciudades como Valparaíso y San Antonio, la defensa del derecho a la protesta y reunión, así como el “ataque” de grupos que de modo significativo han sido omitidos, vulnerados y censurados hacia instituciones y lugares que históricamente han simbolizado centros hegemonía ideológica, de opresión, de violaciones de DD.HH., y de abuso económico. Frente a ellos, la movilización social se tradujo en acciones directas contra: la Catedral de Valparaíso, el edificio del diario El Mercurio de Valparaíso, recintos de la armada, carabineros y del ejército (Valparaíso, San Antonio y otras); acciones contra instituciones bancarias, financieras, APF, supermercados, cadenas de farmacias, y otras. Se ejecutó, –se puede decir– una suerte de memoria histórica contra los enemigos de siempre.

¿Cuándo hablamos de represión policial que imágenes se nos vienen a la mente? Desde el día 1 que la Defensoría¹⁰ ha estado en las calles de la región de Valparaíso, hemos sido principales testigos en la observancia del actuar de carabineros, y por desgracia también somos testigos directos de las múltiples violaciones a los Derechos Humanos por parte de esta entidad del estado.

En la retina tenemos la imagen del joven que cae por el puente Pío Nono luego de ser empujado por personal policial, y aunque la justicia deje libre al carabiniere que lo empujó y concluya la investigación, no podrán borrar los registros de los minutos dramáticos que ocurrieron en nuestro país.

2.1 Represión y criminalización de la protesta

Cuando hablamos sobre criminalización de la protesta en los medios e informes emitidos por organizaciones nacionales e internacionales, nos preguntamos sobre los estándares de la fuerza aplicada, y sobre cuál es la proporcionalidad que debe usar, por parte del efectivo policial, hacia un grupo de manifestantes.

Durante el año 2020, el equipo de observadores de la Defensoría¹¹ en el contexto de comprender los estándares de trabajo de carabineros, nos dispusimos a realizar seguimientos hacia el personal policial. Estos seguimientos, correspondían a la observancia de los movimientos por las calles de la ciudad de Valparaíso, los “piquetes” que se conformaban (quienes eventualmente se disponían a detener y reprimir manifestaciones) y la identificación hacia actores sociales y manifestantes solitarios. Estos actos, evidentemente a los días empiezan a mutar. Nos encontramos con inten-

10. Defensoría de Derechos Humanos, Quinta región.

11. Defensoría de Derechos Humanos, Quinta región.

tos de secuestro; detenidos que nunca llegaron a las respectivas comisarías correspondientes en cada ciudad, y actos de tortura dentro de los carros policiales, entre otros¹². Con estas evidencias se decide entrar en diálogo con el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) para presentar una propuesta de trabajo en calle, y una solución en conjunto, pues ante el protocolo de acción de carabineros ellos son los únicos que se les permite ingresar a los carros policiales, observar el estado de las y los detenidos, e incluso quedarse dentro del vehículo policial debido a distintas circunstancias¹³.

Con los antecedentes anteriores nos preguntamos; ¿por qué comenzamos a normalizar estos actos? Hemos sido testigos de despliegues de efectivos en caballo, motos, carros lanza gases y lanza agua, retenes móviles y buses, aumentando la cantidad de funcionarios, moviéndose por bloques en la principal arteria de la ciudad, en la Avenida Pedro Montt. Portando pistolas antidisturbios y de perdigones, amenazando e intimidando a las personas constantemente con las armas nombradas, generando nubes tóxicas tras el uso de carros lanza gases, las que dañan a los vecinos de la ciudad que no se encontraban en ese momento manifestándose.

La violencia policial ha sido difícil de erradicar y nosotros lo normalizamos debido al trauma transgeneracional¹⁴ que nos dejó la dictadura de Pinochet. Pese a que vivíamos en el “oasis de Latinoamérica” la desacreditación de las fuerzas policiales comenzó a tomar fuerza a fines del año 2018, cuando Camilo Catrillanca fue asesinado a tiros por la policía mientras conducía su tractor en una comunidad mapuche en el sur del país. Muchas personas creen que este caso fue el germen de una ola de ira horizontal sin precedentes desde el fin de la dictadura (1990), con protestas a gran escala que se prolongaron durante varios meses provocaron la muerte de cerca de 30 personas, miles de heridos, de los cuales cientos cuentan con traumas oculares.

2.2 La impunidad

Podemos demostrar a través de diversos materiales, periodísticos específicamente: “Piñera: No habrá impunidad en violaciones de DD.HH., ni para desórdenes”¹⁵ de

12. Defensoría de Derechos Humanos, Quinta región. Informe “*Trabajo de verano y festival de viña*” (2020).

13. Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Ley 20.405, 2009 INDH, decreto No 1364 del 13 de noviembre del 2018.

14. Matamala, F. “El trauma transgeneracional: una revisión histórica, teórica y clínica, de las formas de hacer reparación psicoterapéutica de la violencia de Estado en los Programas PRAIS de la Región Metropolitana de Chile” (tesis doctoral, Universidad Diego Portales, 2021)

15. El Dinamo, “Piñera: No habrá impunidad en violaciones de DD.HH. ni para desórdenes”, *El Dinamo*, 14 de diciembre de 2019.

parte de los representantes del Estado existe una justificación de la violencia implícitamente. Este concepto se entiende como la justificación de la violencia en cuanto ésta sea para preservar el orden social, el Estado mantiene este “orden” a través del ejercicio sistemático de diversas acciones que van en contra de los derechos humanos de la sociedad civil¹⁶.

Las violaciones a los derechos humanos no han ido hacia un grupo en específico que están protestando contra el gobierno de Sebastián Piñera, como el caso del pueblo mapuche quienes históricamente han sido sistemáticamente perseguidos y violentados mediante leyes represivas que son heredadas desde la dictadura. Otro punto particular, es el alto número de detenciones en manifestaciones callejeras, las que afectan principalmente a la población más joven, quienes conocen la peor cara de la moneda, y han vivido su vida entera recibiendo las migajas del poder empresarial, a los cuales hoy los reconocemos como presos políticos de la revuelta social. Porque si, en el trabajo de la defensa y promoción de los derechos humanos hay que ser también un ente fiscalizador, declarar con la verdad y la justicia, produciendo de ese modo una discrepancia con absolutamente todas las notas de prensa y cadenas nacionales que dicen “en Chile no hay presos políticos”. (Gobierno de Chile, 2021)

Debe destacarse además que es casi imposible explicar con total certeza algunos acontecimientos sobre todo, cuando diferentes facciones les dan interpretaciones extremadamente distintas, siendo muy difícil conocer la verdad “objetiva”¹⁷. Como ejemplo, la rudeza policial ha sido denunciada firmemente por los manifestantes, las redes sociales, el Instituto de Derechos Humanos, organismos internacionales, y los partidos de oposición. Sin embargo, el gobierno de Sebastián Piñera, los altos mandos de Carabineros y FF.AA. insisten enfáticamente en que aquí sólo ha habido incidentes puntuales, éstos, siendo fruto de la falta de experiencia y capacitación policial para enfrentar estas “nuevas situaciones”¹⁸.

Es difícil comprender este diagnóstico, si tomamos en cuenta el balance que realizó el Instituto Nacional de Derechos Humanos a 100 días del estallido social, en donde se llega a una cifra de más de mil las querellas que se han presentado en contra de agentes del estado por violaciones a los derechos humanos. Un dato no menor es que, sólo en 16 de estas¹⁹ hubo agentes del estado formalizados. Los apremios mutan en cantidad y forma, pero la gran mayoría siguen quedando impunes.

16. Sanchez, M. B., & Ruíz, P. T. (2011). Percepción de inseguridad pública y justificación de la violencia de Estado en un grupo de habitantes del Estado de México: análisis de argumentos. *Acta Colombiana de Psicología*, 14(2): 35-43.

17. Waissbluth, “*Orígenes y evolución del estallido social en Chile*”. p. 6.

18. Waissbluth, “*Orígenes y evolución del estallido social en Chile*”. p. 6.

19. Datos recopilados a enero de 2020.

Felipe Aguero²⁰, doctor en ciencia políticas, nos asegura que:

“Se habla de que hay comisiones trabajando por la reforma a Carabineros, pero el hecho es que las personas siguen muriendo a manos de ellos. Ese es el hecho concreto y en una mirada un poco más larga, hay que entender que -ahora que vivimos bajo un recuerdo permanente de que hay que condenar la violencia-, pocas veces se hace mención a ésta violencia, la que viene de Carabineros, que viene del Estado y que es esa violencia la que ha gatillado la otra violencia”.

Sin embargo, Piñera teniendo la oportunidad de evitar que su aprobación siga bajando, teniendo como vitrina la inauguración de la ENADE²¹, prefirió felicitar la labor de la policía y hacer caso omiso a los delitos cometidos por personal policial, sentenció que “Quiero compartir con ustedes mi aprecio y gratitud con instituciones como Carabineros y la Policía de Investigaciones. Cuando carabineros o los policías salen a la calle -yo lo he visto con mis propios ojos- lo hacen para proteger el orden público”, (Gobierno de Chile, 2020)

2.3 El derecho a protestar

Antes del fin de la dictadura, surge una cultura de la resistencia, lo que hizo que la sociedad se movilizará para organizarse y hacerle frente a las violaciones a los derechos humanos. Adoptamos este concepto de “resistencia” desarrollado por Marta Traba en su texto “Dos décadas vulnerables 1950-1970” publicado en 1973. Lo enfatizamos de la forma en que, como organización defensora y promotora de derechos humanos, destacamos y declaramos el uso de la autodefensa ante un estado criminal, que como observadores hemos hecho visibles sus crímenes desde 2019 a la fecha.

¿Qué es la protesta social? Usualmente la conocemos en sus formas más tradicionales, manifestaciones, cacerolazos, espacios de arte político, arte acción y performance. En Valparaíso hemos sido testigos de grandes manifestaciones desde la vuelta a la democracia en el 1990. *Flashmobs* durante las manifestaciones estudiantiles de los años 2006 y 2011, comparsas, batucadas, eventos familiares, actos de música con artistas reconocidos y emergentes de la zona. Este estallido ha sido vitrina para cientos de agentes de cambio que protestan con su arte y desde su área de formación. En la historia chilena de los últimos tiempos hemos sido testigos de grandes

20. Felipe Aguero, doctor en ciencias políticas y académico del instituto de asuntos públicos (INAP) de la Universidad de Chile.

21. Evento empresarial de ICARE, corporación privada sin fines de lucro e independiente de intereses gremiales y políticos, fundada en 1953 por empresarios y profesionales vinculados a diversos sectores de la actividad económica nacional con el propósito de promover la excelencia empresarial en el país.

protestas, la marcha de los paraguas, el histórico 8M del año 2020, en donde más de 2 millones de mujeres marcharon en la capital y regiones. 200.000 de ellas estaban en nuestra región, creando de esta forma la marcha más grande en la historia reciente de nuestra zona. “Un violador en tu camino” el potente himno feminista por parte del colectivo porteño, Lastesis, con el objetivo de manifestarse en contra de las violaciones y abusos hacia las mujeres en el contexto de las manifestaciones de octubre de 2019²². Tuvieron un alcance mundial²³, luego que decenas de movimientos feministas alrededor del mundo adoptaran y tradujera la performance a su idioma, para acompañar sus protestas y reivindicar sus demandas locales.

¿Cuál es la definición de sí una protesta es pacífica o violenta?

El decreto 1086²⁴ sobre reuniones públicas del Ministerio del Interior, considera que:

1. Que la Constitución Política del Estado, en su artículo 19, N.º 13, asegura a todas las personas, el derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas.
2. Que la misma Constitución establece que en las calles, plazas y demás lugares de uso público las reuniones se regirán por las disposiciones generales de policía;
3. Que el ejercicio de estos derechos tiene por límite el resguardo de un tercero y su uso no puede llegar hasta lesionar la libertad de otra persona o la conveniencia de la sociedad; y
4. Que es un deber de la autoridad ejercer la vigilancia y cuidar de la integridad de las personas, y la conservación de las plazas, calles, paseos y bienes públicos y que se respeten en el uso a que están destinados. (Ministerio del Interior, Gobierno de Chile, 1983)

Si bien todas estas iniciativas, planteadas desde los más diversos márgenes del espectro político, parecen estar encaminadas a que la violencia no reemplace el derecho básico de la ciudadanía a la protesta, cuando se habla de este objetivo, se basa en la combatividad y la polarización. Es causado por la falta de claridad en torno a los conceptos básicos del debate: protesta social, violencia, paz, poder policial, espacio público, interés público, por nombrar algunos. “El derecho de reunión, tal como se ha definido en el plano internacional y en los ordenamientos jurídicos internos de rango constitucional en los países de la región, tiene como requisito el de ejercer-

22. BBC News Mundo, ““El violador eres tú”: el potente himno feminista nacido en Chile que resuenó en México, Colombia, Francia o España”, *BBC News Mundo*, (30 de noviembre de 2019).

23. Redacción Barcelona, “El cántico chileno de “Un violador en tu camino” retumba en todo el mundo”, *La Vanguardia*, (30 de noviembre de 2019).

24. Ministerio del Interior, Decreto 1086, de 16 de septiembre de 1983

se de manera pacífica y sin armas”²⁵. Dada la obligación del Estado de proteger los derechos humanos en contextos de protesta, incluidos la vida y la integridad de los manifestantes, este calificativo está presente en el art. 15 de la Convención Americana debe interpretarse en el sentido de que el Estado puede restringir la participación en manifestaciones públicas y protestas a las personas que cometan actos de violencia o que porten armas.

No obstante, la Comisión ha señalado que el carácter pacífico y sin armas previsto en los instrumentos interamericanos como requisito del ejercicio del derecho de reunión, no habilita a que se declare el carácter no pacífico de una manifestación en función de las acciones de algunas personas. Cuando algunos individuos cometen actos de violencia en el contexto de una protesta estos deben ser individualizados, pero los demás manifestantes conservan su derecho a la reunión pacífica. En consecuencia, ninguna reunión debería considerarse desprotegida²⁶.

En ello, se es enfático en la necesidad de la proporcionalidad de la fuerza “la moderación en el actuar de los agentes del orden que procurará minimizar los daños y lesiones que pudieren resultar de su intervención, garantizando la inmediata asistencia a las personas afectadas y procurando informar a los familiares y allegados lo pertinente en el plazo más breve posible” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019)

El personal policial con derecho al uso de la fuerza deben “aplicar un criterio de uso diferenciado y progresivo de la fuerza, determinando el grado de cooperación, resistencia o agresión de parte del sujeto al cual se pretende intervenir y con ello, emplear tácticas de negociación, control o uso de la fuerza, según corresponda”²⁷.

3. Defensa de los derechos humanos en Chile

En el trabajo de la defensa a los derechos humanos de cada manifestante, nos vemos en la obligación de transformarnos en entes fiscalizadores, nuestro deber al grabar siempre ha sido la privacidad de quien ejerce su derecho a la protesta y huelga. Por lo

25. CIDH, Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 57 31 diciembre 2009.

26. Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos, *Informe conjunto del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación y el Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias acerca de la gestión adecuada de las manifestaciones*, A/HRC/31/66, 4 de febrero de 2016, párr. 9; Comunicado de Maina Kiai, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, al término de su visita a la República de Chile. 30 de septiembre de 2015.

27. CIDH, Informe Anual 2015, capítulo IV A, párr. 12; CIDH, Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, 31 de diciembre de 2009, párr. 119.

que, el objetivo de la observación siempre es monitorear el actuar policial y, de haber heridos, coordinarse con el personal voluntario de salud para informar la situación. El conocimiento en derechos humanos del equipo, también es referido al estudio en legislación sobre tortura y manifestaciones pacíficas y de los protocolos de actuación de carabineros, incluidas sus actualizaciones. Esto nos ha llevado a encarar directamente al personal de carabineros que en plena acción disparan lacrimógenas y perdigones al cuerpo de los manifestantes. En este sentido, a veces sirve para contener la represión o documentar de forma más directa los hechos a denunciar.

3.1 Defensa de los derechos humanos en la dictadura de Pinochet

Repetir los acontecimientos ya mencionados anteriormente genera un sentimiento de angustia y dolor. Enfrentado a ello, miles de chilenos, organizaciones religiosas y sociales, alzaron la voz y expresaron su solidaridad con los perseguidos y sus familias. Por ello, pocas semanas después del golpe militar el Comité de Ayuda a los Refugiados (CONAR) dispuso que cerca de 5000 personas abandonaran el país e iniciaran un largo y doloroso proceso de exilio. Al mismo tiempo, surgió el Comité de Cooperación para la Paz en Chile (COPACHI) para proveer ayuda legal y material a las víctimas, cuya obra continuaría la Vicaría de la Solidaridad desde 1976. A estas instituciones se sumarían la Fundación de Ayuda Social de las Iglesias (FASIC), el Servicio de Paz y Justicia (SERPAJ), la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos (AFDD), la Comisión Chilena de Derechos Humanos, el Comité de Defensa de los Derechos del Pueblo (CODEPU), la Comisión Nacional Contra la Tortura y el Movimiento contra la tortura Sebastián Acevedo, entre otros²⁸.

Una de las organizaciones más emblemáticas, fue la Vicaría de la solidaridad, creada en 1976 por el arzobispo de Santiago, Raúl Silva Henríquez. La Vicaría²⁹, institución ligada a la iglesia católica fue quien continuó el trabajo realizado por el Comité³⁰, hasta su último año de existencia en 1992. La Vicaría se dedicó a otorgar asistencia jurídica, económica, técnica y espiritual a las personas perseguidas por el régimen militar y sus familiares, además de defender sus vidas y buscar la libertad de los detenidos³¹.

De forma paralela, la Vicaría se encargaba de documentar información sobre torturas, muertes y desapariciones de los perseguidos políticos, hechos que denuncia-

28. Memoria chilena, "Organizaciones en defensa a los Derechos humanos" *Memoria chilena, biblioteca nacional de Chile*.

29. Vicaría de la Solidaridad.

30. Comité de Ayuda a los Refugiados.

31. Memoria chilena, "Organizaciones en defensa a los derechos humanos".

ban en sus informes mensuales. Todas estas acciones provocaron que el gobierno militar y sus organismos de seguridad, los amenazaran y que fueran perseguidos; exiliados; encarcelados e incluso asesinados, como fue el caso del jefe del departamento de análisis José Manuel Parada en 1985. Sin embargo, gracias al apoyo nacional e internacional a largo plazo permitió que la Vicaría de la Solidaridad sobreviviera a esta presión y trabajara durante todo el periodo de dictadura.

Todos los organismos de derechos humanos respondieron a las distintas circunstancias de represión durante los 17 años que duró la dictadura, las que al mismo tiempo alzaban la voz por lo que ocurría en Chile y se enfocaron por lograr un retorno a la democracia. No fue un trabajo fácil de realizar, dado que les sucedía lo mismo que con la Vicaría, y hubo organizaciones que no corrieron la misma suerte que ella y fueron víctimas, pero el compromiso y la necesidad de que los abusos, las desapariciones y las muertes terminaran de una vez, eran el motor que los impulsaba a mantener su objetivo y trabajar por él³².

3.2 Estallido social, COVID-19 y plebiscito por una nueva constitución

La mayoría de las violaciones a los derechos humanos ocurrieron durante los meses de octubre y noviembre, cuando prevalecía la entrega del control del país a las fuerzas armadas y policiales. Cuando las protestas contra el alza del pasaje, del sistema de pensiones se transformaron en grandes manifestaciones contra el sistema político y económico, fueron duramente reprimidas por el gobierno a través de la aplicación de un estado de excepción constitucional, restringiendo el derecho a la manifestación, reunión, la instalación de un toque de queda, el uso de militares y policías en el control del orden público. Durante este periodo de tiempo, el Ministerio del Interior, por parte de organizaciones de derechos humanos en conjunto con el INDH, tomaron en conocimiento la cantidad de más de 8000 denuncias sobre el accionar de agentes del estado; el uso excesivo y sistemático de la fuerza y la violencia contra los manifestantes, ordenada por las máximas autoridades gubernamentales. Esta decisión de reprimir se articuló con una tendencia por parte de fuerzas armadas y policiales en procedimientos con actos de tortura, golpizas, violaciones, secuestros y por, sobre todo montajes^{33 34}.

32. Muestra: “*Defensa, promoción y denuncia. Organismos de DD.HH. 1973-1990*” Museo de la Memoria y los Derechos Humanos, (marzo 2016).

33. El estallido de las violaciones a los Derechos Humanos, “*Informe sobre los Derechos Humanos 18 de octubre 2019 - 12 de marzo 2020*”, (diciembre de 2020).

34. Según la información reportada por Amnistía Internacional y *Human Rights Watch*, en 2019 Chile alcanzó un nivel de violencia estatal equivalente a 4 puntos en la escala de terrorismo político elaborada por la Universidad de Carolina del Norte. Esto quiere decir, que durante ese año las violaciones de derechos humanos pasaron a formar parte de la vida cotidiana del país. Miles de personas

Coordinado por el observatorio ciudadano, y en conjunto con organizaciones de la sociedad civil, en diciembre del 2020, se realizó un informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile en el contexto de la pandemia COVID-19³⁵. De este informe se declara que, la actual pandemia visibiliza una vez más los problemas originados por las profundas desigualdades sociales y materiales que imperan en Chile, las que en el actual contexto se han profundizado, vulnerando así distintos derechos humanos.

Derecho a la salud: Chile enfrenta la pandemia con más de 3.5 millones de personas en situación de pobreza multidimensional a quienes se les hace imposible respetar las medidas de confinamiento, quienes se ven en la obligación de salir a la calle en busca de sustento, exponiéndose diariamente a contagios³⁶.

Derechos de las mujeres: el trabajo de cuidado no remunerado ha aumentado debido al cierre de escuelas, el cual está siendo absorbido por mujeres al interior de los hogares, aumentando la brecha de género. Esta situación se agudiza en las familias que no cuentan con recursos para contratar servicios de cuidados³⁷.

Derecho a la vivienda: en Chile un 30 a 40 por ciento de la población vive en situaciones de precariedad en términos habitacionales. Esta segregación en el ejercicio del derecho a la vivienda ha provocado que las medidas de confinamiento sean irreversibles o realizables en condiciones indignas para una parte de la población³⁸.

Derecho a la educación: cerca de un 40% de los estudiantes en Chile que estudian en un establecimiento de educación pública, no cuentan con acceso al internet, la mitad reportan tener acceso limitado o nulo a un computador, y un 80% declara no tener un ambiente adecuado para concentrarse y tener todas las condiciones necesarias para participar adecuadamente del quehacer escolar³⁹.

fueron víctimas de disparos, de detenciones arbitrarias, o de la aplicación de torturas y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes por parte de agentes del Estado (Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2019; Amnistía Internacional, 2018, 2019; Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2020; FIDH et al., 2020; Fontecilla et al., 2020; Human Rights Watch, 2019, 2020; INDH, 2019).

35. Observatorio ciudadano, “Coronavirus y Derechos Humanos” *Observatorio ciudadano*, 20 de enero de 2021.

36. Observatorio ciudadano, “Informe sobre situación de los Derechos Humanos en Chile en el contexto de pandemia Covid-19” *Observatorio ciudadano*, (20 de enero de 2021): 36.

37. Observatorio ciudadano, “Informe sobre situación de los Derechos Humanos en Chile en el contexto de pandemia Covid-19” *Observatorio ciudadano*, (20 de enero de 2021): 55.

38. Observatorio ciudadano, “Informe sobre situación de los Derechos Humanos en Chile en el contexto de pandemia Covid-19” *Observatorio ciudadano*, (20 de enero de 2021): 56.

39. Observatorio ciudadano, “Informe sobre situación de los Derechos Humanos en Chile en el contexto de pandemia Covid-19” *Observatorio ciudadano*, (20 de enero de 2021): 66-67.

Se infiere también que, ante la negativa del actual gobierno a escuchar las propuestas del pueblo mapuche para atender la emergencia sanitaria de una forma democrática, participativa y con un enfoque de atención diferenciado, constituye un acto de discriminación y menosprecio a las organizaciones mapuches. Los pueblos indígenas se encuentran en situación especial de vulnerabilidad en el actual contexto de pandemia⁴⁰.

3.2.1 Plebiscito por una nueva constitución

En octubre del año 2020 ocurrió un hecho histórico en Chile, el 80% de la población que fue a votar se inclinó por la opción para crear una nueva Constitución mediante una convención constitucional formada por ciudadanos común y corriente. Esta pequeña luz de esperanza en nuestro país nos ayuda a avanzar en materia de derechos humanos, en dignidad y en justicia. Hoy, la comisión de ética de Convención Constitucional aprobó la tipificación del negacionismo como toda acción u omisión que justifique, niegue o minimice, haga apología o glorifique los delitos de lesa humanidad ocurridos en Chile entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990, además de las violaciones a los derechos humanos ocurridas en el contexto del estallido social de octubre de 2019 y con posterioridad a este⁴¹.

Avances significativos para la construcción de una sociedad más justa, una sociedad que no debe olvidar los crímenes ocurridos, que no debe olvidar a sus protagonistas, a quienes bajo el alero del estado torturaron y mataron, a quienes volvieron a salir a protestar luego de resistir la dictadura de Pinochet, quienes lograron visibilizar lo que ocurre en nuestro país, a cada uno de los activistas sociales que denunció y materializó las denuncias contra el gobierno de Piñera.

Avances significativos para lograr toda la verdad, justicia y reparación⁴².

40. Observatorio ciudadano, “Informe sobre situación de los Derechos Humanos en Chile en el contexto de pandemia Covid-19” *Observatorio ciudadano*, (20 de enero de 2021): 80.

41. Cisternas, M. L. “Organizaciones de DD.HH. valoran avance de la Convención sobre el negacionismo: “Marcará un hito””, *Radio Universidad de Chile*, (19 de agosto de 2021).

42. Salviolli, F. entrevista por Micco. S. Lira. E. (4 de marzo de 2021).

Bibliografía

- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. (4 de febrero de 2016). *Informe conjunto del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación y el Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias acerca de la gestión adecuada de las manifestaciones*.
- BBC NEWS MUNDO, ““El violador eres tú”: el potente himno feminista nacido en Chile que resuena en México, Colombia, Francia o España”, *BBC News Mundo*, 30 de noviembre de 2019.
- BECERRA SÁNCHEZ, M. y Trujano Ruíz, P. (2011). “Percepción de inseguridad pública y justificación de la violencia de estado en un grupo de habitantes del estado de México: análisis de argumentos.” *Acta Colombiana de Psicología* 14(2): 35-43. Redalyc, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=79822611004>.
- BIBLIOTECA NACIONAL DE CHILE. La Vicaría de la Solidaridad (1973-1992). *Memoria Chilena*. Accedido en 19 de septiembre del 2021. Disponible en <http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-3547.html>.
- CISTERNAS, M. L. (19 de agosto de 2021). “Organizaciones de DD.HH. valoran avance de la Convención sobre el negacionismo: “Marcará un hito””, *Radio Universidad de Chile*.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, (2009). *Informe sobre seguridad ciudadana y Derechos Humanos*. Italia.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2019). *Protesta y Derechos Humanos, Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal*. Washington D. C. : Relatoría Especial para la Libertad de Expresión: 43.
- DECRETO N.º 1086 (16 de septiembre de 1983) *Diario Oficial de la República de Chile*, 16 de septiembre de 1983.
- DEFENSORÍA DE DERECHOS HUMANOS, Quinta región. “Informe de observaciones generales trabajo de verano y festival de Viña del Mar”. Conferencia post visita in loco a Chile del CIDH, 21 de marzo de 2020.
- DUBET, F., Tironi, E., Espinoza, V. y Valenzuela, E. (2016). *Pobladores, luchas sociales y democracia en Chile*. Traducción: Arango, Diego Santiago: Ediciones Universidad Alberto Hurtado.
- EL DINAMO, “Piñera: No habrá impunidad en violaciones de DD.HH. ni para desórdenes”, *El Dínamo*, 14 de diciembre de 2019.
- GOBIERNO DE CHILE. (2021). *Cuenta Pública Presidencial 2021* (p. 20). Valparaíso: Gobierno de Chile.
- GOBIERNO DE CHILE. (2020). *S.E. el Presidente de la República, Sebastián Piñera, encabeza el inicio del Encuentro Nacional de la Empresa, ENADE 2020*. (p. 5). Santiago de Chile: Presidencia de la República.

- HEINRICH BÖLL S., *El estallido de las violaciones a los Derechos Humanos, "Informe sobre los Derechos Humanos 18 de octubre 2019 - 12 de marzo 2020"* Santiago de Chile, diciembre de 2020.
- IGLESIAS VÁSQUEZ, M. (2007). *El movimiento de pobladores contra la dictadura*. Santiago: Ediciones Radio Universidad de Chile.
- LEY N.º 20.405. Diario Oficial de la República de Chile, 10 de diciembre de 2009.
- MATAMALA, F. (2021). "El trauma transgeneracional: una revisión histórica, teórica y clínica, de las formas de hacer reparación psicoterapéutica de la violencia de Estado en los Programas PRAIS de la Región Metropolitana de Chile". Tesis doctoral. Universidad Diego Portales.
- MEMORIA CHILENA, (2021). "Organizaciones en defensa a los Derechos humanos" *Memoria chilena, biblioteca nacional de Chile*.
- MINISTERIO DEL INTERIOR, Gobierno de Chile. (1983). *Decreto 1086 sobre reuniones públicas*. Santiago de Chile: Ministerio del Interior: 1.
- MUESTRA: "Defensa, promoción y denuncia. Organismos de DD.HH. 1973-1990" Museo de la Memoria y los Derechos Humanos, marzo 2016.
- OBSERVATORIO CIUDADANO, *Informe sobre situación de los Derechos Humanos en Chile en el contexto de pandemia Covid-19*, Santiago de Chile, noviembre de 2020.
- OYARZO, G. "Militancias generacionales: de morir luchando a la era de la comunicación política". *El Mostrador*, 14 de agosto de 2017.
- REDACCIÓN BARCELONA, "El cántico chileno de "Un violador en tu camino" retumba en todo el mundo", *la Vanguardia*, 30 de noviembre de 2019.
- SALAZAR, G. (1973). "El "reventón" social en Chile. *nuso.org*, octubre de 2019.
- TRABA, Marta. *Dos décadas vulnerables en las artes plásticas latinoamericanas, 1950-1970*. Argentina: Siglo XXI.
- WAISSBLUTH, M. (2020). *Orígenes y evolución del estallido social en Chile: 6*. Santiago: Centro de Sistemas Públicos, Universidad de Chile.

CUARTA PARTE

**Aproximaciones del Tercer Mundo
al Derecho Internacional: TWAIL**



Adaptando TWAIL en la enseñanza del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en América Latina

Fabia Fernandes-Carvalho¹

(Brasil)

Paola Andrea Acosta-Alvarado²

Laura Betancur-Restrepo³

Enrique Prieto-Ríos⁴

Daniel Rivas-Ramírez⁵

(Colombia)

1. Profesora substituta en la Facultade de Direito da Universidade Federal de São Paulo, Brasil e investigadora senior en el Transnational Law and Racial Justice Network (TLRJN), University of Windsor, Faculty of Law, Canadá. Doctora en Derecho Internacional de la Universidad de São Paulo (Brasil). Correo: fabia-vecoso@gmail.com; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1394-154X>

2. Docente investigadora del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia (Colombia). Doctora en Derecho Internacional y relaciones internacionales por el Instituto Ortega y Gasset y la Universidad Complutense de Madrid (España). Correo: paola.acosta@uexternado.edu.co; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5851-400X>.

3. Profesora asociada de la Facultad de Derecho. Fue Profesora Coordinadora de la Maestría en Construcción de Paz y directora de la Maestría en Derecho Internacional, Universidad de los Andes (Colombia). Doctora en Derecho por la Universidad de los Andes (Colombia). Correo: l.betancur52@uniandes.edu.co; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5124-8431>.

4. Profesor asociado y fue director del grupo de investigación en Derecho Internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Colombia) Doctor en Derecho por Birkbeck - Universidad de Londres (Reino Unido). Correo: enrique.prieto@urosario.edu.co; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1798-7855>.

5. Investigador independiente en Derecho internacional. Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia (Colombia). Correo: danielrivasram@hotmail.com; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8191-9996>.

RESUMEN El movimiento TWAIL reivindica el valor que tienen la(s) historia(s) para cuestionar la neutralidad y universalidad del derecho internacional. A partir de esto, en el Proyecto REDIAL ofrecemos una perspectiva latinoamericana que retoma los fundamentos epistemológicos de TWAIL respecto de la importancia de reconocer las diferentes aproximaciones a la historia de los derechos humanos, para darle cabida a las diferentes voces que han sido silenciadas en la historia universal, al momento de enseñar derecho internacional de los derechos humanos en la región. En este documento, que no pretende proporcionar un estudio sustantivo del discurso de los derechos humanos en América Latina, presentamos algunos temas e interrogantes relevantes para una revisión de la narrativa histórica tradicional en el campo de los derechos humanos en Latinoamérica.

PALABRAS CLAVE TWAIL, educación jurídica en América Latina, REDIAL, derechos humanos, derecho internacional, historia, historiografía.

Introducción

En este texto nos proponemos reflexionar sobre el discurso de los derechos humanos como una herramienta de transformación en la enseñanza del derecho internacional en América Latina, sus limitaciones, obstáculos y posibilidades. Estas reflexiones las hacemos desde el proyecto REDIAL (Repensar la Educación en Derecho Internacional en América Latina⁶) utilizando consideraciones provenientes del movimiento de las Aproximaciones del Tercer Mundo al Derecho Internacional (TWAIL, por sus siglas en inglés).

Desde el Proyecto REDIAL hemos adelantado un diagnóstico paulatino de la forma en la que se enseña y aprende el derecho internacional en la región⁷. En estos

6. El proyecto REDIAL (Repensar la Educación en Derecho Internacional en América Latina) busca reunir académicos interesados en reflexionar y debatir ciertas preocupaciones, retos, dificultades y contribuciones de la educación jurídica en América Latina y sus características particulares respecto de la forma de concebir, enseñar y usar el derecho internacional. Este proyecto colectivo lo componen los autores de este capítulo, junto con Amaya Álvez Marín (chilena, vinculada a la Universidad de Concepción).

7. Ver por ejemplo: *Revista Derecho del Estado*, 39, -Número Monográfico sobre educación en derecho internacional, 2017; Acosta-Alvarado, P. A. et al. “Rethinking international legal education in Latin America (REDIAL): exploring some obstacles of a hegemonic colonial academic model in Chile and Colombia”. En *Decolonizing Law: Indigenous, Third World and Settler Perspectives*, editado por Sujith Xavier et al. (Canadá: Routledge, 2021); Acosta-Alvarado, P. A. et al. “Repensar la educación en derecho internacional en Latinoamérica: Reflexiones ara un diálogo global”. *TWAILR Reflections*, 1, 30 de agosto del 2019, <https://twailr.com/repensar-la-educacion-del-derecho-internacional-en-latinoamerica-reflexiones-para-un-dialogo-global/>; Acosta-Alvarado, P. A., Betancur-Restrepo, L. y Prieto-Ríos, E. *Derecho internacional: Investigación, estudio y enseñanza*. Tomos I, II y III. (Bogotá: Universidad del Rosario, 2020); Alvez-Marín, A. et al. “Rethinking

primeros diagnósticos no encontramos una presencia clara ni importante de estudios críticos, en particular, de estudios TWAIL. Por lo que, concluimos que es un movimiento poco difundido y reconocido por quienes son responsables de la educación en derecho internacional en el continente.

Motivados por dichos hallazgos, estas reflexiones tienen por objeto mostrar las diversas formas como la lógica TWAIL resulta útil e importante en el contexto de la enseñanza del derecho internacional de los derechos humanos en América Latina. Al usar una perspectiva TWAIL no buscamos simplemente reemplazar una aproximación teórica ajena a América Latina (ya sea eurocéntrica, ortodoxa, crítica o cualquier otra) por una TWAIL. Lo que queremos hacer es enraizar parte de los debates TWAIL en el contexto regional y utilizar las preguntas que nos son útiles para reflexionar sobre la enseñanza del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la región Latinoamericana. Como explicaremos más adelante, en términos generales TWAIL se propone revisar críticamente, desde las perspectivas del Sur Global, la teoría del derecho internacional, explorar su historia global y cuestionar la forma en la que se estructuró y funciona el orden internacional.

En este sentido, queremos recalcar el aporte que traen consigo las preguntas en torno al origen y las consecuencias de las grandes desigualdades que afronta la región, los cuestionamientos respecto del uso del discurso descontextualizado de los derechos humanos por parte de los organismos nacionales y regionales de protección, las advertencias sobre la importancia de repensarnos la presunta vocación universalista de los derechos humanos, entre otros. En particular, queremos poner sobre la mesa lo que estos interrogantes pueden significar en el anhelo de enseñar a usar el discurso de los derechos humanos como una herramienta de transformación de la región más desigual del planeta.

Para ello, el capítulo se dividirá en tres partes. En primer lugar, analizaremos y explicaremos en qué consiste el movimiento TWAIL, el proyecto REDIAL y cuáles son sus principales puntos de encuentro. En un segundo momento, a partir de las experiencias REDIAL y considerando la importancia atribuida a la historia en el movimiento TWAIL, evaluaremos cómo la noción de una historia única del derecho internacional de los derechos humanos, limitada a las experiencias del Norte Global, es problemática para la enseñanza de esa rama del derecho internacional en

International Law Education in Latin America”, *AfronomicsLaw*, 17 de septiembre de 2020, <https://www.afronomicslaw.org/2020/09/17/rethinking-international-law-education-in-latin-america>; Prieto-Ríos, E., Acosta-Alvarado, P. A. & Rivas-Ramírez, D. *Repensar la Educación en Derecho Internacional en América Latina: Avances y discusiones en el 2019*. (Bogotá: Universidad del Rosario 2020), <https://doi.org/10.12804/urosario9789587845136>; Veçoso, F., Betancur-Restrepo, L., Prieto-Ríos, E. & Rivas-Ramírez, D. “Entrevista al Proyecto Redial”, *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional* (2020): 9.

nuestra región. Por último, en el tercer apartado, concluiremos presentando desde la mirada REDIAL, algunas cuestiones para explorar cómo podríamos pensar en una comprensión enraizada de TWAIL en relación con las particularidades del contexto latinoamericano.

1. TWAIL, REDIAL y sus puntos de encuentro

El movimiento TWAIL, nacido en la década de los noventa en el marco de los *Critical Legal Studies*, los cuales se originaron en la Universidad de Harvard. Tenía como objetivo original cuestionar la presunta neutralidad y universalidad del derecho internacional a la luz de su relación con el imperialismo⁸. No obstante, con el paso de los años y con la evolución que ha tenido esta comunidad epistemológica, hoy en día abarca numerosas agendas emancipadoras ubicadas en distintas latitudes del mundo, en el contexto de un mundo en constante globalización y neocolonización. Lo que a su vez, ha permitido ampliar el lente desde el cual se trabajan los más diversos temas del derecho internacional, dentro de los que se encuentra, por supuesto, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁹.

Tal y como lo ha señalado Luis Eslava, la lógica TWAIL puede ser comprendida a partir de cinco claves o elementos epistemológicos. En primer lugar, este movimiento reivindica y reconoce el valor que tienen la(s) historia(s) del derecho internacional, haciendo énfasis en que no hay una historia universal, sino que ésta dependerá en gran medida de donde se construye y se cuenta. En segundo lugar, reconoce que el imperialismo como fenómeno es dinámico y, por tanto, no es una cuestión del pasado. Por el contrario, se trata de una figura o un concepto que viaja en el tiempo y en el espacio, transformándose y ajustándose en diferentes niveles y con diferentes propósitos. La tercera clave de TWAIL, está en reconocer la naturaleza también dinámica de las nociones de Norte y Sur, al reivindicar que deben ser reconfiguradas de manera continua de acuerdo con los cambios económicos y políticos globales. Los últimos dos elementos están asociados con la lucha o el carácter emancipatorio

8. Chimni, B. S. “Third World Approaches to International Law: A Manifesto”, *International Community Law review*, 8, (2006): 3-27.

9. “Las agendas académicas asociadas con TWAIL son diversas. Incorporan perspectivas que atraviesan los campos del pensamiento tercermundista, el pensamiento marxista y feminista, el poscolonialismo y la decolonialidad, los estudios indígenas y la teoría crítica sobre la raza, entre otros. Las intervenciones que se hacen desde una perspectiva TWAIL comparten temas comunes como desentrañar y deconstruir los legados coloniales del derecho internacional y participar en esfuerzos para apoyar la descolonización de las realidades vividas por los pueblos del Sur Global y la ruptura o transformación radical del orden internacional que gobierna sus vidas”. Laura Betancur-Restrepo, Amar Bhatia, Usha Natarajan, John Reynolds, Ntina Tzouvala & Sujith Xavier “Founding Statement”, *TWAIL Review*, 11 de noviembre de 2020, <https://twailr.com/presentando-twail-review-twailr/>.

de TWAIL. En ese sentido, por un lado, se busca examinar y modificar todo tipo de comprensiones y conceptos jurídicos en un sentido mucho más progresista; y por el otro, mantener constante y persistente dicha lucha¹⁰.

Desde TWAIL se busca llamar la atención sobre cómo la injusticia se habilita y se estructura a través del derecho y sus instituciones, no solo en el ámbito local y nacional, sino a nivel transnacional y global¹¹. Esto es así, porque se considera que el derecho internacional y sus instituciones han servido principalmente para universalizar y normalizar las cosmovisiones e intereses occidentales y, al hacerlo, no ha abordado eficazmente varios de sus problemas más apremiantes¹². Por el contrario, a menudo los ha institucionalizado y continúa reproduciéndolos¹³. Para TWAIL, el Sur Global, o más bien, el Tercer Mundo, puede ser entendido como aquella geografía sociopolítica que ha sido tradicionalmente subordinada. Sin embargo, pese a reconocer dicho carácter periférico del Tercer Mundo, también explora que, tanto en el Norte, como en el Sur, existen otros sures y nortes a raíz del orden global inequitativo, racializado, discriminatorio y ambientalmente precario en el que vivimos¹⁴.

Por su parte, REDIAL es un proyecto colectivo que nació bajo la premisa de lograr consolidar una plataforma para el intercambio de experiencias y la generación de alianzas orientadas a repensar la educación e investigación en derecho internacional en América Latina¹⁵. Es así como, desde REDIAL pretendemos responder a preguntas medulares como: cuál es el derecho internacional que se enseña y cuál es el que se podría enseñar; cuáles son los objetivos detrás de la enseñanza de esta rama del derecho y cuál es el papel que tienen los académicos, profesores e investigadores de la disciplina¹⁶.

Podríamos sintetizar el proyecto REDIAL en tres aspectos principales. En primer lugar, en REDIAL buscamos reivindicar la necesidad y la importancia de revisar desde una perspectiva crítica la enseñanza y la investigación del derecho internacional

10. Luis Eslava. 'Coordenadas TWAIL', *Critical Legal Thinking – Law and the Political*, 2 de abril del 2019, <https://criticallegalthinking.com/2019/04/02/twail-coordinates/>.

11. Usha Natarajan, Laura Betancur-Restrepo, Amar Bhatia, John Reynolds, Ntina Tzouvala & Sujith Xavier, "Third World Approaches to International Law Review: A Journal for a Community", *TWAIL Review*, Issue 1, 2020, p. 7.

12. Anghie, A. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law* (Cambridge University Press 2004).

13. *Ibíd*, 7-8.

14. *Idem*.

15. Acosta-Alvarado, P. A. "Redial e Imperialismo y Derecho Internacional", *Revista Derecho del Estado* 39 (2017): 3-16, <https://doi.org/10.18601/01229893.n.39.01>.

16. Acosta-Alvarado *et al.* "Repensar la educación del derecho internacional en Latinoamérica".

en la región para evidenciar los retos y riesgos de una enseñanza marcada por cánones universalistas que presenta al derecho internacional como algo dado y neutral. En segundo lugar, entiende que Latinoamérica está ubicada en el Sur Global y que, como tal, las dinámicas y necesidades propias de la región deben verse reflejadas en la enseñanza e investigación del Derecho Internacional. Por último, busca construir una comunidad de académicos en la cual se pueda avanzar en el estudio de la enseñanza del derecho internacional en la región.

En el proyecto REDIAL coincidimos entonces, en varios aspectos con la invitación a repensar la disciplina y nuestro trabajo desde una óptica TWAIL. En él se parte de la necesidad de superar el supuesto velo de neutralidad del derecho internacional y la reproducción de prácticas colonialistas e imperialistas en los diferentes escenarios educativos. En ese mismo sentido, reivindica la importancia de reconocer y apreciar las posiciones y las contribuciones de Latinoamérica al derecho internacional; así como también las de las voces periféricas que tradicionalmente han sido excluidas de la discusión. Este Proyecto defiende la importancia y la utilidad que tienen la historia y las diferentes disciplinas, aparentemente ajenas al derecho internacional, para su comprensión. Así mismo, reivindica el poder emancipador que tiene la educación como herramienta de lucha y resistencia, y finalmente, promueve la construcción de un diálogo dentro, desde y para América Latina y, de manera más amplia, para el Sur Global.

Ahora bien, es posible cuestionar la pertinencia de traer un marco de análisis producido en un contexto ajeno al que se quiere analizar, como lo es el caso de TWAIL y América Latina. Sin embargo, desde el proyecto REDIAL consideramos posible y útil aterrizar a nuestro contexto algunos de los presupuestos TWAIL, en particular aquellos cuestionamientos adaptables a realidades distintas con especial sensibilidad frente a las necesidades del Sur Global. Así, nos parece relevante retomar sus preguntas sobre cómo entender el Sur, las consecuencias y efectos de la relación entre imperialismo y derecho internacional, la utilidad que tiene(n) la(s) historia(s) del derecho internacional para el estudio y enseñanza de la disciplina, el debate sobre la naturaleza sesgada del orden internacional y la creación intencional de vacíos en el conocimiento del derecho internacional.

Por otro lado, desde REDIAL también pretendemos contribuir a avanzar la agenda TWAIL en la medida en la que, a partir del ejercicio crítico y autocrítico sobre la educación en derecho internacional en América Latina, buscamos por un lado, dialogar y repensar desde el Sur, para el Sur. Aunque por el otro, hacer una reflexión situada y enraizada en la región que invite a la construcción dialógica de propuestas sobre como replantear la educación en derecho internacional. Así pues, como lo hemos anticipado al principio, en este texto nos enfocaremos en analizar el valor que tiene(n) la(s) historia(s) del derecho internacional para la enseñanza y aprendizaje del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

2. ¿Historia única del Derecho Internacional de los Derechos Humanos? Una problematización desde Latinoamérica

Desde el proyecto REDIAL hemos adelantado ya algunos diagnósticos subnacionales sobre la forma en la que se enseña y se estudia el derecho internacional en América Latina. Es así como, hasta la fecha contamos a nivel de pregrado con diagnósticos para el caso de Bogotá (Colombia)¹⁷ y São Paulo (Brasil)¹⁸; a nivel de posgrado con un diagnóstico comparativo a nivel nacional entre Colombia y Chile¹⁹. A partir de dichos estudios, una de las conclusiones transversales que hemos podido obtener es que, en general, en América Latina, la educación en derecho internacional se caracteriza por un sesgo universalista en el que, pese a la compleja experiencia regional en algunas materias como lo son el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se mantiene una lectura eurocéntrica o estadounicéntrica, imperialista y en buena medida descontextualizada. A partir de esta realidad, en este acápite nos ocuparemos de explorar cómo las historias que se apartan de la ‘versión oficial’ del Derecho Internacional de los Derechos Humanos resultan útiles e importantes para su enseñanza dentro, desde y para América Latina.

Es importante resaltar que, en la escritura de este artículo, tuvimos en cuenta la discusión existente respecto a la metodología apropiada que debe usarse para estudios críticos, como el aquí adelantado. Al respecto concluimos que, en este capítulo nos referiremos a “eventos históricos” o una “mirada al pasado” sin que esto represente en ningún momento una posición clara y definida frente al debate existente entre historiografía y genealogía. Esta discusión propuesta será objeto de otro estudio adelantado por el equipo REDIAL, como el resultado de un producto de investigación.

Ahora bien, la narrativa tradicional en el campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos señala que la protección internacional de estos derechos habría aparecido en el último siglo, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial. Según esta perspectiva, los horrores vividos durante el conflicto, incluida la persecución de judíos y de otras minorías en Europa, habrían generado los consensos necesarios entre los Estados para lograr la internacionalización de la protección de estos derechos. Esto se dio a través de la celebración de tratados internacionales y la creación de estructuras y mecanismos internacionales de protección. Esta narrativa histórica

17. Betancur-Restrepo y Prieto-Ríos. “Educación del derecho internacional en Bogotá”.

18. Sanctis de Brito, A., Fernandes Carvalho-Veçoso, F. & Rodrigues de Lemos, F. J. “*Reflexões sobre o ensino do direito internacional no Brasil: a formação como jurista internacionalista entre a teoria e a prática*”. En *Repensar la Educación en Derecho Internacional en América Latina: avances y discusiones en 2019*, editado por Enrique Prieto-Ríos, Paola Andrea Acosta-Alvarado & Daniel Rivas-Ramírez (Bogotá: Universidad del Rosario, 2020).

19. Acosta-Alvarado *et al.* “Rethinking international legal education in Latin America (REDIAL)”.

sobre el surgimiento del campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está marcada por un enfoque lineal y progresivo, como si avanzáramos hacia un ideal preestablecido de protección internacional²⁰, que no se habría logrado plenamente por el mal desempeño de los Estados en el incumplimiento de estos derechos.

Actualmente, existen diversos estudios y publicaciones que cuestionan la tesis de que este campo habría surgido tras la Segunda Guerra Mundial, como una consecuencia directa de este conflicto. Varias narrativas históricas arrojan luces sobre diferentes procesos políticos, sociales, económicos y culturales, en diferentes momentos en el tiempo y el espacio, como contextos importantes para pensar en el proceso de internacionalización de la protección de los derechos humanos²¹. Incluso hay cuestionamientos sobre los esfuerzos académicos que buscan “revelar” el verdadero origen de los derechos humanos²².

Solo para ilustrar, el académico estadounidense, Samuel Moyn, en su obra *The Last Utopia. Human Rights in History*, buscó desafiar directamente la narrativa tradicional sobre el surgimiento del campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Según el autor, los derechos humanos como idea y movimiento transnacional tendrían un origen muy reciente: solo a partir de mediados de los años setenta del siglo pasado, la protección de los derechos humanos habría traspasado los límites del Estado-nación, convirtiéndose en una utopía del derecho internacional²³.

En esa misma línea, otros autores como el internacionalista colombiano José Manuel Barreto sostienen que existen dos formas de escribir la historia de los derechos humanos. La hegemónica –o europea– que se enfoca desde la búsqueda de la democracia y la lucha contra el absolutismo; y la alternativa, que supera la miopía eurocéntrica al reescribir la historia a partir de las voces de quienes lucharon contra el colonialismo moderno, el racismo y la esclavitud²⁴. Es así, como, retomando a Paul

20. Halme-Tuomisaari, M. & Slotte, P. “Revisiting the origins of human rights: introduction”. En *Revisiting the Origins of Human Rights*, ed. Pamela Slotte & Miia Halme-Tuomisaari. (Cambridge: Cambridge University Press, 2015), pp. 1-2.

21. Véase, por ejemplo, Moyn, S. *The Last Utopia. Human Rights in History* (Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2010); Martínez, J. S. *The Slave Trade and the Origins of International Human Rights Law* (Oxford: Oxford University Press, 2012); Jensen, S. L. B. *The Making of International Human Rights. The 1960s, Decolonization and the Reconstruction of Global Values* (Cambridge: Cambridge University Press, 2016); Slotte & Halme-Tuomisaari. *Revisiting the Origins of Human Rights*.

22. Alston, P. “Book review. Does the past matter? On the origins of human rights”. *Harvard Law Review*, 126, (2013): 2043-2081.

23. Moyn, *The Last Utopia*, p. 7.

24. Barreto, J. M. “Epistemologies of the South and Human Rights: Santos and the Quest for Global and Cognitive Justice” *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 21(2) (2014): 409-410, <https://doi.org/10.2979/indjlgolegstu.21.2.395>.

Gilroy, reivindica la contribución que hicieron Bartolomé de las Casas y Francisco Suárez al respecto de los derechos –naturales– de los indígenas durante la colonia²⁵.

Por otra lado, el académico colombiano Oscar Guardiola-Rivera, al realizar una revisión genealógica, señala un antecedente que es generalmente dejado de lado en el canon histórico de la construcción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: los debates de Valladolid de 1550. Este evento histórico se caracterizó por una discusión teológica y legal sobre la condición de los nativos americanos y el nivel de sus derechos. Probablemente, es uno de los primeros debates sobre la juridicidad de los derechos de otros seres en un contexto de relaciones colonialistas transfronterizas. Estas discusiones abrieron una puerta para los desarrollos en torno al ser, sus derechos intrínsecos, que se vieron reflejados en el siglo XVII en la Declaración Universal del Hombre y del Ciudadano, documento que fue traducido y ampliamente adoptado por las elites criollas en Latinoamérica²⁶.

Dada la proliferación actual de estudios historiográficos sobre el surgimiento de la protección internacional de los derechos humanos surgen varias preguntas. ¿Cómo se puede pensar este proceso de una manera más enraizada, considerando las particularidades del Sur Global o incluso de la región latinoamericana? ¿El proceso de internacionalización de los derechos humanos tendría aspectos específicos si consideramos la realidad de países que no están en el Norte Global? ¿En qué medida podemos seguir estudiando el surgimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de manera genérica, sin considerar las diferentes realidades de los países que han sufrido, y aún sufren, experiencias coloniales, imperialistas y de explotación y violencia?

Para ilustrar estas preguntas, nos gustaría mencionar el simposio organizado por el proyecto *Law and Political Economy*, que se centró en el libro de Samuel Moyn publicado en 2018, *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*. En pocas palabras, en *Not Enough*, Moyn sostiene que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos habría limitado su propia agenda al abordar solo cuestiones relacionadas con los niveles mínimos de protección, lo que habría dejado al campo impotente para abordar la creciente desigualdad global y los ataques a la ciudadanía social a nivel del Estado-nación.

25. Gilroy, P. *Darker than Blue: On the Moral Economies of Black Atlantic Culture* (Cambridge: Harvard University Press, 2010).

26. Guardiola-Rivera, O. "Absolute contingency and prescriptive force of international law, Chiapas-Valladolid, ca. 1550". En *Events: The Force of International Law*, ed. por Fleur Johns, Richard Joyce y Sundhya Pahuja (Routledge 2011) pp. 29-42 y Oscar Guardiola-Rivera. "Historia de un asesinato por ocurrir, contado a la manera de una novela policiaca (o, colonialidad del poder y el futuro de los estudios culturales en América Latina)". En *Estudios Culturales Latinoamericanos. Retos desde y sobre la región andina*, ed. por Catherine Walsh (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2003).

En su reseña de *Not Enough*, la jurista Julieta Lemaitre (2018) presenta al lector las reacciones de una académica sudamericana al leer la obra de Moyn²⁷. Según Lemaitre, el estudio de Moyn estaría excesivamente centrado en la realidad de los Estados Unidos de América, excluyendo las diversas experiencias de protección internacional de los derechos humanos en Colombia e incluso en América Latina, en general. Según la autora,

*Reading Sam Moyn's Not Enough from Colombia is fascinating. (...) I read Moyn's book as a break from my work as a judge in a human rights court. It was a treat, deliciously U.S.-centric, in spite of the author's effort in mentioning 'the rest of the world' so obviously excluded from the 'we' which sometimes appears. Seen from South America, the effort at inclusion is shockingly thin: only one line about the Mexican constitution in a book on social and economic rights in the world (compare to ten pages on some guy named Beitz) and basically nothing on agrarian reform or on indigenous land rights and the role of the ILO in their defense. The ferocious debates over health rights litigation, or on the real effects of structural litigation on the provision of public goods are also largely absent from Not Enough.*²⁸

Lemaitre llama nuestra atención sobre el fuerte sesgo del argumento de Moyn, que busca presentar una conclusión general sobre las limitaciones de la protección internacional de los derechos humanos considerando solo la realidad de Estados Unidos. El problema es que Moyn no declara su propio sesgo, presentando al lector conclusiones generalizadas sobre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Las particularidades de la protección internacional de estos derechos en América Latina, que incluyen temas relacionados con la reforma agraria y la promoción de los derechos de los pueblos indígenas, por ejemplo, no forman parte del análisis del autor estadounidense.

Es importante destacar que Antony Anghie, internacionalista de Sri Lanka y precursor del movimiento TWAIL, analiza el trabajo de Moyn en relación con las diferentes visiones de la utopía que existían en el momento en que habría surgido el campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (a fines de la década de 1970, según los estudios de Moyn)²⁹. Para ello, tiene en cuenta el contexto específico del Tercer Mundo. Anghie contrasta el enfoque historiográfico del autor estadounidense con una perspectiva que él llama “doctrinaria”, en la que incluye desarrollos doctrinales, cambios en los principios y estructuras legales que han llevado a una

27. Lemaitre, J. “The view from somewhere: on Samuel Moyn's *Not Enough*”, *LPE Project*, 7 de septiembre del 2018. <https://lpeproject.org/blog/the-view-from-somewhere-on-samuel-moyns-not-enough/>.

28. *Ibid.*

29. Anghie, A. “Whose Utopia? Human Rights, Development, and the Third World”. *Qui Parle*, 22(1) (2013): 63-80.

expansión dramática en el alcance del derecho internacional, además de la transformación de la relación entre el Estado y el individuo³⁰.

Luego explora la utopía, que efectivamente ocupó la atención de economistas, abogados, diplomáticos y académicos del Tercer Mundo en el momento en que, según Moyn, habría surgido el campo del derecho internacional de los derechos humanos. Era la cuestión de desarrollo, según Anghie, “*the yearning of the peoples of those countries for a better standard of living, basic necessities, sufficient food*”³¹. El Tercer Mundo buscó articular el tema del desarrollo a nivel internacional a través de la creación del Nuevo Orden Económico Internacional. En este sentido, su argumento al analizar el estudio historiográfico de Moyn, se relaciona con la falta de atención del autor estadounidense a los esfuerzos del Tercer Mundo para transformar las relaciones y estructuras económicas en relación con el comercio, la inversión y los precios de las materias primas³². Una vez más, se trata de llamar la atención sobre un estudio historiográfico muy selectivo en relación con los derechos humanos:

Human rights, then, was the last utopia for a select group of people, largely based in the West, whose thinking and actions Moyn focuses on because it led to the vision of human rights that he articulates. To be fair to Moyn, he states in the book that what he is interested in is the perception of those who created this new vision, the activists, scholars, and, sometimes, statesmen in the West and their counterparts in Eastern Europe. However, he often uses broad global and universal terms, and he writes long passages where he does not indicate whose perspective he is focusing on, thus sometimes giving the impression that somehow this group is ‘the world’³³.

Los debates respecto de las obras de Moyn aquí mencionadas sirven para ilustrar los problemas de seguir hablando del surgimiento y la práctica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos desde una perspectiva general, que no toma en cuenta las experiencias de los pueblos y de los Estados del Sur Global que sufrieron (y siguen sufriendo) experiencias coloniales, imperialistas, de violencia y explotación.

Además de buscar una perspectiva historiográfica que sea completa o “realmente global”, lo que está en juego aquí, siguiendo el argumento de Anghie, son las diversas formas y los diferentes contextos en los que podemos articular el vocabulario de derechos humanos y las variadas versiones de la utopía que circularon y continúan en circulación por el mundo: “*Human rights, then, may be, as Moyn suggests, the victim of its own success. And yet, it seems unacceptable to claim a particular model of rights*

30. *Ibid*, 65-66.

31. *Ibid*, 73.

32. *Idem*.

33. *Ibid*, 73-74.

*to be authoritative or to deny various oppressed populations recourse to this vocabulary as they pursue their own visions of utopia*³⁴.

Para finalizar esta sección del texto, vale la pena mencionar, a modo de ilustración, cómo se utilizó el vocabulario de derechos humanos en el contexto de la región latinoamericana en un proyecto que apuntaba a transformaciones estructurales. En otras palabras, y siguiendo el argumento de Anghie explorado anteriormente, cierta utopía relacionada con una solidaridad regional movilizó particularmente el lenguaje de los derechos humanos en nuestra región. Así lo demuestra, el autor chileno Arnulf Becker Lorca en su estudio sobre los orígenes olvidados de los derechos humanos en América Latina³⁵.

De acuerdo con Becker Lorca, no se trata de celebrar un uso ‘positivo’ o ‘beneficioso’ de la protección internacional de los derechos humanos en América Latina, sino de describir cómo el vocabulario de los derechos humanos puede ocupar un espacio sustantivo en determinadas utopías más allá del contexto del Norte Global. En el caso de América Latina, una utopía que implicó una sensibilidad regional en la cual el Derecho Internacional de los Derechos Humanos jugó un papel fundamental.

Según este autor, la adopción de la Declaración Americana de Derechos Humanos en 1948 puede entenderse a partir de dos cuestiones fundamentales³⁶. Por un lado, un catálogo de derechos humanos en la región promovería contenidos concretos para un estándar mínimo de protección, donde cada Estado los otorgaría a las personas bajo su jurisdicción. En este paso, sería el triunfo de la idea de igualdad de trato entre extranjeros y nacionales, una forma de contener el ejercicio de la protección diplomática por parte de los Estados poderosos, a favor de sus nacionales residentes en países latinoamericanos. Por otro lado, un catálogo latinoamericano de derechos humanos brindaría la oportunidad a los Estados de la región de legalizar las políticas sociales y económicas utilizando el vocabulario de derechos humanos. En palabras de Becker Lorca,

By codifying social and economic rights, Latin American states would be able to defend labour law protections, land reform, and the expropriation of natural resources – measures that had given rise to diplomatic protection because they affected foreign individuals and corporations. Thus, Latin American states – Mexico, in particular –

34. *Ibid*, p. 77. Para una discusión sobre los límites y los potenciales del giro historiográfico en el derecho internacional de los derechos humanos, véase Juan Pablo Scarfi. “Del giro ético al historicista: el potencial y los límites de la perspectiva histórica en los derechos humanos y el derecho internacional”. *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional*, 6, 2017, pp. 1-14.

35. Becker-Lorca, A. “Human rights in international law? The forgotten origins of human rights in Latin America”. *University of Toronto Law Journal*, 67(4) (2017): 465-495.

36. *Ibid*, 481.

*would be able to pursue social reform by fulfilling human rights rather than infringing upon the rights of foreign residents*³⁷.

Es, por tanto, el uso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el contexto específico de una determinada utopía lo que afirma un orden jurídico regional basado en el principio de soberanía de los Estados³⁸. Así, en el contexto latinoamericano, también se afirmó el principio de soberanía como algo capaz de brindar “*the ability to pursue economic development and implementing social policies against the will and interests of more powerful states*”³⁹.

Por tanto, no se trata solo de afirmar la importancia de una historiografía “verdadamente global”, sino de abrir un espacio a estudios situados y contextualizados que puedan mapear la importancia del vocabulario de derechos humanos en los diversos proyectos utópicos que se desarrollaron y se están desarrollando en el Sur Global.

Así, una pluralidad de narrativas historiográficas sobre los derechos humanos, que presten atención a las particularidades del contexto, permitirá una comprensión más detallada y matizada de los desafíos que hemos enfrentado y enfrentamos hoy en América Latina. Es importante destacar que, una mirada diversificada al pasado nos permite comprender el potencial y los límites del discurso de los derechos humanos para el presente latinoamericano. La enseñanza del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en nuestra región puede beneficiarse sustancialmente de esta mirada diversa del pasado, ya que se abren espacios privilegiados para la reflexión sobre los problemas propios de nuestra región y la implicación del vocabulario de derechos humanos en este contexto.

3. Adaptando TWAIL y la enseñanza de los derechos humanos: una mirada desde REDIAL

En los párrafos anteriores hemos tratado de mostrar que existen diferentes historias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aun cuando impere una hegemónica. A menudo, esta versión hegemónica se construye sobre una visión sesgada de los hechos que es narrada desde el Norte Global en detrimento de las voces, las experiencias y las contribuciones del Sur. Una que acomoda y justifica el colonialismo, la violencia, la explotación y el racismo, entre otros fenómenos, sin entrar a valorar, reconocer o siquiera documentarlos desde la perspectiva del otro; colonizado; abusado; explotado; excluido.

37. *Idem*.

38. *Ibid*, 482.

39. *Idem*.

De allí que, regiones como Latinoamérica, extremadamente ricas en historia, con un pasado –y un presente– especialmente marcado por los efectos de la colonia requieran de una reivindicación de su historia y, en consecuencia, una transformación en lo que respecta al estudio y enseñanza del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Para ello, la perspectiva TWAIL ocupa un papel importante.

Como hemos puesto de presente en las primeras páginas, TWAIL es un movimiento que busca, entre otras cosas, reivindicar el valor de las diferentes historias del derecho internacional, reconociendo, particularmente, a aquellas del Sur Global. Sus propuestas nos resultan útiles para promover una aproximación crítica que contribuya a desentrañar realidades y empoderar voces que tradicionalmente han sido excluidas. En especial, para comprender las formas en que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se relaciona o incluso interfiere con el mantenimiento o la transformación de la compleja realidad política, social y económica de nuestra región.

En otras palabras, adaptar una perspectiva TWAIL de la manera en la que comprendemos los derechos humanos en la región permite, en buena medida, establecer un puente de diálogo no solo con nuestra historia y el legado colonial que ha impactado nuestras sociedades, sino también para desarrollar mecanismos de análisis que relacionen la teoría con la práctica de los derechos humanos. Un ejemplo claro de ello es que, sin comprender las particularidades históricas, y actuales de nuestra región, no es posible entender cómo los derechos humanos han jugado un papel determinante en el empoderamiento de pueblos latinoamericanos a través de la movilización y protestas sociales.

Ahora bien, la pregunta sobre cómo enraizar una perspectiva TWAIL en la forma en la que enseñamos, estudiamos y comprendemos los derechos humanos no es una cuestión sencilla de resolver. En realidad –y en particular por los fundamentos epistemológicos, tanto de TWAIL como del proyecto REDIAL– no buscamos proponer una forma determinada de aproximarnos a la historia y al pasado. Por el contrario, se trata de reconocer diferentes aproximaciones a la historia, proponer discursos que reconozcan la existencia de otras voces, otras percepciones y otras narrativas.

Por lo anterior, nuestra propuesta, va más allá de establecer una forma única de aproximación histórica a los derechos humanos en América Latina, busca abogar por la importancia de servirse de “otras voces” para la enseñanza del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es decir, con independencia de las teorías, las historias o las voces de las que echemos mano para estudiar los derechos humanos, lo importante es ser conscientes de qué enseñamos –qué materiales usamos, cuál es su origen, su contexto y qué reivindican–, para desde allí preguntarnos qué voces están presentes, cuáles están ausentes –y si nos interesa que así sea– y qué efectos tienen estas decisiones.

En nuestro caso, nos interesa tener en cuenta “las otras historias” y ello implica usar autores y narrativas regionales. Revindicar el trabajo de nuestros colegas latinoamericanos –y otros colegas del Sur Global– para reconocer su incidencia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En ese sentido, con esta propuesta queremos hacer un aporte para relocalizar la conversación, descolonizar el idioma de dicho diálogo –que es predominantemente en inglés, a través de las plataformas de publicación y circulación en los que se presentan las contribuciones TWAIL– y amplificarlo.

Con esto hacemos referencia a lo importante que es aprovechar las voces, las historias y las experiencias, sin que con ello se imponga una historia única, una verdad dogmática o que a partir de una posición contra-hegemónica se termine silenciando a otros. En esa medida, la enseñanza del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la región debería partir por esa contextualización regional de lo que ha sido la creación, el uso y abuso de éste en Latinoamérica.

Ahora bien, a partir de esta aproximación, es importante señalar que los retos antes mencionados no pueden ocultar el hecho de que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha sido usado desde la práctica, por movimientos sociales como un instrumento contra-hegemónico por la lucha de la protección de los derechos respecto de los abusos por parte de Estados y otros actores poderosos, como compañías multinacionales en la región.

En este espacio, desde el proyecto REDIAL vemos una oportunidad para proponer una enseñanza del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a partir de una aproximación a la historia. Esta enseñanza debe partir de evidenciar aquellos eventos presentes y pasados que han sido invisibilizados por la narrativa tradicional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pero que han sido fundamentales en su consolidación en América Latina como región del Sur Global con características comunes. Esta aproximación abre un espacio importante para dar cuenta del enraizamiento de un discurso universalista eurocéntrico/estadounidense para usos anti-hegemónicos.

Así, una propuesta de un ejemplo práctico de una enseñanza en la que se aprovecha la historia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos desde una perspectiva Latinoamericana podría comenzar por evidenciar que el discurso del Derecho Internacional en general, y específicamente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tiene un origen eurocéntrico. A partir de esta primera aproximación, se podría adelantar una lectura crítica de autores de la región que problematicen el texto y el sub-texto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En una etapa subsiguiente se podría mostrar a los estudiantes, cómo a pesar de la problematización de este régimen del derecho internacional, este ha sido usado, por ejemplo, para defender intereses de comunidades indígenas en contra del poder

económico transnacional⁴⁰. Esto permitiría explorar algunas formas en que el vocabulario de los derechos humanos se ha implicado en diversos proyectos sociales, políticos y económicos en nuestra región, incluyendo sus limitaciones y posibilidades.

Con ello, podría mostrarse que las perspectivas críticas ajenas al contexto latinoamericano, que solamente consideran las limitaciones del lenguaje de los derechos humanos, pueden no dar cuenta del contexto que mezcla aspectos teóricos y prácticos de estos en América Latina.

El anterior, es un ejemplo no taxativo que evidencia una aproximación histórica a la enseñanza del Derecho Internacional de los Derechos Humanos desde una perspectiva Latinoamericana. Ahora bien, no pretendemos con esto llevar al provincialismo ni a negacionismos basados en argumentos regionales contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; invitamos a brindar a los estudiantes un marco conceptual amplio y cercano a una construcción geopolítica y epistemológica del Sur sobre la construcción y el uso de dicho ordenamiento.

En suma, desde el Proyecto REDIAL no buscamos establecer una forma de aproximarnos a la historia y al pasado del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ni tampoco describir cuál es la historia de este campo en la región. Por el contrario, se trata de promover que a la hora de estudiar y enseñar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos seamos conscientes de los sesgos que presentan las diferentes historias, ya sea para aceptarlos o superarlos. Y cuando se trate de esta segunda alternativa, la enseñanza sea especialmente consciente de los objetivos de clase, los contenidos del syllabus y el material que se emplea.

Bibliografía

- Acosta Alvarado, P. A. (2017). “Redial e Imperialismo y Derecho Internacional”, *Revista Derecho del Estado*, 39:3 – 16, <https://doi.org/10.18601/01229893.n39.01>
- Acosta Alvarado, P. A., Alvez Marín, A., Betancur-Restrepo, L., Rivas-Ramírez, D. & Fernandes-Carvalho Veçoso, F. “Repensar la educación en derecho internacional en Latinoamérica: Reflexiones para un diálogo global”. *TWAILR Reflections*, 1, 30 de agosto del 2019, <https://twailr.com/repensar-la-educacion-del-derecho-internacional-en-latinoamerica-reflexiones-para-un-dialogo-global/>;
- Acosta Alvarado, P. A., Betancur-Restrepo, L. y Prieto-Ríos, E. (2020). *Derecho internacional: Investigación, estudio y enseñanza*. Tomos I, II y III. Bogotá: Universidad del Rosario.

40. Por ejemplo, el caso Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay Sentencia de 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas).

- Acosta-Alvarado, P. A., Alvez Marín, A., Betancur-Restrepo, L., Prieto-Ríos, E., Rivas-Ramírez, D. & Fernandes-Carvalho Veçoso, F. “Rethinking international legal education in Latin America (REDIAL): exploring some obstacles of a hegemonic colonial academic model in Chile and Colombia”. En *Decolonizing Law: Indigenous, Third World and Settler Perspectives*, editado por Sujith Xavier et al. Canadá: Routledge, (2021).
- Alston, P. (2013). “Book review. Does the past matter? On the origins of human rights”. *Harvard Law Review*, 126:2043-2081.
- Alvez Marín, A., Betancur-Restrepo, L., Prieto-Ríos, E., Rivas-Ramírez, D. & Fernandes-Carvalho Veçoso, F. “Rethinking International Law Education in Latin America”, *AfronomicsLaw*, 17 de septiembre de 2020, <https://www.afronomics-law.org/2020/09/17/rethinking-international-law-education-in-latin-america>
- Anghie, A. (2004). *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law* Cambridge University Press.
- Anghie, A. (2013). “Whose Utopia? Human Rights, Development, and the Third World”. *Qui Parle*, 22(1).
- Barreto, J. M. (2014). “Epistemologies of the South and Human Rights: Santos and the Quest for Global and Cognitive Justice” *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 21(2): 409-410, <https://doi.org/10.2979/indjglolegstu.21.2.395>
- Becker Lorca, A. (2017). “Human rights in international law? The forgotten origins of human rights in Latin America”. *University of Toronto Law Journal*, 67(4): 465-495.
- Betancur-Restrepo, L. y Prieto-Ríos, E. (2017). “Educación del derecho internacional en Bogotá: un primer diagnóstico a partir de los programas de clase y su relación con las epistemologías de no conocimiento”, *Revista Derecho del Estado*, 39: 53-89, <https://doi.org/10.18601/01229893.n39.04>
- Brito, A. S. de, Fernandes-Carvalho Veçoso, F. & Rodrigues de Lemos, F. J. (2020). “Reflexões sobre o ensino do direito internacional no Brasil: a formação como jurista internacionalista entre a teoria e a prática”. En *Repensar la Educación en Derecho Internacional en América Latina: avances y discusiones en 2019*, editado por Enrique Prieto-Ríos, Paola Andrea Acosta-Alvarado & Daniel Rivas-Ramírez. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay* Sentencia de 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas).
- Chimni, B. S. (2006). “Third World Approaches to International Law: A Manifesto”, *International Community Law review*, 8: 3-27.
- Eslava, L. (2010). ‘Coordenadas TWAIL’, *Critical Legal Thinking – Law and the Political*, 2 de abril del 2019, <https://criticallegalthinking.com/2019/04/02/twail-coordinates/>
- Gilroy, P. (2010). *Darker than Blue: On the Moral Economies of Black Atlantic Culture*. Cambridge: Harvard University Press.

- Guardiola-Rivera, O. (2003). "Historia de un asesinato por ocurrir, contado a la manera de una novela policiaca (o, colonialidad del poder y el futuro de los estudios culturales en América Latina)". En *Estudios Culturales Latinoamericanos. Retos desde y sobre la región andina*, editado por Catherine Walsh. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Guardiola-Rivera, O. (2011). "Absolute contingency and prescriptive force of international law, Chiapas-Valladolid, ca. 1550". En *Events: The Force of International Law*, editado por Fleur Johns, Richard Joyce y Sundhya Pahuja. Routledge.
- Halme-Tuomisaari, M. & Slotte, P. (2015). "Revisiting the origins of human rights: introduction". En *Revisiting the Origins of Human Rights*, editado por Pamela Slotte & Miia Halme-Tuomisaari. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hippolyte, A. R. (2016). "Correcting TWAIL's Blind Spots. A Plea for a Pragmatic Approach to International Economic Governance" *International Community Law Review*, 18: 34-52, <https://doi.org/10.1163/18719732-12341320>.
- Jensen, Steven L. B. *The Making of International Human Rights. The 1960s, Decolonization and the Reconstruction of Global Values* (Cambridge: Cambridge University Press, 2016).
- Lemaitre, J. "The view from somewhere: on Samuel Moyn's Not Enough", LPE Project, 7 de septiembre del 2018. <https://lpeproject.org/blog/the-view-from-somewhere-on-samuel-moyns-not-enough/>.
- Martinez, J. S. (2012). *The Slave Trade and the Origins of International Human Rights Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Moyn, S. (2010). *The Last Utopia. Human Rights in History*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press.
- Prieto-Ríos, E., Acosta-Alvarado, P. A. & Rivas-Ramírez, D. (2020). *Repensar la Educación en Derecho Internacional en América Latina: Avances y discusiones en el 2019*. Bogotá: Universidad del Rosario, <https://doi.org/10.12804/urosario9789587845136>.
- Revista Derecho del Estado*, 39, -Número Monográfico sobre educación en derecho internacional (2017).
- Rivas-Ramírez, D. (2017). "Del colonialismo a la emancipación epistémica. Un aporte doble al debate sobre la relación entre imperialismo y derecho internacional" *Revista Derecho del Estado*, 39: 17-19, <https://doi.org/10.18601/01229893.n39.02>
- Scarfí, J. P. (2017). "Del giro ético al historicista: el potencial y los límites de la perspectiva histórica en los derechos humanos y el derecho internacional". *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional*, 6: 1-14.
- Veçoso, F., Betancur-Restrepo, L., Prieto-Ríos, E. & Rivas-Ramírez, D. (2020). "Entrevista al Proyecto Redial", *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional*, 9.

