

2016

# MIGRACIONES Y DERECHOS HUMANOS

Reglas básicas para la aplicación de la  
normativa sobre movilidad humana  
en Ecuador

MIGRACIONES Y DERECHOS HUMANOS

Elaborado por



Fundación  
**ESPERANZA**



**SJR** Instituto  
Servicio Jesuita a Refugiados

Financiado por



Agència Catalana  
de Cooperació  
al Desenvolupament



Save the Children



Cruz Roja Ecuatoriana







**MIGRACIONES  
Y  
DERECHOS HUMANOS**

———— **COMPENDIO** ————

**Alonso Díez, Alba.**

**Chiara, Piero**

**Metzner, Nadine**

**Migraciones y Derechos Humanos: Compendio. Reglas básicas para la aplicación de la normativa sobre movilidad humana en Ecuador.**

**Quito. Fundación ESPERANZA y Servicio Jesuita a Refugiados. 2015.**

**P. 236 páginas**

**ISBN: 978-9942-14-124-8**

**Palabras clave: Migración, Movilidad Humana, Derechos Humanos, Refugio, Trata de personas**

Migraciones y Derechos Humanos: Compendio. Reglas básicas para la aplicación de la normativa sobre movilidad humana en Ecuador.

ISBN: 978-9942-14-124-8

Primera Edición: Marzo 2016

2016, Fundación ESPERANZA y Servicio Jesuita a Refugiados

## **FUNDACION ESPERANZA**

Director General

OSCAR GÓMEZ D.

## **SERVICIO JESUITA A REFUGIADOS**

Director Nacional

P. ROBERTO GRANJA

## **Imagen de Portada y Contraportada**

Edu León

Se cuenta con la autorización expresa del autor para su utilización

## **Diagramación e Impresión:**

Creatividad en el Arte Gráfico

Javier Zambrano N16-30 y Buenos Aires. Quito.

La presente publicación ha sido elaborada con la ayuda financiera de la División General para el Desarrollo y la Cooperación de la Unión Europea y de la Agencia Catalana de Cooperación al Desarrollo (ACCD). El contenido de la misma es responsabilidad exclusiva de los autores y en ningún caso debe considerarse que refleja los puntos de vista de ambas instituciones.

Esta publicación es posible gracias al apoyo de los siguientes proyectos: “Derecho a una vida en paz y libre de violencia para mujeres en situación de movilidad humana en la frontera Norte del Ecuador” (Agencia Catalana de Cooperación al Desarrollo (ACCD) – Save the Children) y “Defensa, protección y promoción de los derechos de las personas en situación de Movilidad Humana y víctimas de trata y tráfico, Quito - Ecuador” (Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, con financiación de la División General para el Desarrollo y la Cooperación - Unión Europea).

**Reglas básicas para la aplicación  
de la normativa sobre movilidad  
humana en Ecuador.**

## **SERVICIO JESUITA A REFUGIADOS - ECUADOR**

Dirección : Eustorgio Salgado N19-83  
y Av. Universitaria (Sector Miraflores), Quito, Ecuador

Teléfono : (+593 2) 2559876 - (+593 2) 2543985

[www.sjr.org.ec](http://www.sjr.org.ec)

Twitter: [@sjrec](https://twitter.com/sjrec)

Facebook: **Servicio Jesuita a Refugiados – Ecuador**

## **FUNDACIÓN ESPERANZA ECUADOR**

Teléfono: (+593) 2 256 5357 - 2 250 3293

Quito - Ecuador

[www.fundacionesperanza.org](http://www.fundacionesperanza.org)

[www.infomigrante.org](http://www.infomigrante.org)

Facebook: **Fundación ESPERANZA**

## INDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>1</b>
Un concepto clave: la Movilidad Humana	3
<b>I. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y OPERATIVIDAD DE LAS NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN EL PLANO INTERNO</b>	
1. Jerarquía normativa en la Constitución	9
2. Control de constitucionalidad y convencionalidad	11
3. Estándares Internacionales de Derechos Humanos	25
a. La Obligación de Respetar	25
b. La Obligación de Proteger	28
c. La Obligación de Garantizar	34
d. La Obligación de Promover	41
e. La Obligación de No discriminación	42
f. La Obligación de Adecuación de medidas	44
g. La Obligación de Reparar	46
<b>II. ESTÁNDARES DE DERECHOS HUMANOS RELEVANTES A LA ACTIVIDAD DE OPERADORES DE JUSTICIA Y ESTÁNDARES PROCESALES</b>	
1. Debida diligencia en la investigación	57
1. Las obligaciones estatales relacionadas con el esclarecimiento de graves violaciones a los derechos humanos	65
2. La investigación judicial de graves violaciones de derechos humanos	70
3. Principios generales de debida diligencia para la investigación de graves violaciones de derechos humanos	73

<b>III. REFUGIO Y PROTECCIÓN INTERNACIONAL. ESTANDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y SU APLICACIÓN EN EL ECUADOR</b>	
1. Introducción	89
2. Protección internacional de los refugiados	91
3. Solicitantes de asilo y refugiados	94
4. Criterios para la determinación de la condición de refugio y status jurídico de los refugiados	95
5. El Refugio en Ecuador y el Decreto Ejecutivo No. 1182	103
a. Autoridades Competentes	105
b. El procedimiento para solicitar refugio en Ecuador	106
c. Proceso de Admisibilidad	107
d. Proceso de elegibilidad	108
e. Resolución de la Comisión Revisión e Impugnación de actos administrativos	108
f. Revisión e Impugnación de actos administrativos	109
g. La cancelación del estatuto de refugiado: procedimientos de cesación, revocatoria y extinción.	114
<b>IV. PROCESOS EFICIENTES DE REGULARIZACIÓN MIGRATORIA</b>	
1. Introducción	119
2. La Ciudadanía	120
3. Proceso administrativo de regularización migratoria	124
a. Marco Conceptual	124
b. Simplificación de trámites y discrecionalidad en la actividad de la Administración Pública	125
c. Ley de Migración	130
d. Causas de exclusión	132
e. Consejo Consultivo de Política Migratoria	133
f. Ley de Extranjería	134
g. Clases de Visas	135

h.	Visa 9.VI: Amparo	136
i.	Acuerdo sobre Residencia para los Nacionales de los Estados Partes del Mercosur y Estados Asociados	144
j.	Empadronamiento	147
k.	Cedulación	147

## **V. LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA NACIONAL E INTERNACIONAL EN MATERIA DE TRATA DE PERSONAS**

1.	Introducción	151
2.	Marco normativo internacional	152
3.	La trata de personas en la legislación nacional e internacional	156
a.	Definición de trata de personas	156
b.	Modalidades de explotación	160
c.	Sanción	167
d.	Mecanismos de protección	167
e.	Reparación a las víctimas de trata de personas	176
4.	Factores de riesgo para la trata de personas	177
5.	Indicadores que permiten identificar el delito de trata de personas	190
6.	Principios básicos para la asistencia a víctimas de trata de personas	197
7.	Enfoques	209
8.	La Trata de personas en los medios de comunicación	215
9.	Consideraciones Finales	221



## **Introducción**

Este compendio intenta condensar sintéticamente los preceptos que deben cumplir los equipos profesionales de las organizaciones de la sociedad civil, organizaciones internacionales de asistencia humanitaria e instituciones del Estado, a fin de garantizar el cumplimiento del derecho a la libre movilidad humana en Ecuador, brindando la atención adecuada a personas en dichos contextos.

Además contiene algunas pautas que debe tener en cuenta la persona que proporciona la atención al momento de realizar la identificación del caso y la debida orientación para que ésta sea conforme a los estándares internacionales de derechos humanos.

El trabajo nace como material de apoyo y consulta a raíz de un proceso sostenido de formación a servidoras y servidores públicos de las provincias de Sucumbíos, Carchi, Esmeraldas e Imbabura, cuyas actividades están vinculadas con el acceso a derechos y servicios para la población en movilidad humana, realizado gracias a la sinergia entre organizaciones de la sociedad civil e instituciones del Estado ecuatoriano.

Al mismo tiempo, quiere ser una útil herramienta de incidencia dirigida a la formación e información de la sociedad civil, con el propósito de educar a la participación, al ejercicio de la ciudadanía y a la exigibilidad de los derechos humanos”.

Las organizaciones que participan en la construcción y publicación de esta obra muestran su agradecimiento para con las siguientes instituciones:

La Defensoría del Pueblo del Ecuador, el Viceministerio de Movilidad Humana del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana - especialmente a la Coordinación Zonal 1- , el Gobierno Provincial y el Patronato de Imbabura así como al Gobierno Provincial de Esmeraldas



## **Un concepto clave: la Movilidad Humana**

Por «movilidad humana» se entiende la movilización de personas de un lugar a otro en ejercicio de su derecho a la libre circulación. Es un proceso motivado por diversas razones, voluntarias o forzadas, que se realiza con la intencionalidad de permanecer en el lugar de destino por períodos cortos o largos, el cual puede implicar o no el cruce de fronteras geográficas o políticas.

“La Movilidad humana incluye a personas emigrantes, inmigrantes, solicitantes de refugio, refugiadas, asiladas, apátridas, migrantes y desplazadas internas, víctimas de trata y tráfico de migrantes y sus familiares desde su dimensión de género, generacional, étnica, ambiental, entre otras (...) La movilidad humana forma parte de la construcción histórica de los países latinoamericanos y caribeños, lo que ha permitido compartir una cultura e historia común, así como el desarrollo de otras regiones del mundo en el ámbito económico, social e intelectual”<sup>1</sup>.

Cada una de estas formas de movilidad está influida por una serie de factores sociales, políticos, culturales, económicos, entre otros que no tienen siempre las mismas características. Es importante tener en cuenta dichos factores porque en base al tipo de movilidad y circunstancias que la motivan, permiten identificar las necesidades particulares de la persona. Cada tipo de movilidad tiene causas y consecuencias diferentes, al igual que los contextos en que se desarrolla. Ello obliga a implementar una acción estatal diferenciada, en la que no debe perderse de vista a la persona que se moviliza y sus necesidades particulares.

No se puede hablar de movilidad humana sin hablar de migración. La relación entre estos dos términos es de género y especie, en cuanto la movilidad humana abarca toda forma de desplazamiento de personas y, por tanto, incluye a la migración, sea interna o internacional.

La migración, por su parte, hace referencia al desplazamiento de personas desde su residencia habitual para establecerse, temporal o permanentemente, en otro lugar que puede ser otra ciudad o país. En ese sentido, la migración se caracteriza por la circulación libre, así como por el interés de la persona de

---

<sup>1</sup> Acuerdo Defensorial del Encuentro de Defensoras y Defensores del Pueblo de la Región Andina del año 2009.

asentarse, por algún tiempo, en un lugar. El movimiento de salida de un lugar se denomina emigración y el movimiento de ingreso a un nuevo país se llama inmigración. Los países que se encuentran en el camino entre el lugar de origen y el de destino son países de tránsito.

Las personas en movilidad humana internacional se encuentran protegidas en el marco del derecho internacional de los derechos humanos por:

- a. instrumentos internacionales que protegen a grupos específicos de personas en movilidad, por ejemplo, los convenios de la OIT sobre trabajadores migrantes o los tratados sobre refugio y asilo.
- b. instrumentos internacionales que protegen al ser humano en función de una condición específica, es decir, en función del género, de la edad, etcétera - por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño.
- c. instrumentos universales que reconocen derechos a todo ser humano, por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros.

Existen grupos de personas que son llamados *sujetos de protección internacional, grupos en situación de vulnerabilidad*. Estos grupos comparten una o más características que los colocan en una situación de riesgo mayor a la de cualquier otra persona en movilidad humana. Frente a esta situación, los Estados<sup>2</sup> deben realizar acciones para que dichos riesgos no se materialicen ni se vulneren derechos humanos.

Principales grupos en situación de especial protección son:

- Las personas refugiadas y solicitantes de asilo

---

<sup>2</sup> Los Estados en la Convención Internacional de Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familias. El artículo 6 de esta convención ha establecido la siguiente tipología:

- Estado de origen. «Se entenderá el Estado del que sea nacional la persona de que se trate»
  - Estado de empleo. «Se entenderá el Estado donde el trabajador migratorio vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, según el caso»
  - Estado de tránsito. «Se entenderá cualquier Estado por el que pase el interesado en un viaje al Estado de empleo o del Estado de empleo al Estado de origen o al Estado de residencia habitual»
- En cada caso, se reconoce un conjunto de obligaciones diferenciadas.

- Las personas víctimas de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes
- Niños, niñas y adolescentes, como personas que se movilizan solas o acompañadas de sus padres u otras personas adultas
- Las mujeres cuyos patrones de movilidad han adquirido características particulares (por ejemplo, los ámbitos laborales donde normalmente se insertan las mujeres siguen garantizando menores beneficios laborales y un menor acceso a mecanismos de protección)
- Las personas que realizan procesos de migración internacional en situación migratoria irregular, hechos que las coloca en riesgo de explotación y precariedad laboral.

El Estado ecuatoriano, como signatario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reconoce el derecho a circular libremente, que a su vez lo acoge la Constitución de la República propugnando así en el Artículo 416 numeral 6 el “principio de ciudadanía universal y la libre movilidad de todos los habitantes del planeta”<sup>3</sup>. En esta misma línea, en el artículo 40 “se reconoce a las personas el derecho a migrar, por lo tanto no se considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria”<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Constitución de la República del Ecuador, 2008.

<sup>4</sup> Ibid.



# CAPÍTULO

# I

**DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS  
HUMANOS Y OPERATIVIDAD DE LAS NORMAS  
INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN  
EL PLANO INTERNO**



## I.1 Jerarquía normativa en la Constitución

Cuando hablamos de derechos humanos o de vulneraciones a los derechos humanos, todos los servidores y servidoras públicas están obligados a interpretar y aplicar los instrumentos internacionales y la legislación nacional en la materia de acuerdo a los siguientes principios:

### ***Principio pro ser humano:***

Este principio prescribe que, de los sentidos posibles que arroje el ejercicio de interpretación conforme de una norma, se privilegie aquel que depare mayor beneficio a las personas. Así, el principio pro persona es un criterio hermenéutico en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor de la persona.

### ***Aplicabilidad Directa***

Se refiere a la aplicación directa en el orden interno de los instrumentos internacionales de derechos humanos en la materia, en este caso, en el ámbito de la movilidad humana. Este es un principio que aplica tanto de oficio por parte de los y las servidores/as públicos/as como a petición de parte.

### ***Principio de no restricción de derechos***

Los derechos y garantías establecidas en la Constitución Ecuatoriana y en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Ecuador serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal, autoridad o funcionario, de oficio o a petición de parte. No se puede exigir para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales, condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Estos derechos son plenamente judiciales, por lo cual no se alegará falta de ley para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos o para negar el reconocimiento de tales derechos. Ninguna norma jurídica puede restringir el contenido de los derechos y garantías constitucionales.

### ***Clausula Abierta***

Esta técnica de cláusula abierta, enriquecida en el constitucionalismo latinoamericano, ha permitido considerar como derechos humanos todos los otros inherentes a la persona humana, incluso, aquellos declarados en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que no estén propiamente establecidos en la Constitución. Este principio no es una innovación de la actual Constitución Ecuatoriana, pues en la anterior ya se indicaba que

*“Los derechos y garantías señalados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales, no excluyen otros que se deriven de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material” (Art. 19).*

Esta provisión se complementaba, además, con el art. 18, que indicaba que los derechos y garantías establecidos en la CE y en los tratados internacionales son directamente aplicables por y ante cualquier tribunal o autoridad.

Todos estos principios, en definitiva, nos deben dejar claridad sobre cuatro puntos específicos:

- i). Debemos atender a toda la normativa de derechos humanos o nacional en materia de prevención, protección, garantía, sanción y reparación de derechos.
- ii). De entre toda esa normativa se debe acudir a las normas más favorables.
- iii). Existe obligación de los y las servidoras públicas de aplicarlo directamente dicha norma más favorable, tanto de oficio como a petición de parte.
- iv). En ningún caso, ningún derecho puede restringirse. Es más, incluso aquellos derechos que no estén contenidos en la Constitución, pero sí lo estén en instrumentos ratificados por el Ecuador, son parte del ordenamiento interno.

A la par de estos principios, la Constitución no deja dudas en materia de jerarquía normativa. Si bien, a priori, la Constitución es la norma suprema en dicha jerarquía, existe una salvaguarda en el artículo 424, según la cual:

**Art. 424.-** [...] *los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.*

De esta manera, todos aquellos derechos reconocidos en tratados internacionales y ratificados por el Ecuador que sean más favorables a los contenidos en la propia Carta Magna, tienen un carácter prevalente en el ordenamiento jurídico.

## **I.2 Control de constitucionalidad y convencionalidad<sup>5</sup>**

La progresiva aplicabilidad del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno de los Estados, se ha venido realizando a través de diversas fórmulas o cláusulas constitucionales o bien a través del dinamismo de la jurisprudencia constitucional<sup>6</sup>.

Una de las manifestaciones más claras sobre esta constitucionalización del derecho internacional lo constituye otorgar jerarquía constitucional (o supra constitucional) a los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Algo que podemos encontrar, como hemos visto, a través de las cláusulas establecidas en los artículos 417 y 424 de la Constitución Ecuatoriana de 2008.

Cada vez son más los Estados latinoamericanos que han adoptado estas posturas, superando la clásica concepción de su equiparación legal. Esto ha sucedido, por ejemplo, en Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Perú, Ecuador, Paraguay y muy recientemente en República Dominicana, en su nueva Constitución proclamada el 26 de enero de 2010.

Esta última refleja la tendencia evolutiva de apertura que están adoptando los textos constitucionales de nuestra región latinoamericana en materia de derechos humanos, al establecer que “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado” (artículo 74.3 de la Constitución de RD).

---

<sup>5</sup> Sección extraída de Ferrer Mac-Gregor, E. (2011), “El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional” en: Carbonell, Miguel y Pedro Salazar (Coordinadores), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, IJ-UNAM.

<sup>6</sup> Una situación actual de esta dimensión puede verse en los diversos trabajos contenidos en la obra colectiva García Ramírez, Sergio y Castañeda Hernández, Mireya (coords.), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, UNAM, 2009;

Incluso, determinados ordenamientos constitucionales otorgan jerarquía supraconstitucional a los instrumentos internacionales en derechos humanos, en la medida en que sean más favorables en la protección de los derechos, como se establece en las nuevas Constituciones de Bolivia (artículo 256.1), Ecuador (como ya vimos, a través del artículo 424), Venezuela (artículo 23) o a través del dinamismo jurisprudencial en Costa Rica<sup>7</sup>.

La incorporación de los derechos humanos de fuente internacional al catálogo de los derechos fundamentales en las Constituciones nacionales, implica un “bloque de constitucionalidad”, sirviendo como parámetro de control de la constitucionalidad de las leyes y demás actos que violen dichos derechos. Este “bloque” también es motivo de aceptación por parte de los máximos órganos jurisdiccionales a través de un sano activismo judicial, como recientemente lo ha estimado la Suprema Corte de Justicia de Uruguay en 2009<sup>8</sup>.

**El bloque de constitucionalidad se ha venido ampliando.** Además de los derechos previstos en los tratados internacionales, **también lo conforma la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**, como se ha reconocido por la Corte Constitucional de Colombia<sup>9</sup>, la Sala Constitucional de Costa Rica<sup>10</sup>, el Tribunal Constitucional del Perú<sup>11</sup>, la Corte

---

<sup>7</sup> La Sala Constitucional estableció que los derechos previstos en los tratados internacionales “priman sobre la Constitución” en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías. Véase la muy conocida sentencia 3435, del 11 de noviembre de 1992, relativa al beneficio desigualdad por razones de género, aplicándose diversos tratados internacionales.

<sup>8</sup> Tradicionalmente los tratados internacionales tenían rango de ley. Sin embargo, un nuevo criterio pareciera abrir la ventana hacia esta dimensión, en la sentencia 365, del 19 de octubre de 2009. Sobre esta sentencia, véase Risso Ferrand, Martín, “El derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia reciente de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 14, julio-diciembre de 2010 (en prensa).

<sup>9</sup> A partir de la sentencia 225/95 del 18 de mayo de 1995, relativa a la naturaleza imperativa de las normas humanitarias y su incorporación al bloque de constitucionalidad. También véase las sentencias C-578/95 y C-258/97, entre otras.

<sup>10</sup> A partir de la sentencia 3550-92, antes referida. Sobre esta sentencia y en general su rol en el sistema de Costa Rica, véase Hernández Valle, Rubén, *Derecho procesal constitucional*, 3a. ed., San José, Juricentro, 2009.

<sup>11</sup> Véase la sentencia 7/2007, de 19 de junio de 2007.

Suprema de Argentina<sup>12</sup>, o la Corte Suprema de República Dominicana<sup>13</sup>. Lo anterior es un paso significativo hacia un “bloque de convencionalidad” como veremos más adelante.

Por otra parte, también se advierte esta constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos a través de principios o criterios hermenéuticos. Así, se han constitucionalizado los principios *pro persona* y *pro libertatis* reconocidos en el artículo 29 del Pacto de San José; o bien se han utilizado por las jurisdicciones nacionales<sup>14</sup>. También se advierte la tendencia de incorporar “cláusulas abiertas” de recepción de la normatividad convencional o cláusulas constitucionales para interpretar los derechos y libertades “de conformidad” con los instrumentos internacionales en la materia, tal y como vemos en los artículos 11 y 417 de la Constitución Política del Ecuador.

### **- El control concentrado de convencionalidad por la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

El control de convencionalidad tiene dos manifestaciones: una de carácter “*concentrada*” por parte de la Corte Interamericana, en sede internacional; y otra de carácter “*difusa*” por los jueces nacionales, en sede interna.

La primera obedece a las facultades inherentes de la Corte Interamericana al resolver los casos contenciosos sometidos a su consideración, en cuanto guardián e intérprete final de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Es en realidad un control “concentrado” de convencionalidad, al encomendarse a dicho órgano jurisdiccional la facultad exclusiva de “garantizar

---

<sup>12</sup> Sobre las diversas sentencias de la Corte Suprema argentina y su tendencial aceptación sobre el particular, véase Hitters, Juan Carlos, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, México, núm. 10, julio-diciembre de 2008, pp. 131-156.

<sup>13</sup> Véase la sentencia 1990-2003, de 13 de noviembre de 2003; cfr. “El bloque de constitucionalidad en la determinación de los principios fundamentales del debido proceso”, Diálogo Jurisprudencial, México, núm. 3, julio-diciembre 2007, pp. 27-50.

<sup>14</sup> A nivel constitucional se regula en Ecuador, Bolivia, Colombia, Perú y República Dominicana, por ejemplo. Además, un buen número de jurisdicciones constitucionales han utilizado el principio *pro homine*, *pro persona* o *in bonum* en sus fallos.

al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados” y “reparar las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”; todo lo cual, cuando “decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos por esta Convención” (artículo 63, CADH), teniendo dicho fallo carácter “definitivo e inapelable” (artículo 67, CADH); por lo que los Estados “se comprometen a cumplir con la decisión de la Corte en todo caso de que sean partes” (artículo 68.1, CADH)<sup>15</sup>.

El control de convencionalidad constituye la razón de ser de la Corte Interamericana, esto es, el realizar un control de compatibilidad entre el acto de violación y el Pacto de San José (y sus protocolos adicionales). En caso de violación de derechos humanos (sea por acción u omisión), la responsabilidad internacional recae sobre el Estado y no sobre alguno de sus órganos o poderes.

De esta manera, como lo ha sostenido García Ramírez en un importante voto concurrente<sup>16</sup>:

*Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio —sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto - y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte Internacional.*

Esta caracterización de control de convencionalidad es la natural que realiza la Corte Interamericana en sede internacional desde sus primeras sentencias; si bien es en ese voto concurrente (2003) cuando por primera vez se utiliza la

---

<sup>15</sup> Si bien la Comisión Interamericana tiene competencia para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados parte, en estricto rigor no realiza un “control de convencionalidad” por no tener propiamente funciones jurisdiccionales. Las principales funciones de la Comisión se encuentran previstas en el artículo 41 de la CADH.

<sup>16</sup> Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párrafo 27.

expresión. La tarea de la Corte, continúa reflexionando García Ramírez, en otro voto concurrente<sup>17</sup>:

*...se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Éstos examinan los actos impugnados -disposiciones de alcance general- a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público -y, eventualmente, de otros agentes sociales- al orden que entraña el Estado de derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía.*

Años después, vuelve García Ramírez a utilizar la expresión “control de convencionalidad” en el mismo sentido, “fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana”<sup>18</sup>, en el voto razonado emitido en el caso *Vargas Areco vs. Paraguay*, del 26 de septiembre de 2006; mismo día en que se decidió el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, donde el pleno de la Corte Interamericana utiliza por vez primera la expresión “control de convencionalidad”, si bien otorgándole una dimensión distinta: con carácter “difuso”, a manera de una fuerza expansiva de su jurisprudencia hacia todos los/as jueces/as de los Estados que han reconocido su jurisdicción, como a continuación pasamos a analizar.

- ***El control difuso de convencionalidad por el juez nacional: ¿un nuevo paradigma para el estado constitucional en Latinoamérica?***

Además del control concentrado de convencionalidad que realiza la Corte Interamericana como una técnica connatural a su competencia, existe otro

---

<sup>17</sup> Voto concurrente razonado de Sergio García Ramírez en el caso *Tibi vs. Ecuador*, resuelto el 7 de septiembre de 2004, párrafo 3.

<sup>18</sup> De tal suerte, dice García Ramírez, que derivado a ese “control de convencionalidad”, “no puede, ni pretende —jamás lo ha hecho—, convertirse en una nueva y última instancia para conocer la controversia suscitada en el orden interno”, pfo. 6 de referido voto razonado.

tipo de control de carácter “difuso”, que debe realizarse tanto por cualquier autoridad pública como por los jueces nacionales o domésticos de los Estados que han aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>19</sup>. El “control difuso de convencionalidad” consiste en el deber de los/as jueces/zas nacionales y de cualquier autoridad pública de realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo anterior implica reconocer la fuerza normativa de tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta. Este nuevo tipo de control no tiene sustento en la CADH, sino que deriva de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

#### *A) Nacimiento de la doctrina*

Fue establecida por primera vez en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile*, resuelto el 26 de septiembre de 2006. Esta sentencia se inscribe en la línea de varios fallos de la Corte Interamericana en casos de leyes de autoamnistía. Se resolvió la invalidez del decreto ley que perdonaba los crímenes de lesa humanidad, en el periodo 1973 a 1979 de la dictadura militar de Augusto Pinochet, debido a que dicho decreto resultaba incompatible con la CADH careciendo de “efectos jurídicos” a la luz de dicho tratado.

Sin embargo, en el fallo también se “avanza” hacia un nuevo tipo de control, teniendo en cuenta la responsabilidad internacional del Estado. Se establece que la obligación legislativa en sede interna, relativa a adoptar disposiciones de conformidad con la CADH alcanza una obligación hacia el Poder Judicial:

*“de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar*

---

<sup>19</sup> Sobre la temática, véase Sagüés, Néstor, “El ”control de convencionalidad” como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano”, en von Vogdandy, Armin et al., La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?, México, UNAM-Max Planck Institut, 2010, t. II (en prensa); Hitters, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Estudios Constitucionales, vol. 7, núm. 2, 2009, pp. 109-128; Rey Cantor, Ernesto, Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos, México, Porrúa-IMDPC, 2008, núm. 26; Albanese, Susana, El control de convencionalidad (coord.), Buenos Aires, Ediar, 2008.

*leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella<sup>20</sup>.*”

Lo anterior significa que ni los jueces son simples aplicadores de la ley nacional ni las autoridades públicas meros aplicadores de la norma, sino que tienen además, una obligación de realizar una “interpretación convencional”, verificando si dichas leyes que aplicarán a un caso particular, resultan “compatibles” con la CADH; de lo contrario su proceder sería contrario al artículo 1.1 de dicho tratado, produciendo una violación internacional, ya que **la aplicación de una ley inconventional produce por sí misma una responsabilidad internacional del Estado<sup>21</sup>.**

Los jueces nacionales y las autoridades públicas se convierten en “guardianes” de la convencionalidad. La esencia de la doctrina del “control difuso de convencionalidad”, se encuentra en el párrafo 124 de dicho fallo (*Almonacid Arellano*):

*La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, **el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.***

---

<sup>20</sup> Pfo. 123 de la sentencia.

<sup>21</sup> Esto aplica en general para cualquier órgano del Estado que aplique una ley inconventional. La parte relativa del pfo. 123 de dicha sentencia señala: “*El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el derecho internacional de los derechos humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.*”

Si observamos con atención los alcances del “control difuso de convencionalidad”, podemos advertir que en realidad no es algo nuevo.

Se trata de una especie de “bloque de constitucionalidad” derivado de una constitucionalización del derecho internacional, sea por las reformas que las propias Constituciones nacionales han venido realizando o a través de los avances de la jurisprudencia constitucional que la han aceptado. La novedad es que la obligación de aplicar la CADH y la jurisprudencia convencional proviene directamente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana como un “deber” de todos las y los jueces nacionales y autoridades públicas; de tal manera que ese imperativo representa un “bloque de convencionalidad” para establecer “estándares” en el continente o, cuando menos, en los países que han aceptado la jurisdicción de dicho tribunal internacional.

*B) Desarrollo de la doctrina.*

(Nota: La evolución de esta doctrina se ha desarrollado a nivel jurisprudencial, lo que implica que la extensión de la misma ha ido de manera gradual a medida que los casos dirimidos por la Corte IDH requerían un abordaje específico en este sentido. Por ello, el alcance, en un principio fue más limitado, ampliándose con el tiempo).

Tras *Almonacid Arellano* y casi dos meses más tarde, en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, resuelto el 24 de noviembre de 2006, la Corte Interamericana, invocando el mencionado caso, reitera su doctrina del “control difuso de convencionalidad” y la “precisa” en dos aspectos:

- (i). procede “de oficio”, lo que significa que las autoridades deben aplicar lo sin necesidad de que las partes lo soliciten; y
- (ii). debe ejercerse dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> El párrafo 128 de dicho fallo señala: “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad”

García Ramírez y Cançado Trindade formulan importantes votos razonados en ese asunto. El primero aclara que el “parámetro” de **control de convencionalidad** debería no limitarse a la CADH, sino a **todo el corpus iuris convencional** de los derechos humanos<sup>23</sup>; y también precisa que este control adquiere “carácter difuso” al quedar en manos de todos los tribunales (y autoridades públicas), lo que permite un sistema de control extenso (vertical y general).

Por su parte, el jurista brasileño, hoy integrante de la Corte Internacional de Justicia, agrega que los jueces nacionales deben aplicar no sólo el derecho constitucional sino también el derecho internacional de los derechos humanos, ejerciendo ex officio el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción para la protección de la persona<sup>24</sup>.

La doctrina sobre el “control difuso de convencionalidad” siguió consolidándose por parte de la Corte Interamericana. Se reitera, de manera firme, en los siguientes casos:

1. *La Cantuta vs. Perú*, de 29 de noviembre de 2006. La Corte Interamericana declaró que las leyes de autoamnistía resultaban incompatibles con la Convención. Por lo tanto, su aplicación por parte de un órgano estatal en un caso concreto, mediante actos normativos posteriores o su aplicación por funcionarios/as estatales, constituye una violación a la CADH. La Corte reitera la doctrina del “control difuso de convencionalidad” en el párrafo 173 de su sentencia.

---

ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”.

<sup>23</sup> Esto implica un abordaje completo de todos los instrumentos de derechos humanos reconocidos por el país en cuestión.

<sup>24</sup> Cfr. los votos razonados de ambos juristas, que aparecen al final de dicha sentencia.

2. *Boyce y otros vs. Barbados*, del 20 de noviembre de 2007. En idénticos términos se reitera la doctrina en el párrafo 78, haciendo referencia a los precedentes de los casos *Almonacid Arellano* y *La Cantuta*.
3. *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, del 12 de agosto de 2008. En el presente asunto se condena al Estado a que adecue en un plazo razonable su derecho interno, para tipificar los delitos de desaparición forzada de personas y de tortura, conforme los estándares convencionales, específicamente en la Convención sobre Desaparición Forzada y la Convención contra la Tortura. Así, en el párrafo 180 de la sentencia, se reitera la doctrina del “control de convencionalidad”, según la cual, “cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos”, citando los precedentes de los casos *Almonacid Arellano* y *de Boyce*.
4. En la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 9 de mayo de 2008, en los casos *Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes, ambos vs. Guatemala*, así como de la solicitud de ampliación de medidas provisionales del último de los casos. La Corte Interamericana recordó que es obligación del Estado brindar un procedimiento que garantice que toda persona condenada a muerte tenga el derecho a solicitar y, en su caso, obtener indulto; de tal suerte que los recursos que debe ofrecer, no serán simples formalidades condenadas de antemano a ser infructuosas. Destacó que en el supuesto no deseado de que el Congreso de la República de Guatemala rechace el decreto donde se estableciera el indulto, el Estado no habrá cumplido con sus obligaciones internacionales y, como consecuencia lógica, no podrá ejecutar a ningún condenado a muerte, hasta en tanto no se adecue la legislación a la CADH.
5. Es importante destacar que en apoyo a lo anterior, la Corte Interamericana invoca su doctrina del “control de convencionalidad”, recordando que **cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la CADH, el Poder Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de**

la misma y, consecuentemente, **debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella**. Al invocar la doctrina, si bien no señala los precedentes, es claro que lo toma del caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, ya que se refiere a que este control debe realizarse ex officio, aclarando que es “evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y las regulaciones procesales correspondientes”.

6. *Rosendo Radilla Pacheco vs. México*, de 23 de noviembre de 2009. En ese caso se condena al Estado mexicano, entre otras cuestiones, a realizar en un plazo razonable las adecuaciones legislativas conforme los estándares convencionales, en un doble aspecto: (1) por lo que respecta al tipo penal de desaparición forzada de personas establecido en el Código Penal Federal (que restringe la autoría del delito a “servidores públicos”), y (2) respecto al Código de Justicia Militar, que extiende la jurisdicción militar a aquellos delitos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense; en este último supuesto, aclara que la inconventionalidad no deriva del artículo 13 de la Constitución federal, sino del citado precepto del Código de Justicia Militar, que ha servido de interpretación de los jueces locales y federales para extender la jurisdicción militar a supuestos no autorizados. La Corte Interamericana, recuerda que en múltiples ocasiones ha indicado que “[c]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia”.

**Veamos, ahora sí, una somera argumentación que explica y legitima la construcción y aplicación de esta doctrina, para pasar después a un esquema de todos los elementos que la componen de acuerdo a la jurisprudencia que la Corte IDH ha desarrollado durante estos últimos años:**

1. **Principio de legalidad.** Los/as jueces/as y tribunales nacionales están sujetos al imperio de la ley, que les obliga a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, este principio ha sufrido un cambio fundamental en el Estado constitucional de derecho, donde las leyes deben también estar sometidas a la Constitución. De ahí

que la supremacía de la Constitución y el control de constitucionalidad de las leyes sean un paradigma para el constitucionalismo de nuestros días.

**2. Principio de convencionalidad.** El principio de legalidad coexiste con el de convencionalidad, desde que los Estados se han comprometido a respetar los derechos humanos previstos en los instrumentos internacionales que voluntariamente se han sometido. Por una parte, los Estados se comprometen a respetar los derechos y libertades que establece la CADH, y a garantizar su libre y pleno ejercicio sin ningún tipo de discriminación (artículo 1); además de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer valer esos derechos y libertades; por otra, reconocen la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que implica aceptar que los tribunales nacionales han dejado de tener la última palabra en determinados supuestos, teniendo las decisiones de ese Tribunal Internacional el carácter de “definitivas e inapelables” y los Estados parte se comprometen “a cumplir la decisión” (artículos 67 y 68.1 de la CADH).

**3. Supremacía convencional.** La “supremacía constitucional” se está redimensionando, a partir del surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos en la segunda mitad del siglo pasado. Los Estados se comprometen a respetar los derechos humanos previstos en los instrumentos internacionales, creándose asimismo órganos de promoción, supervisión y control, donde los tribunales regionales en la protección de estos derechos tienen una especial incidencia en los órdenes jurídicos nacionales. Lo anterior se advierte en nuestra región, en donde la CADH adquiere una prevalencia superior respecto de cualquier norma interna (incluidas las Constituciones), como se ha puesto en evidencia con la evolutiva jurisprudencia convencional, que hace suponer una “supremacía convencional”.

**4. Fundamento:** Buena fe y principio del efecto útil. En la opinión consultiva 14/94, de 9 de diciembre de 1994, sobre la responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención, la Corte Interamericana interpretó los artículos 1o. y 2o. de la CADH, criterio que ha seguido en los años siguientes. Sostiene que la obligación de dictar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la CADH comprende la de no dictarlas cuando ellas conduzcan a violarlos, fundamentando que descansa en un principio general del derecho internacional, relativo a que las obligaciones deben ser cumplidas de “buena

fe” y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno; lo cual ha sido recogido por tribunales internacionales, como la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia, y también ha sido codificado en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Precisamente la Corte fundamenta el control de convencionalidad en la buena fe, por lo que establece que los jueces deben velar por el *effet utile* de los instrumentos internacionales para que no sea mermado o anulado por aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento convencional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos.

**5. Control de convencionalidad.** Derivado de lo anterior, tanto los jueces nacionales como las autoridades públicas **no sólo están obligados a realizar un control de constitucionalidad** dentro de sus respectivas competencias y atribuciones, **sino también un control de convencionalidad**, en la medida en que de no hacerlo, se podría producir una responsabilidad internacional del Estado.

Este control, en definitiva, se compone de los siguientes rasgos:

1. Si bien es un deber principalmente hacia de los jueces nacionales<sup>25</sup>, en el marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales correspondientes<sup>26</sup>, también involucra a las instancias democráticas, dado que se trata de una función y tarea de cualquier autoridad pública y no solamente del Poder Judicial<sup>27</sup>.
2. Es un control que debe ejercerse ex officio y complementarse al control de constitucionalidad<sup>28</sup> por lo que no necesita estar autorizado por la Constitución o por las autoridades domésticas, solamente por su competencia<sup>29</sup>; De esta manera, este control lo deben realizar los/as jueces/zas nacionales con independencia de petición o solicitud de parte, en el caso que estén conociendo.

---

<sup>25</sup> Caso Almonacid Arellano, parr. 124.

<sup>26</sup> Caso Trabajadores Cesados del Congreso parr. 128.

<sup>27</sup> Caso Gelman Vs. Uruguay (2011). Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221. Parr. 240. Este es el caso más reciente en donde esta temática se ha abordado.

<sup>28</sup> Caso Trabajadores Cesados del Congreso parr. 128.

<sup>29</sup> Sagüés, Néstor Pedro (2010). “El control de convencionalidad como instrumentos para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, México, IJ-UNAM, pp. 455.

3. Es obligatorio para los/as Jueces/zas aun cuando el Poder Legislativo falla en su obligación de suprimir o no adoptar medidas conforme a la CADH<sup>30</sup>;
4. Bloque de convencionalidad. Si bien la doctrina de la Corte Interamericana limita el ámbito de control a la CADH, lo cierto es que atendiendo al corpus iuris interamericano, debe extenderse a sus protocolos adicionales (y en ciertos casos a otros instrumentos internacionales), de conformidad al reconocimiento de cada Estado y de la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana; asimismo, debe también extenderse a la jurisprudencia de dicho tribunal regional (que en estricto rigor no sólo se configura con los casos contenciosos, sino también con las opiniones consultivas y con criterios derivados de las medidas provisionales y de supervisión de cumplimiento de las sentencias, donde se interprete la normatividad convencional). De ahí que estemos ante un auténtico “bloque de convencionalidad”, como parámetro de control ejercido por los jueces y juezas nacionales;
5. No obstante este último punto, la competencia contenciosa de la Corte IDH no se reduce a la CADH, sino que puede aplicar igualmente el Protocolo de San Salvador, Convención para Prevenir y sancionar la Tortura, la Convención para la Desaparición forzada de personas y la Convención de Belem do Pará<sup>31</sup>.
6. Efectos. Las normas y actos inconventionales carecen de efectos jurídicos desde un inicio, lo cual repercute evidentemente en los actos derivados de aquéllos. Ésta es una problemática difícil que tendrá que considerarse por los operadores jurídicos nacionales.

La doctrina del “control difuso de constitucionalidad” seguramente tendrá desarrollos y matizaciones importantes en los próximos años, donde **los jueces nacionales tendrán un papel fundamental en su consolidación**. Sólo a través de una interacción entre la jurisprudencia convencional y la de los tribunales internos, se seguirá avanzando en la creación de estándares en materia de derechos humanos.

---

<sup>30</sup> Caso Almonacid Arellano, parr. 123

<sup>31</sup> García Ramírez, Sergio (2011), “El control judicial interno de convencionalidad”, IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, Año V, No. 28, Julio-Diciembre, 2011, p.136.

Esta nueva doctrina, cuyo éxito dependerá en gran medida de su reconocimiento y eficaz práctica de los jueces nacionales y autoridades públicas, representa un nuevo paradigma para el Estado constitucional de derecho en nuestra región.

En todo caso, el diálogo jurisprudencial (regional y nacional) contribuirá a la permanente interacción para construir un derecho público interamericano, recordando que los instrumentos, órganos y tribunales nacionales e internacionales en esta materia, tienen la misma y última finalidad: la protección efectiva del ser humano.

### **I.3 Estándares Internacionales de Derechos Humanos<sup>32</sup>**

#### **a. La Obligación de Respetar**

Respetar constituye la obligación más inmediata y básica de los derechos humanos, en tanto implica no interferir con o poner en peligro los derechos. Se trata de una obligación tendente a mantener el goce del derecho, y su cumplimiento es inmediatamente exigible, cualquiera que sea la naturaleza del mismo. Ninguno de los órganos pertenecientes al Estado, en cualquiera de sus niveles (provincial, cantonal o parroquial) e independientemente de sus funciones (ejecutivo, legislativo y judicial) debe violentar los derechos humanos por sus acciones.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló en la Sentencia del Caso *Velásquez Rodríguez* que la protección a los derechos humanos parte de la afirmación de la existencia de “esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción del ejercicio del poder estatal”.

Esta obligación se cumple por parte del Estado por medio de abstenciones y se violenta a través de acciones. El Estado debe abstenerse de, por ejemplo,

---

<sup>32</sup> Sección extraída de Serrano, S. y Vázquez, D. (2012). *El enfoque de Derechos Humanos*. Flacso México.

torturar o privar ilegalmente de la libertad, si lleva a cabo la acción de tortura o privación ilegal entonces violenta los derechos de integridad y libertad personales. Sin embargo, sería un error considerar que esta obligación sólo aplica a los derechos civiles. El Estado también debe abstenerse de interferir en el derecho de acceso a la salud o a la educación. Por ejemplo, si el Estado emitiera una ley que prohíbe a alguna minoría acceder a educación secundaria, estaría violentando la obligación de respetar el derecho a la educación de esa minoría.

Un interesante debate es si la obligación de respetar está dirigida fundamentalmente a los y las agentes estatales, o si también alcanza la conducta de los y las particulares. Esto dependerá del tipo de respuesta que demos a una pregunta ¿puede haber violaciones de derechos humanos entre particulares? Si contestamos de forma positiva, entonces automáticamente esta obligación -y sólo esta obligación- también repercute en la acción de los particulares.

En cambio, si contestamos de forma negativa, la responsabilidad no es a cargo del particular, sino del Estado, y no por violentar la obligación de respeto, sino por fallar en la obligación de protección. Varios de los casos donde podemos encontrar la forma en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha aproximado a la obligación de respetar se refieren a la restricción de derechos.

Así, el Estado debe abstenerse de intervenir en los derechos humanos de manera que cuando restringe derechos puede considerarse que está violentando la obligación de respetar.

Sin embargo ¿toda restricción es automáticamente violatoria a la obligación de respetar? No es así. El límite principal está constituido por los derechos de los demás, de tal manera que los derechos de todas las personas puedan coexistir. No se trata, sin embargo, de un criterio para preferir un derecho sobre otro, sino que tiene la intención de buscar su armonización, esto es, de la coexistencia de los derechos de todas las personas. Así, los Estados pueden regular los derechos de forma general para preservar fines como el orden o la salud pública que pueden incidir en el respeto de los derechos de otros. Esta facultad de restringir los derechos no es discrecional sino que se encuentra limitada por el propio Derecho Internacional, de no observarse los criterios impuestos la restricción sería ilegítima y violatoria de las obligaciones estatales.

Básicamente se trata de tres límites: debe ser establecida por ley<sup>33</sup>, referirse a algunos de los fines permitidos por la Convención Americana o instrumento internacional en cuestión<sup>34</sup> y, en el sistema interamericano, ser necesaria en una sociedad democrática<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Las limitaciones a los derechos deben estar establecidas en una norma que tenga carácter de ley y que regule sus condiciones generales y las circunstancias que la autorizan, en consecuencia, las restricciones a los derechos deben atender a ciertas características formales y materiales para su aprobación y cumplir los requisitos de generalidad y abstracción. La Corte Interamericana ha entendido por la expresión ley a “aquella norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado”. Corte IDH, La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 27.

<sup>34</sup> La causa invocada para restringir un derecho debe ser de aquellas establecidas en la CADH u otro instrumento internacional de derechos humanos ya sea de forma particular respecto de un derecho o de forma general. Por ejemplo, el artículo 13 de la Convención Americana establece que las limitaciones a la libertad de expresión deben ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. En consecuencia, la restricción que se aplique tampoco debe ir más allá de la protección de alguno de los intereses o derechos en cuestión para el caso concreto.

<sup>35</sup> Finalmente, debe verificarse el cumplimiento del requisito según el cual toda restricción debe ser “necesaria en una sociedad democrática”. En la Convención Americana este requisito se establece explícitamente para las restricciones de los derechos de reunión pacífica, libertad de asociación y libertad de movimiento. La jurisprudencia interamericana ha ampliado este requisito a los demás derechos en virtud del artículo 29.c de la Convención (Artículo 29. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: c. Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno [...]), que la Opinión Consultiva sobre la Colegiación Obligatoria definió en los siguientes términos: 46. [L]a “necesidad” y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención, las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo (Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 46).

## **b. La Obligación de Proteger**

Es una obligación dirigida a los agentes estatales en el marco de sus respectivas funciones para crear el marco jurídico y la maquinaria institucional necesaria para prevenir las violaciones a derechos humanos cometidas por particulares y por agentes estatales. Esto supone también la creación de dos formas organizacionales distintas: aparatos de prevención y algunos mecanismos de exigibilidad. Se debe pensar en aparatos de prevención y mecanismos de exigibilidad relacionadas tanto en posibles violaciones cometidas por particulares como en violaciones llevadas a cabo por agentes estatales. Además -siguiendo la ruta de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos- es importante destacar que frente a cualquier posible violación de derechos humanos por agentes estatales, además de la obligación de proteger también se activa la obligación de respeto y/o los deberes de verdad, justicia y reparación.

Estamos frente a una conducta positiva del Estado, el cual debe desplegar múltiples acciones a fin de proteger a las personas de las interferencias provenientes de particulares y de agentes estatales. Sin embargo, debe tenerse precaución porque múltiples acciones estarán relacionadas con la obligación de proteger los derechos humanos pero a partir sólo de algunos aspectos institucionales de la medida en cuestión.

Para poder identificar esos puntos de conexión es importante que se tenga en mente el objetivo principal tanto del aparato como del mecanismo creado para proteger los derechos humanos: la prevención. Veamos varios ejemplos:

- Las fuerzas de policía que protejan a las personas en sus derechos tienen como objetivo principal la prevención de los derechos humanos.
- Las políticas de supervisión a la acción de particulares en relación con derechos humanos como son las distintas oficinas de inspectores, por ejemplo: los/as inspectores/as de las condiciones laborales; los/as inspectores/as de las escuelas privadas; incluso los actualmente creados defensores/as del pueblo de los medios de comunicación. Todos ellos y ellas tienen por objeto la prevención de las violaciones a los derechos humanos.

- Los mecanismos cuasi-jurisdiccionales de los derechos humanos como las comisiones de derechos humanos o la creación de órganos autónomos para derechos especiales como los institutos de acceso a la información, los institutos electorales, también son parte de los aparatos creados para la prevención de los derechos humanos.
- En la medida en que la existencia de recursos efectivos para la protección de los derechos fundamentales tiene como principal objetivo proteger al derecho humano más que investigar, sancionar o reparar alguna posible violación, este es un claro ejemplo de una medida propia de la protección de los derechos humanos.
- Los procesos de constitucionalización o positivización de los derechos humanos identificados por Luigi Ferrajoli como garantías primarias y por Gerardo Pisarello como garantías políticas de los derechos humanos, también serían una forma de protección de los derechos humanos donde uno de los objetivos por medio del mecanismo de garantía -primario o político- es la prevención de la violación.
- La creación de las leyes penales que sancionen la violación del derecho, el procedimiento penal específico que deba seguirse y los órganos judiciales que sancionen las conductas. En estos tres casos pareciera que ya no estamos hablando de la prevención, por el contrario, el derecho ya fue violentado y por medio de estos mecanismos se investiga y se sanciona a los y las culpables<sup>36</sup>. No obstante, la emisión de la ley que reconoce el derecho -garantía primaria o política- junto con el establecimiento de una posible sanción frente a la violación y un órgano de investigación es también un mecanismo de prevención. Lo que en este caso es importante es distinguir el acto de aparición de estos aparatos y mecanismos -que constituyen la protección- con respecto de la acción de los mismos cuando el derecho ya fue violentado - que constituye los deberes de verdad, justicia y reparación.

A partir de los ejemplos que hemos mencionado podemos ver que si bien esta obligación puede caracterizarse como de cumplimiento inmediato, algunas particularidades de las instituciones creadas para la prevención pueden tener

---

<sup>36</sup> Aunque los autores consideramos que las obligaciones de investigar, sancionar y reparar los derechos humanos debieran analizarse como parte de la obligación de proteger, la jurisprudencia internacional los ha ubicado como partes de la obligación de garantizar o como deberes de verdad, justicia y reparación, por lo que decidimos adoptar esta última opción.

una naturaleza progresiva. Como el lector/a se habrá dado cuenta, la obligación de proteger -cuando se refiere a violaciones de derechos humanos por entes estatales- está sumamente vinculada con la obligación de respetar y, en todos los casos, es estrecha a los deberes de verdad, justicia y reparación que se traducen en la investigación de violaciones, la sanción a los y las culpables y la reparación de las víctimas.

De hecho, consideramos que estos tres aspectos que la jurisprudencia internacional ha relacionado con la obligación de garantizar o con los deberes de verdad, justicia y reparación en realidad pertenecen a la obligación de proteger los derechos humanos -están más vinculados con los mecanismos de exigibilidad y su correcto funcionamiento que con la obligación de garantizar los derechos humanos. No obstante, debido al consenso que se ha conformado en la dogmática jurídica sobre este punto, mantendremos estos tres aspectos en la explicación

### **Los distintos niveles de la obligación de protección**

A partir de la formación de diversos aparatos de prevención y mecanismos de exigibilidad, podemos pensar la obligación de proteger los derechos humanos por medio de niveles. En un **primer nivel**, el Estado está obligado a establecer un aparato que incluya una legislación, formación de organizaciones y procedimientos, correcto diseño institucional y capacidades suficientes (personal, estructura y capital), que permita llevar a cabo la vigilancia<sup>37</sup> sobre los particulares y reaccionar ante los riesgos para prevenir violaciones a los derechos humanos.

El tipo de aparato para realizar esta vigilancia dependerá del derecho que se busca proteger. Por ejemplo, la organización institucional requerida para verificar el cumplimiento de los derechos humanos laborales por medio de inspectores será distinta de la requerida para verificar que las escuelas privadas no violenten derechos humanos o para vigilar que los medios de comunicación no vulneren la libertad de expresión y el derecho a la información.

---

<sup>37</sup> En este contexto, por vigilar no debe entenderse una supervisión de los particulares por parte del Estado a manera de un estado invasivo, sino la supervisión de la actividad de los agentes privados cuando lleven a cabo funciones para el cumplimiento de derechos (por ejemplo, hospitales, escuelas y medios de comunicación privados), o bien pongan en riesgo los derechos de otra persona.

Pasemos ahora al **segundo nivel** de la obligación de protección. Vimos ya que la primera obligación es la creación de aparatos que incluyen organizaciones, leyes y capacidades, pero ¿Por sí sola la ley supone ejercicio efectivo de los derechos que en ella se establecen? ¿El establecimiento de la organización institucional supone en sí mismo un correcto funcionamiento? Rápidamente respondemos que no.

En México, por ejemplo, se sucedieron una serie de trágicos hechos de la mina Pasta de Conchos donde perecieron varios mineros por una explosión, se dieron a conocer dos hechos relevantes a la opinión pública: las condiciones laborales de los trabajadores mineros que estaban muy por debajo de los estándares legales; y que unas cuantas semanas antes la mina Pasta de Conchos había recibido y aprobado la inspección laboral correspondiente.

Así, además de la creación del aparato la **protección supone una vigilancia efectiva** hacia los y las particulares. La sola creación del aparato puede terminar en una simple simulación de la prevención. Podemos además incluir en este segundo nivel la necesidad de observar el accionar del Estado cuando una persona se encuentra en un riesgo real e inminente de ver violados sus derechos por un particular. Esto no es más que la frontera de la obligación de proteger, donde los mecanismos preventivos de primer orden han fallado y las personas sufren ese riesgo.

Dado que se trata de las obligaciones del Estado por acciones de particulares, su responsabilidad surge hasta el momento en que el riesgo adquiere las características mencionadas y además tal riesgo es conocido o debiera serlo por el Estado. Entonces, el Estado incumpliría su obligación y, por tanto, caería en responsabilidad sólo si una vez iniciado el riesgo conocido no realizara las acciones necesarias para impedir la consumación de la violación. Un ejemplo de la violación a esta obligación se encuentra en el Caso *Campo Algodonero Vs. México*<sup>38</sup>, donde la responsabilidad se gesta una vez que el Estado tiene la primer noticia de la desaparición de tres mujeres y no actúa de forma adecuada para investigar los hechos y encontrar a las mujeres desaparecidas, en especial por el contexto de violencia de género en Ciudad Juárez.

---

<sup>38</sup> Corte IDH, Caso *González y Otras ("Campo Algodonero") vs. México*, Sentencia del 16 de noviembre de 2009, serie C, No. 289.

## La protección, la colisión de derechos y la ponderación

Sandra Fredman sostiene que la obligación de proteger consiste en restringir a otros de la misma forma en que el Estado debe restringirse a sí mismo para asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos de todos<sup>39</sup>. Sin embargo, esta vinculación de los derechos humanos entre particulares es más compleja que la relación entre agente estatal y ciudadano/a porque el Estado debe mirar los derechos de ambos y no sólo los de una de las partes involucradas en el asunto. Esto nos lleva directamente a una de las problemáticas clásicas de los derechos humanos: la colisión de derechos y la ponderación de los mismos. Un punto central a discutir cuando nos enfrentamos a la colisión-ponderación es que el foco debe estar en la protección que se debe dar a cada uno de los derechos en tensión, aspecto que se debe resolver previo al problema de la ponderación.

Esto es importante porque se suele dar prioridad a la obligación de respeto sobre la de protección. Tomemos el Caso *Perozo y otros Vs. Venezuela* donde la Corte IDH analizó los alegados actos de violencia en perjuicio de comunicadores y trabajadores de la televisora Globovisión. De acuerdo con los representantes de las víctimas y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dichos actos fueron resultado de los diversos pronunciamientos emitidos por el presidente de ese país y otros miembros de su gabinete en contra de la televisora.

La Corte no aceptó el argumento según el cual existía una relación causal y directa entre los pronunciamientos de los funcionarios y los actos de violencia cometidos por la población. En su lugar analizó la medida en que el Estado cumplió con sus obligaciones, por un lado, respecto de los derechos de los miembros de la televisora y, por otro, respecto de los y las particulares que cometieron diversas agresiones. En cuanto a lo primero, Tribunal encontró responsable al Estado venezolano por no proteger adecuadamente a los miembros de la televisora. En primer lugar señaló que “el contenido de los referidos pronunciamientos de altos funcionarios públicos colocaron a quienes trabajaban para este medio particular de comunicación, [...] en una posición de mayor vulnerabilidad relativa frente al Estado y a determinados sectores de la sociedad”, por lo que los agentes estatales debieron tomar en cuenta el

---

<sup>39</sup> Fredman, Sandra, *Human Rights Transformed. Positive rights and positive duties*. Oxford University Press, USA, p. 72.

contexto de hostilidad social y limitar sus comentarios al público. En segundo lugar, determinó que el Estado también tiene responsabilidad por no investigar con la debida diligencia las denuncias interpuestas contra las personas que agredieron a los miembros de Globovisión con lo que generó impunidad y permisividad frente a dichos actos<sup>40</sup>.

Respecto de los particulares, la Corte señaló que hubo retrasos de hasta un año en la interposición de las denuncias, además de que por el contexto en el que se llevaron a cabo las agresiones era difícil identificar a aquellos que directamente las hubieran cometido<sup>41</sup>. El Tribunal Interamericano también pone énfasis en las dificultades de investigación y de protección de los derechos de los particulares que se hubieran visto involucrados, aunque deja de lado la importancia del conflicto y la confrontación de ideas que señala al comenzar sus consideraciones<sup>42</sup>. La Corte sólo deja ver que los particulares también debían tener garantizado la difusión de sus ideas en un marco de igualdad para participar en el debate político, sin que ellas se convirtieran en daños a la integridad personal del medio de comunicación.

A pesar de este doble enfoque que permitía ver la obligación de proteger respecto de los miembros de Globovisión y las obligaciones de respeto y garantía en relación con los particulares, la Corte IDH intentó balancear derechos y obligaciones de los miembros de Globovisión (a no ser agredidos) y de los demás particulares (a expresar sus ideas políticas) para concluir con un fuerte énfasis sólo en la obligación de protección que se debía a los miembros de Globovisión y dejando de lado las obligaciones respecto de los particulares.

Al margen de ello, la Corte da un salto importante en su argumentación, pues la prevención exigida al Estado está relacionada con el contexto de hostilidad y

---

<sup>40</sup> Corte IDH, Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 360 a 362.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

<sup>42</sup> *Idem*, párr. 116. La Corte Interamericana ha señalado en repetidas ocasiones la importancia del pluralismo, “que implica tolerancia y espíritu de apertura, sin los cuales no existe una sociedad democrática.[...] Sin una efectiva garantía de la libertad de expresión, se debilita el sistema democrático y sufren quebranto el pluralismo y la tolerancia; los mecanismos de control y denuncia ciudadana pueden volverse inoperantes y, en definitiva, se crea un campo fértil para que arraiguen sistemas autoritarios democrático”.

debate entre varios grupos de la población venezolana respecto de las políticas gubernamentales. Es decir, si bien debe resolverse el conflicto en sí mismo, la obligación de prevención -parte inherente a la de proteger- también conlleva la identificación de las causas que permiten la generación y repetición de los conflictos. En este caso, sin el citado contexto de hostilidad el margen de posicionamiento político de la autoridad sería más amplio. En el fondo, para resolver el conflicto, el Tribunal debió atender con mayor énfasis la forma y las razones de la generación del conflicto pero, especialmente, los canales de expresión del grupo de particulares que agredió a los miembros de la televisora. Cabe preguntarse si la ausencia de vías adecuadas para la propagación de ideas políticas por parte de un grupo importante de particulares fue una de las causas que coadyuvaron a la complicación del conflicto y, en última instancia, a las agresiones contra los miembros de Globovisión. En su caso, la Corte también debió atender esta deficiencia de forma tal que tanto los miembros de Globovisión como la población en general tuvieran acceso, en dimensiones similares, a expresar sus ideas.

Así, encontrar el balance o la armonía entre derechos es un paso más allá del simple desplazamiento del derecho de uno contra el de otro, igualmente es un segundo paso el buscar no solo la convivencia de ambos derechos sino su nivel óptimo de convivencia. Finalmente, si más que atender al conflicto entre particulares en sí mismo, se miran las razones que lo permiten, el Tribunal logrará sobreponerse frente al conflicto en pleno cumplimiento de sus obligaciones. En este sentido, Olivier De Schutter ha señalado que el proceso de balance deja de lado la búsqueda de formas para transformar el contexto en el que el conflicto surge, por lo que es necesario desarrollar soluciones imaginativas para limitar el conflicto y prevenir su recurrencia en el futuro<sup>43</sup>.

### **c. La Obligación de Garantizar**

A diferencia de las anteriores dos obligaciones, la de garantizar tiene no sólo el objetivo de mantener el disfrute del derecho, sino también el de mejorarlo y restituirlo en caso de violación.

---

<sup>43</sup> Olivier De Schutter and Françoise Tulkens, "Rights in Conflict: the European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution" en E. Brems (ed.), *Conflicts between fundamental rights*, Intersentia-Hart, Antwerp-Oxford-Portland, 2008, pp. 169-216.

Fundamentalmente se trata de una obligación que exige la conducta positiva del Estado para asegurar la realización del derecho. La obligación de garantizar los derechos es la más compleja en términos de la conducta positiva que se requiere de los órganos estatales, porque implica una perspectiva global sobre los derechos humanos en el país. En tanto se trata de asegurar la realización de los derechos humanos para todos, se hace necesario planear, establecer metas, crear mecanismos de control, entre otras actividades.

A diferencia de las anteriores dos obligaciones, la de garantizar tiene por objeto realizar el derecho y asegurar para todos/as la habilidad de disfrutar de los derechos. Por ello requiere la remoción de todas las restricciones a los derechos, así como la provisión de los recursos o la facilitación de las actividades que aseguren que todos sean sustantivamente iguales en cuanto a su habilidad para participar como ciudadanos plenos en una sociedad<sup>44</sup>. En este sentido, la obligación de garantizar implica, en palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

*“el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”*<sup>45</sup>.

En el centro de la obligación yace el principio de efectividad, es decir que los derechos están para ser vividos por las personas y ese es el objetivo que debe cumplir la garantía de los derechos. Por ello, la obligación de garantía es aún más compleja que las anteriores y también tiene un margen de indeterminación más amplio. Aquello que es esperado de la autoridad para satisfacer el derecho es **“todo lo necesario”**, pero no está precisado qué es eso.

---

<sup>44</sup> Cfr. Sandra Fredman..., op. cit., p. 77.

<sup>45</sup> La Corte Interamericana afirma, asimismo, que “[l]a obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (Corte IDH. Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4). Aunque este sentido primario de la obligación de garantizar estuvo en la jurisprudencia interamericana desde el primer caso contencioso, los casos posteriores han desarrollado bastante poco sus diversas dimensiones para centrarse casi de forma unánime en los deberes de investigar, sancionar y reparar.

Esta falta de determinación no se debe a la relativa novedad de la teoría sobre los derechos humanos, sino a que cada contexto es diferente y requiere de acciones distintas. Si el objetivo es alcanzar la efectividad del derecho, el camino que se deba cruzar para lograrlo dependerá del derecho en cuestión, del punto de inicio, de los recursos que tiene el Estado, del tiempo de que se disponga, entre otros factores. Aquí es que el cruce de la obligación de garantizar toma mucho sentido con otras obligaciones pensadas como principios de aplicación como es el caso del contenido esencial, la progresividad, la prohibición de regresión y el máximo uso de recursos disponible. Asimismo, para entender los contextos y sus consecuencias, es relevante recuperar la característica de universalidad de los derechos humanos. No se trata de un “todo o nada” en cuanto al cumplimiento de la obligación, pero sí de una valoración respecto de lo que el Estado debía y podía hacer y no hizo para satisfacer el derecho en cuestión. El cruce de este conjunto obligacional con las características de los derechos permite a las cortes valorar y determinar la medida en que la obligación de garantizar ha sido cumplida en los casos concretos a la par que ayuda a las y los planificadores estatales a diseñar políticas públicas.

Para poder analizar la obligación de garantizar podemos clasificarla en **dos categorías**: la creación de la maquinaria institucional para tomar medidas y la provisión de bienes y servicios para satisfacer los derechos.

Tenemos pues que el cumplimiento de esta obligación parte de la creación de la maquinaria institucional para adoptar medidas y la provisión de bienes tendientes a la plena efectividad de los derechos humanos, mientras que algunas serán de carácter inmediato otras serán progresivas<sup>46</sup>.

Para cumplir con esta obligación, los Comités de Naciones Unidas han desarrollado un conjunto de elementos esenciales que debe satisfacer todo derecho. Aquí un marco de oportunidad para entrecruzar esta obligación con los elementos esenciales y con los principios de aplicación que se mencionan más abajo.

---

<sup>46</sup> Para el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas conviene señalar que la obligación de adoptar medidas tiene la triple dimensión de actuar tanto para proteger los derechos (por ejemplo, la existencia de un tipo penal apropiado que sancione la desaparición forzada); para asegurar su realización (por ejemplo, mediante la creación de un órgano encargado de la regulación de los medios de comunicación, en el caso de la libertad de expresión), y para promover un derecho (por ejemplo, con la capacitación de los funcionarios judiciales en perspectiva de género).

De esta forma, la obligación de garantizar se construye siempre de forma dinámica y procesal, ya que se busca llegar a la plena realización de los derechos cuyo umbral es siempre indefinido y abierto, por lo que la determinación de la obligación de garantizar es también abierta y progresiva para adaptarse a las necesidades y avances. Además es procesal porque requiere la adopción de programas de acción por parte del Estado, lo que incluye: planes a largo plazo, establecer criterios, y cualquier otro mecanismo para hacer los derechos disponibles, accesibles, aceptables y con calidad<sup>47</sup>.

Un segundo punto relevante a mencionar es que normalmente se ha aceptado que la obligación de garantizar incluye la investigación de las violaciones a los derechos humanos, la sanción a los culpables y la reparación de las víctimas. Consideramos que estas tres categorías son mucho más afines a la obligación de proteger los derechos humanos mediante aparatos de prevención y mecanismos de exigibilidad, no obstante, los incluimos en esta herramienta analítica como deberes de verdad, justicia y reparación.

### **Creación de maquinaria institucional para adoptar medidas<sup>48</sup>**

El cumplimiento de esta obligación implica la creación de la maquinaria institucional para la adopción de medidas tendientes a la plena efectividad de los derechos humanos, sean estas legislativas o de cualquier otro carácter. Se refiere a la creación y adecuación de la infraestructura legal e institucional de la que depende la realización de los derechos. Se trata de una obligación progresiva, en tanto la total realización de los derechos es una tarea gradual.

---

<sup>47</sup> Olivier De Schutter and Françoise Tulkens, “Rights in Conflict: the European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution”..., op. cit., p. 465.

<sup>48</sup> La redacción del artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala únicamente la existencia de las obligaciones de respetar y garantizar, de tal forma que la Corte IDH ha desprendido de esta última las obligaciones de promover y proteger. Sin embargo, el deber de adoptar medidas, normalmente entendido como parte de la obligación de garantizar, se encuentra establecido en el artículo 2 de la Convención, lo que ha resultado en el desarrollo de una jurisprudencia paralela a la de la obligación de garantizar en los términos del tratado. Los trabajos preparatorios de la Convención hacen referencia a la disyuntiva de establecer un artículo independiente para la obligación de adoptar medidas o bien que se entendiera como parte de la obligación de garantizar. Se optó por incluir el artículo 2 a fin de esclarecer las obligaciones del Estado en cuanto a la adopción y modificación del marco legislativo y cualquier otra medida necesaria para la realización de los derechos, pues además esta obligación se entiende como de cumplimiento progresivo, mientras que la garantía de los derechos es de cumplimiento inmediato.

La creación de la maquinaria institucional se refiere a crear la infraestructura legal e institucional de la que depende la realización práctica del derecho. Debe distinguirse este esfuerzo creativo del correspondiente a la obligación de proteger. En la obligación de proteger el objetivo principal de la maquinaria institucional creada será prevenir las violaciones a los derechos humanos cometidas por particulares o por agentes estatales, es decir, crear las condiciones para impedir las violaciones. En cambio, en la obligación de garantizar, el objetivo principal es que el Estado se ocupe de darle efectividad al ejercicio de los derechos humanos por parte de las personas, es decir, de que las personas efectivamente ejerciten –por ejemplo- el derecho a la salud, a la alimentación, a la vivienda, etcétera.

La Corte Interamericana se ha referido al menos a tres tipos de medidas: a) legislativas; b) sobre las prácticas de los agentes estatales; c) institucionales.

En la sentencia del Caso *Radilla Pacheco Vs. México* se refirió a la necesaria reforma legislativa del artículo 57 del Código Penal Militar y a la adopción de reformas legislativas para adecuar las normas penales del país a los estándares internacionales en materia de desaparición forzada. Respecto de la normativa militar, la Corte IDH señaló que:

286. La Corte estima que el artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar es una disposición amplia e imprecisa que impide la determinación de la estricta conexión del delito del fuero ordinario con el servicio castrense objetivamente valorado. [...]

287. [...]

288. En relación con la obligación general de adecuar la normativa interna a la Convención, la Corte ha afirmado en varias oportunidades que “[e]n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas”. En la Convención Americana este principio es recogido en su artículo 2, que establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar

los derechos en ella reconocidos, lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*).

289. En consecuencia, el Tribunal estima que el Estado incumplió la obligación contenida en el artículo 2 de la Convención Americana, en conexión con los artículos 8 y 25 de la misma, al extender la competencia del fuero castrense a delitos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense.

Posteriormente agrega que no basta con modificar las leyes, sino que resulta indispensable modificar las prácticas y la interpretación asociadas con ellas:

338. Para este Tribunal, no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención.

Así, la simple reforma legislativa no alcanza para dar por cumplida esta obligación, sino que el Estado debe hacer todo lo necesario para que la nueva norma tenga el efecto deseado en cuanto a la realización de los derechos. En razón de ello es que la obligación de adoptar medidas también mira a las instituciones encargadas de asegurar la realización de los derechos. Cabe aclarar que no sólo se trata de las instituciones que permitan sancionar el incumplimiento de los derechos, al contrario, incluye a las instituciones que permiten que el derecho exista. En la Sentencia del Caso de la *Comunidad Indígena Xákmok Kásek* la Corte señaló que:

310. En consecuencia, el Estado, en el plazo de dos años, deberá adoptar en su derecho interno, según lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención Americana, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un sistema

eficaz de reclamación de tierras ancestrales o tradicionales de los pueblos indígenas que posibilite la concreción de su derecho de propiedad. Este sistema deberá consagrar normas sustantivas que garanticen: a) que se tome en cuenta la importancia que para los indígenas tiene su tierra tradicional, y b) que no baste que las tierras reclamadas estén en manos privadas y sean racionalmente explotadas para rechazar cualquier pedido de reivindicación. Además, este sistema deberá consagrar que una autoridad judicial sea la competente para resolver los conflictos que se presenten entre los derechos a la propiedad de los particulares y la de los indígenas.

### **Provisión de bienes y servicios para satisfacer los derechos**

Mediante este deber el Estado debe proveer a las personas con los recursos materiales necesarios para que logren disfrutar de los derechos. El objetivo es asegurar el acceso al derecho de aquellas personas que de otra forma no podrían obtenerlo. En este sentido, este deber no implica la provisión de todos los bienes y servicios para toda la población, sino sólo para aquellos o aquellas que no pueden obtenerlos por sí mismos/as, por ejemplo, dada la condición económica a que han sido sometidos/as.

Por su propia naturaleza, constituye una obligación de inmediato cumplimiento, independientemente del derecho de que se trate, es decir, **el Estado debe satisfacer el derecho más allá de que existan o no las políticas, presupuestos, o normatividad específica para realizar el derecho**. Ello es así porque se refiere a situaciones en las que intervenir directamente en las condiciones de vida de esta población es la única forma de realizar efectivamente sus derechos porque se ha fallado con el cumplimiento de las obligaciones de respetar, proteger y adoptar medidas. Se trata de proveer los elementos de lo que otros tratadistas han llamado “niveles esenciales de los derechos”<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> Conviene no confundir los niveles esenciales de los derechos con lo que ha sido llamado “núcleo esencial”. Aquí usamos el término en tanto contenidos de “punto de partida en relación a los pasos que deben darse hacia [la] plena efectividad” de un derecho (Víctor Abramovich y Christian Courtis, *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales*, p. 56). El derecho a un defensor gratuito constituye un punto de partida para tener un verdadero debido proceso, si la situación económica de una persona le impide acceder a esa defensa, el Estado está en la inmediata obligación de proveerlo.

Si bien en un principio se consideró sólo aplicable a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), lo cierto es que en cada derecho humano pueden localizarse condiciones mínimas que es necesario cubrir para el desarrollo de la persona.

Por ejemplo, en la Sentencia del Caso Xákmok Kásek de la Corte IDH al que ya se ha hecho referencia, se ordenó la satisfacción inmediata de derechos básicos para la supervivencia, además del desarrollo de políticas adecuadas que permitieran un nivel de vida adecuado para la comunidad.

Conviene detenernos también en un derecho civil para ejemplificar este deber. El derecho al debido proceso conlleva la creación de un marco jurídico e institucional que le dé efectividad, la medida en la que esa estructura asegure el derecho va a depender de varios factores. No obstante, el Estado debe garantizar el derecho a ser oído por un tribunal independiente e imparcial, donde ser oído significa tener derecho a una defensa adecuada. Así, el Estado deberá proveer defensores/as públicos/as para aquellas personas que no puedan obtener dicha defensa por sí mismas. Este ‘nivel mínimo’ hace factible la existencia del debido proceso, sin acceso a defensa gratuita cualquier sistema judicial estaría en violación de ese derecho. Cabe enfatizar que en este caso nos referimos a niveles mínimos que el Estado debe proveer a las personas por la situación de exclusión que les ha sido impuesta, lo que no significa que estará en cumplimiento de los derechos tan sólo al cubrir este aspecto, sino que constituye un deber independiente a los otros que permiten el funcionamiento del debido proceso. Mientras el ejercicio del derecho dependa más del acceso a medios económicos para realizarlo, mayor será la importancia de esta obligación de proveer niveles esenciales de los derechos, es por ello que su funcionamiento se hace más patente en derechos sociales.

#### **d. La Obligación de Promover**

Esta obligación tiene el objetivo de proveer a las personas toda la información necesaria para asegurar que sean capaces de disfrutar el derecho. Es decir, el Estado tiene la obligación de que las personas conozcan sus derechos y los mecanismos de defensa, pero también el deber de garantizar que sepan cómo ejercer mejor esos derechos. Por ejemplo, no basta con que se tenga acceso al

agua potable, la obligación de promover impone al Estado Parte la adopción de medidas para que se difunda información adecuada acerca del uso higiénico del agua, la protección de las fuentes de agua y los métodos para reducir los desperdicios de agua<sup>50</sup>.

Así, se trata de una obligación de carácter netamente progresiva para lograr cambios en la conciencia pública, en la percepción o en el entendimiento de un determinado problema. No se trata de un deber meramente promocional, sino que debe tenderse al desarrollo del empoderamiento de las y los ciudadanos desde y para los derechos. Ello requiere una perspectiva que considere a las personas como titulares de derechos y no como beneficiarios/as de programas sociales. En este sentido, las obligaciones son conceptualizadas como conductas estatales y no como bienes transferibles.

### e. La Obligación de No Discriminación

La discriminación técnicamente se puede definir como *“Dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.”*<sup>51</sup>

En la actualidad, el **principio de igualdad y de no discriminación** es considerado piedra angular en la construcción, ejecución y evaluación de la normativa en materia de derechos humanos.

En este sentido se expresa abiertamente la CIDH: *“los tratados de derechos humanos, deben interpretarse y aplicarse de manera tal que protejan los derechos básicos de los seres humanos sin discriminación de ninguna clase. Este precepto básico se fundamenta a su vez en la premisa elemental de que la protección de los derechos humanos deriva de los atributos de la persona humana y en virtud del hecho de tratarse de un ser humano y no porque sea ciudadano o nacional de un determinado Estado. Estas protecciones básicas de los derechos humanos previstas en los tratados de derechos humanos constituyen obligaciones que los Estados de las Américas, deben garantizar a todas las personas bajo su autoridad y*

---

<sup>50</sup> Comité DESC, Observación general 15. El derecho al agua, E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2003.

<sup>51</sup> Real Academia Española, <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?val=discriminar>.

*control y no dependen para su aplicación de factores tales como la ciudadanía, nacionalidad, ni ningún otro factor de la persona, incluida su condición migratoria*<sup>52</sup>.

La obligación de no discriminar en el libre goce y ejercicio de los derechos humanos cruza cualquier actividad estatal y adquiere mayor énfasis si referida a la aplicación de normas y políticas públicas por parte de los órganos e instituciones del Estado, para los cuales la no discriminación es un imperativo.

De acuerdo con ello, los Estados deben ordenar su conducta y sus normas de conformidad con este principio en el diseño de sus planes y políticas de desarrollo y, en general, para toda la política pública del país, eliminando todo obstáculo hacia condiciones iguales o similares para que las personas puedan acceder a sus derechos independientemente de su raza, sexo, religión, etc.

Precisamente en este sentido se expresa la Constitución de la República del Ecuador, cuando dispone que entre los *deberes primordiales del Estado* hay en primer lugar el de **“Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales”**<sup>53</sup> y adoptar *“medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”* (art. 11). La norma fundamental ecuatoriana cita más de veinte veces, incluso estableciendo la necesidad de sancionar toda forma de discriminación (art. 11)<sup>54</sup>.

Con este objetivo los constituyentes instauraron el *“sistema nacional de inclusión y equidad social”*,<sup>55</sup> el conjunto articulado y coordinado de sistemas, instituciones,

---

<sup>52</sup> CIDH, *Cuarto Informe de progreso de la Relatoría sobre trabajadores migratorios y sus familias en el hemisferio*, párr. 92.

<sup>53</sup> Art. 3, Constitución de la República del Ecuador.

<sup>54</sup> Constitución de la República del Ecuador *Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: [...] 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación. Art. 230.- En el ejercicio del servicio público se prohíbe, además de lo que determine la ley: [...] 3. Las acciones de discriminación de cualquier tipo.*

<sup>55</sup> Constitución de la República del Ecuador, *Art. 341.- El Estado generará las condiciones para la protección integral de sus habitantes a lo largo de sus vidas, que aseguren los derechos y principios reconocidos en la Constitución, en particular la igualdad en la diversidad y la no discriminación, y priorizará su acción hacia aquellos grupos que requieran consideración especial por la persistencia de desigualdades, exclusión, discriminación o violencia, o en virtud de su condición etaria, de salud o de discapacidad.*

políticas, normas, programas y servicios que aseguran el ejercicio, garantía y exigibilidad de los derechos reconocidos en la Constitución y en el Plan Nacional del Buen Vivir, en función de los “*principios de **universalidad, igualdad, equidad, progresividad, interculturalidad, solidaridad y no discriminación***” (art. 340)

## f. La Obligación de Adecuación de Medidas

El Estado es jurídicamente el ente llamado a poner en ejecución el sistema de protección de los derechos humanos internacionalmente reconocidos, lo que conlleva el deber de respetar, garantizar, satisfacer, proteger e incluso legislar, adoptando las providencias apropiadas para que sus autoridades administrativas y judiciales apliquen, cuando sea menester, la normativa internacional relativa a los derechos humanos.

La primera consecuencia directa de esta regla de derecho internacional implica que los Estados tienen la obligación de adecuar su orden jurídico, político y administrativo para que se hagan efectivos, dentro de su respectiva jurisdicción, los derechos previstos por el derecho internacional de los derechos humanos.

En cuanto al sistema Interamericano de Derechos Humanos, por ejemplo, estos deberes se deducen del artículo 2 de la Convención Americana<sup>56</sup>, que estipula el compromiso general, asumido por los Estados partes respecto de todos los derechos reconocidos por la misma Convención, de “*adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*”.

---

<sup>56</sup> Lo mismo ocurre con las dos primeras disposiciones del Protocolo de San Salvador, en lo que toca a los derechos económicos, sociales y culturales: *Artículo 1. Obligación de Adoptar Medidas - Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo; Artículo 2. Obligación de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno - Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos.*

En este contexto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido bastante clara indicando que los Estados tienen la obligación de "...organizar todo el aparato gubernamental y en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos"<sup>57</sup>.

Algunas de esas obligaciones son de contenido positivo, en el sentido de que implican *un hacer* por parte de los órganos del poder público; otras, en cambio, son de carácter negativo, en cuanto comportan *prohibiciones* que limitan la esfera de actuación legítima de dichos órganos.

Las medidas de adecuación suelen reducirse a dos categorías: 1) *medidas legislativas*, que acarrear la obligación de adecuar el orden jurídico y administrativo interno, de legislar a favor de los derechos humanos, de abrogar las normas o prácticas domésticas incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y de no legislar contra del mismo; 2) *medidas de otro carácter*, es decir aquellas que puedan adoptar los órganos administrativos y judiciales del Estado aplicando directamente el Derecho internacional en la jurisdicción doméstica.

Efectivamente, es frecuente que el Derecho interno no requiera medidas legislativas especiales que lo incorporen al orden doméstico, sino que los diferentes agentes del Estado pueden aplicarlo directamente (obligaciones internacionales *auto ejecutables* o *self executing*).

Es este, el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos que, en base a la Constitución ecuatoriana, son de *aplicabilidad directa* (art. 417) e *inmediata* "*por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte*" (art. 11)

Esta previsión del legislador ecuatoriano se inscribe en una marcada tendencia para extender la protección constitucional a los derechos humanos internacionalmente proclamados o reconocidos, aunque no figuren en la Constitución (principio *pro homine*)<sup>58</sup>.

<sup>57</sup> Corte I.D.H.: Caso *Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C. N° 4, párr. 166; también párrs. 164-177; Corte I.D.H.: *Caso Godínez Cruz*, Sentencia de 20 de enero de 1989, serie C. N° 5, párrs. 175; también párrs. 173-188.

<sup>58</sup> Constitución de la República del Ecuador, Art. 417.- *Los tratados internacionales ratificados por*

### g. La Obligación de Reparar

El deber de reparación<sup>59</sup> de las víctimas de violaciones de los derechos humanos, con carácter obligatorio, tiene su origen en un principio general de derecho, por el que el responsable de un daño debe repararlo o compensarlo<sup>60</sup>.

Esta responsabilidad internacional, definida a partir de la obligación *jus privatista* del dañador respecto del hecho dañoso, ha sido adaptada y aplicada al Derecho Internacional Público por la propia Corte de La Haya: “*Es un principio de derecho internacional, e incluso un concepto general del derecho, que cualquier incumplimiento de un compromiso entraña la obligación de efectuar una reparación adecuada*”.

Sin embargo, en materia de Derechos Humanos no es posible limitarse a la aplicación del criterio *iusprivatista*, en cuanto la dimensión de la responsabilidad se define desde la óptica de la víctima, lo que supone determinar cómo se puede restituir a la persona afectada en sus derechos fundamentales y cómo puede el derecho restablecer la situación integralmente: “*Todo el capítulo de las reparaciones de violaciones de derechos humanos debe ser repensado desde la perspectiva de la integralidad de la personalidad de la víctima y teniendo presente su realización como ser humano y la restauración de su dignidad*”<sup>61</sup>.

Dicha consideración define claramente la naturaleza de la obligación de reparar, la cual es compensatoria y no punitiva. Su función principal consiste en devolver a la víctima el derecho violado, pero desde una perspectiva que no se limita al ámbito puramente material.

---

*el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.*

<sup>59</sup> Esta obligación está contenida, entre otros instrumentos internacionales, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art.8), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2), la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art.6), la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (art. 14), la Convención sobre los Derechos del Niño (art.39), la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (art. 9), Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (art. 24).

<sup>60</sup> Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), Caso Fábrica Chorzów, sentencia de 27 de julio de 1927, párr. 21.

<sup>61</sup> Corte IDH, Caso *Loayza Tamayo – reparaciones*, párr. 17, Voto Conjunto de los Jueces A.A. Cançado Trindade y A. Abreu B.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, en la célebre resolución del 2005<sup>62</sup>, hoy considerada norma internacional de *soft law*, precisó al respecto que “Una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario. La reparación ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido. Conforme a su derecho interno y a sus obligaciones jurídicas internacionales, los Estados concederán reparación a las víctimas por las acciones u omisiones que puedan atribuirse al Estado y constituyan violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario. Cuando se determine que una persona física o jurídica u otra entidad está obligada a dar reparación a una víctima, la parte responsable deberá conceder reparación a la víctima o indemnizar al Estado si éste hubiera ya dado reparación a la víctima”

Emblemático, en este sentido, es el Sistema Interamericano de Derechos Humanos al hacer alusión a las *reparaciones integrales*, tendientes a regresar a la víctima a la situación en la que se encontraba antes de la vulneración de sus derechos humanos.

Idéntico criterio ha sido adoptado por la propia legislación ecuatoriana (Constitución de la República del Ecuador y nuevo Código Orgánico Integral Penal) que también exige mecanismos para una reparación integral que incluyan la investigación de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado<sup>63</sup>.

<sup>62</sup> “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 2005

<sup>63</sup> Constitución de la República del Ecuador, Art. 78.- Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado. Art. 86.- Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones:

3. [...] La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse. El Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 11 reconoce a las víctimas de las infracciones, en todo proceso penal, el goce de los siguientes derechos, entre otros: a) A

Sin embargo, frente a violaciones de los derechos humanos, el derecho a la reparación debe ser asegurado en su dimensión **sustantiva**, a través de la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, así como en su dimensión **procesal**, como obligación de proporcionar recursos internos efectivos y rápidos en función de la dignificación de las víctimas.

Este deber de actuar en el ámbito interno en aquellos casos en que se han producido violaciones de los derechos humanos, de forma tal que se determine la verdad de los hechos violatorios, se cumple mediante la previsión de procedimientos sancionatorios y de juzgamiento de los y las responsables, además de medidas de reparación. Todo ello en consideración de que las situaciones de impunidad pueden inducir a futuras violaciones de derechos humanos.

Los recientes *Principios de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Víctimas en Materia de Derechos Humanos*<sup>64</sup> establecen concretamente el derecho a que el Estado investigue y sancione a los y las responsables de violaciones de derechos humanos, como medidas de satisfacción y garantías de no repetición.

Es decir que el objetivo de esta actuación en el ámbito interno, junto con tener la función de devolver a la víctima el derecho vulnerado, consiste en prevenir que haya futuras violaciones de los derechos humanos por medio de medidas de disuasión sancionatorias y, al mismo tiempo, dirigidas a la prevención de futuras violaciones de los derechos humanos, proclamando así explícitamente el repudio de la impunidad.

---

la adopción de mecanismos para la reparación integral de los daños sufridos que incluye, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos, el restablecimiento del derecho lesionado, la indemnización, la garantía de no repetición de la infracción, la satisfacción del derecho violado y cualquier otra forma de reparación adicional que se justifique en cada caso; b) A la reparación por las infracciones que se cometan por agentes del Estado o por quienes, sin serlo, cuenten con su autorización; c) A ser tratada en condiciones de igualdad y cuando amerite, aplicar medidas de acción afirmativa que garanticen una investigación, proceso y reparación, en relación a su dignidad humana; d) A ser asistida antes y durante la investigación, las etapas del proceso y la reparación integral por una o un defensor público o privado.

<sup>64</sup> “*Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*”, Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 2005.

Para alcanzar este objetivo es necesario que el Estado cumpla con ulteriores obligaciones, las cuales tienen la función de instaurar las condiciones necesarias a la definición y aplicación de las medidas de restitución material e inmaterial de los derechos violados. Ante todo, el Estado tiene la responsabilidad de adoptar las medidas necesarias para el cese de la violación<sup>65</sup> y la tutela de la víctima; al mismo tiempo las autoridades están obligadas a realizar investigaciones efectivas, rápidas y dirigidas al juzgamiento y sanción de los responsables.

*Solo cuando se hayan garantizado estos mínimos podrá procederse a la determinación de la medida de la reparación, la cual debe ser comprensiva del daño material (daño emergente y lucro cesante)<sup>66</sup> y del inmaterial o daño moral.*

Este último se refiere a un concepto vinculado a la aflicción, ya sea física, psíquica o relacionada con el abuso de valores muy significativos para las personas, que pueden afectar las condiciones de existencia de la víctima o su familia<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> Al respecto, la Corte IDH, "Caso Trujillo Oroza – reparaciones, párr. 60", ha señalado explícitamente que "Tal como ha indicado la Corte, el artículo 63.1 de la Convención Americana refleja una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. De esta manera, al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de una norma internacional, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación".

<sup>66</sup> El daño emergente es equivalente a los gastos directos e inmediatos que ha debido cubrir la víctima o sus representantes con ocasión del ilícito. Básicamente representa todos aquellos gastos que, en forma razonable y demostrable, hayan incurrido las víctimas con el objeto de reparar el ilícito, o bien, anular sus efectos. Lucro cesante se refiere a pérdida de ingresos/pérdidas patrimoniales ocasionadas con ocasión de una violación de derechos humanos.

<sup>67</sup> Corte IDH, Caso *Molina Theissen*, párr. 65, "El daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia. No siendo posible asignar al daño inmaterial un preciso equivalente monetario, sólo puede, para los fines de la reparación integral a las víctimas, ser objeto de compensación, y ello de dos maneras. En primer lugar, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad. Y, en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, tales como la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir, que tengan como efecto la recuperación de la memoria de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad y el consuelo de sus deudos".

En cuanto a su contenido y alcance, el derecho a la reparación del daño “*requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (restitutio in integrum), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto posible, [...], el tribunal internacional debe determinar las medidas que garanticen los derechos conculcados, eviten nuevas violaciones y reparen las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer la indemnización que compense por los daños ocasionados. El Estado obligado no puede invocar disposiciones de derecho interno para modificar o incumplir la obligación de reparar. Ésta queda sujeta en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) al Derecho Internacional*”<sup>68</sup>.

En palabras de la Corte IDH, este derecho a la plena restitución (*restitutio in integrum*) se ha consolidado como norma consuetudinaria y principio fundamental del derecho internacional contemporáneo. Este concepto exige el restablecimiento de la situación anterior a la violación o, de no ser esto posible, la previsión de medidas que reparen las consecuencias producidas por las infracciones y compensen los daños ocasionados (indemnización).

En síntesis, los estándares internacionales en materia de reparación integral están enfocados, principalmente, en otorgar medidas de satisfacción, garantías de no repetición, restitución y preceptos de rehabilitación.

Tradicionalmente, la comunidad internacional reconoce los siguientes tipos de reparaciones:

- a. **La *restitutio in integrum*.** Tiene el objetivo de devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o a la violación grave del derecho internacional humanitario. En este sentido, la restitución comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración a su empleo y la devolución de sus bienes.
- b. **La indemnización,** tanto por el derecho internacional público tradicional como por el derecho internacional de los derechos

---

<sup>68</sup> Corte IDH, Caso *Huilca Tecse*. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C No.121, párr. 88.

humanos, constituye la forma más usual de reparación por daños producidos como consecuencia de violaciones a obligaciones de carácter internacional<sup>69</sup>. La indemnización ha de concederse, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones claras de las normas internacionales de derechos humanos o de violaciones graves del derecho internacional humanitario y contempla la valoración económica del daño emergente y del lucro cesante (daños materiales, gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos, servicios psicológicos y sociales, pérdida de ingresos); el daño físico o mental; los perjuicios morales; el daño ocasionado al proyecto de vida, es decir la pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales.

- c. **Medidas de rehabilitación.** Estas medidas están enfocadas en otorgar tratamientos médicos y psicológicos, así como servicios jurídicos y sociales, a las víctimas directas e indirectas de los hechos, dependiendo de cada caso en particular y de las circunstancias en las cuales sea necesario hacerlo.
- d. **Medidas de satisfacción,** buscan reparar el daño inmaterial, que no tiene un alcance pecuniario, y por lo tanto, no se puede tasar; además, pretenden tener repercusión social y pública.

Las formas de reparación no materiales cumplen un importante rol en cuanto medio de reparación integral de la víctima, entendida como la persona que directamente sufrió la vulneración de sus derechos humanos, las demás víctimas de hechos similares y la totalidad de la comunidad, afectada en sus valores fundamentales.

---

<sup>69</sup> Por ejemplo, Corte IDH, Caso *Velásquez Rodríguez – indemnización compensatoria*, párr. 25 o CPJI, Caso *Fábrica Chorzów* (1927), párr. 21 y *Fábrica Chorzów* (1928), párr. 29 y CIJ, *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations* (1949), párr. 184

En general se refieren a: la previsión de disposiciones eficaces para conseguir que no continúen las violaciones; la verificación y revelación de los hechos y de la verdad; una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella; una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades; la aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones; conmemoraciones y homenajes a las víctimas.

Especial atención merece en este punto el llamado derecho a la verdad, que la Corte IDH y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos CDIH han interpretado como un derecho en construcción, que se encuentra relacionado con las garantías de prevención y no repetición, además que de satisfacción, en el intento de acercar lo más posible el sistema internacional de los derechos humanos a la propia realización de la justicia.

Su principal función consiste en rescatar, preservar y reivindicar el honor de las víctimas ante toda la comunidad, y por ende, ayudar a aliviar la afectación de los derechos y contribuir al respeto de su dignidad.

- e. **Garantías de no repetición y prevención.** Generalmente están orientadas a evitar que los hechos que afectaron los derechos humanos se vuelvan a producir en un futuro, por medio de: el establecimiento de un control efectivo por parte de las autoridades; la garantía de que todos los procedimientos se ajustan a las normas internacionales sobre garantías procesales; la revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario o que las permitan; la educación, de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley; la promoción

de la observancia de las normas internacionales, por parte de los funcionarios públicos, inclusive el personal de las fuerzas de seguridad; la promoción de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver los conflictos sociales.



# **CAPÍTULO**

# **II**

**DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS  
HUMANOS Y OPERATIVIDAD DE LAS NORMAS  
INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN  
EL PLANO INTERNO**



## II.1 Debida diligencia en la investigación<sup>70</sup>

La obligación de investigar graves violaciones a los derechos humanos es uno de los deberes elementales del Estado para garantizar la tutela de los derechos fundamentales. La investigación judicial permite esclarecer las circunstancias en las que ocurrieron los hechos que generan responsabilidad estatal, constituyendo un paso necesario para el conocimiento de la verdad por parte de los familiares de las víctimas y la sociedad, así como el castigo de los responsables y el establecimiento de medidas que prevengan la repetición de las violaciones a los derechos humanos<sup>71</sup>.

Además, a partir de la obligación inderogable de respetar el derecho a la vida, desarrollado tanto por el derecho internacional de los derechos humanos<sup>72</sup> como por el derecho internacional humanitario<sup>73</sup>, la investigación judicial efectiva de conductas lesivas de los derechos humanos está concebida para tener un efecto tutelar, aleccionador y disuasivo<sup>74</sup>.

<sup>70</sup> Sección extraída de CEJIL, *Debida Diligencia en la Investigación de Graves Violaciones a Derechos Humanos*, Buenos Aires, CEJIL, 2010. Capítulo titulado “La investigación judicial de graves violaciones de derechos humanos”.

<sup>71</sup> Corte IDH. Caso de la *Comunidad Moiwana Vs. Suriname*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 153; Caso *Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 134, y Caso *Trujillo Orozco Vs. Bolivia*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92, párrs. 99 a 101 y 109

<sup>72</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Arts. 6 y 7; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Art. 2; Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 37, y Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, Art. 10; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, art. 2; Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, Art. 5; Carta Africana de los Derechos y Bienestar del Niño, Art. 16; Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), Art. 4, y Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Art. 3.

<sup>73</sup> Ver el Art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra; Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III), Arts. 49, 52, 87 y 89, 97; Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV), Arts. 40, 51, 95, 96, 100 y 119; Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), Art. 75.2ii, y Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), Art. 4.2.a.

<sup>74</sup> Corte IDH. Caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas.

Esta obligación ha sido ampliamente reconocida tanto en el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos - en adelante Convención Americana o CADH, como en el de otros tratados internacionales de protección de los derechos humanos, y en la doctrina y jurisprudencia que han desarrollado los órganos encargados de su supervisión.

A modo de ejemplo, cabe destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos - en adelante la Corte IDH o el Alto Tribunal - estableció, en su primera sentencia contenciosa en el caso *Velásquez Rodríguez* la existencia de un deber estatal *“de investigar seriamente con los medios [que el Estado tenga] a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”*<sup>75</sup>.

La Corte IDH también ha sido clara al establecer que la obligación de investigar se mantiene *“cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aún los particulares, pues si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado”*<sup>76</sup>.

Esta obligación cobra especial relevancia en casos de graves violaciones a derechos humanos. Al respecto, la Corte IDH ha manifestado que la investigación de la violación de un determinado derecho sustantivo puede ser un medio para amparar, proteger o garantizar ese derecho.

La obligación de investigar *“adquiere particular intensidad e importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados”*, incluso hasta alcanzar esa obligación, en algunos casos, el carácter de *ius cogens*.

En casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, tortura y otras graves violaciones a los derechos humanos, la Corte IDH ha considerado

---

Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 130; Caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 156.

<sup>75</sup> Corte IDH. Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 174.

<sup>76</sup> Corte IDH. Caso *Kavas Fernández Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196, párr. 78.

que la realización de una investigación *ex officio*, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, es un elemento fundamental y condicionante para la protección de ciertos derechos afectados por esas situaciones, como la libertad personal, la integridad personal y la vida.

Se considera que en esos casos la impunidad no será erradicada sin la determinación de las responsabilidades generales (del Estado) e individuales (penales y de otra índole de sus agentes o de particulares), complementarias entre sí.

Por la naturaleza y gravedad de los hechos, más aún si existe un contexto de violación sistemática de derechos humanos, los Estados se hallan obligados a realizar una investigación con las características señaladas, de acuerdo con los requerimientos del debido proceso. El incumplimiento genera, en tales supuestos, responsabilidad internacional del Estado<sup>77</sup>.

Aun cuando en la mayor parte del continente americano prevalecen los gobiernos democráticamente elegidos persiste la práctica de graves violaciones a derechos humanos por parte de agentes estatales, el uso indiscriminado o excesivo de la fuerza en defensa de la seguridad ciudadana y en la lucha contra el terrorismo, la infiltración y utilización de las estructuras estatales por parte del crimen organizado, entre otras; unido a aparatos institucionales incapaces de hacer frente a esta problemática, lo que mantiene vigente la preocupación por garantizar investigaciones adecuadas que puedan conducir al establecimiento de responsabilidades y sanciones.

Así, en términos generales, la investigación apropiada de graves violaciones de derechos humanos resulta un componente clave para la obtención de justicia, y con ello, para el fortalecimiento y consolidación de un verdadero Estado de Derecho, entendido como aquel que, de manera efectiva e incondicionada, salvaguarda los derechos fundamentales de la persona.

Con este fin, desde el ámbito internacional y nacional, en las últimas dos décadas se ha avanzado significativamente en la determinación de principios y obligaciones que se derivan del deber de investigar diligentemente las graves violaciones de derechos humanos.

---

<sup>77</sup> Corte IDH. Caso *Ríos y otros V. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C, No. 194, párr. 298.

En el ámbito universal pueden mencionarse diversos protocolos, entre los que se destacan, el Manual sobre la prevención e investigación eficaces de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias<sup>78</sup> - referido en adelante como “Protocolo de Minnesota”- y adoptado por la Organización de las Naciones Unidas en adelante ONU - en 1991 y en 1999 el Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes<sup>79</sup> -referido en adelante como “Protocolo de Estambul”-; y durante el primer lustro del nuevo siglo, el proceso de elaboración de recomendaciones en materia de desaparición forzada impulsado por el Comité Internacional de la Cruz Roja<sup>80</sup>, y el proceso de elaboración de los Principios y Directrices recomendados sobre Derechos Humanos y Trata de Personas<sup>81</sup> elaborado por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los derechos humanos.

También se ha avanzado a través del establecimiento de principios que aportan elementos importantes a la obligación de investigar tales como los Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o pena crueles, inhumanos y degradantes<sup>82</sup>; o los Principios y

---

<sup>78</sup> Oficina de las Naciones Unidas en Viena, Centro de Desarrollo Social y Asuntos Humanitarios. Manual sobre la prevención e investigación eficaces de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias. Naciones Unidas, Nueva York, 1991 [en adelante: Oficina de las Naciones Unidas en Viena, Manual sobre la prevención e investigación eficaces de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias].

<sup>79</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Serie de Capacitación Profesional N° 8. Nueva York y Ginebra, 2001 [en adelante: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Protocolo de Estambul], párr./biblioteca/pdf/3123.pdf.

<sup>80</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja. Las personas desaparecidas y sus familiares. Observaciones y recomendaciones, aprobadas por consenso el 21 de febrero de 2003 en la Conferencia Internacional de Expertos gubernamentales y no gubernamentales. Ginebra, 19 al 21 de febrero de 2003 [en adelante: CICR, Las personas desaparecidas y sus familiares. Observaciones y recomendaciones de la Conferencia Internacional de Expertos.]. Disponible en (pág. 9): [http://www.icrc.ch/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5XYLEW/\\$File/ICRCreport\\_theMissing\\_ESP\\_FINAL.pdf](http://www.icrc.ch/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5XYLEW/$File/ICRCreport_theMissing_ESP_FINAL.pdf).

<sup>81</sup> Descargables en [http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Commentary\\_Human\\_Trafficking\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Commentary_Human_Trafficking_sp.pdf).

<sup>82</sup> Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes. Adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas

directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones<sup>83</sup>, ambos desarrollados en el marco de la ONU.

En el ámbito universal se han multiplicado los espacios de protección a partir del funcionamiento de los mecanismos de peticiones individuales de distintos tratados<sup>84</sup>; el establecimiento de relatorías, expertos/as y enviados especiales<sup>85</sup>; el inicio del trabajo de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas; o el establecimiento de tribunales penales ad hoc, de la Corte Penal Internacional, y del Sub Comité del Protocolo Opcional de la Convención contra la Tortura, entre otras iniciativas. En estos espacios se ha elaborado una importante doctrina relacionada con la violación de la obligación de investigar y que ha enriquecido el desarrollo de algunos de los principios y obligaciones estatales sobre este tema.

En el ámbito regional americano, el sistema interamericano de protección de derechos humanos - compuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión Interamericana o la CIDH) y la Corte IDH - ha realizado una importante contribución en la determinación de los alcances de la obligación de investigar.

---

en su resolución 37/194 del 18 de diciembre de 1982. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/434/34/IMG/NR043434.pdf>.

<sup>83</sup> Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 60/147 del 16 de diciembre de 2005. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/496/45/PDF/N0549645.pdf>.

<sup>84</sup> Es posible la presentación de peticiones individuales ante el Comité de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité contra la Tortura y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Para más información al respecto consultar: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/petitions/index.htm>.

<sup>85</sup> Algunos de estos mecanismos dignos de mención son el Grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias, la Relatora especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias, el Relator especial sobre la cuestión de la tortura, la Relatoría especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, el Representante especial del Secretario General sobre la situación de los defensores de derechos humanos, entre otros. Para más información al respecto ver: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/special/index.htm>.

El desarrollo de la doctrina y jurisprudencia del sistema interamericano ha estado ligado a la persistencia de graves violaciones de derechos humanos y de impunidad en la región; por ello, no es extraño que en ese contexto, se haya avanzado no sólo en la determinación de hechos y prácticas violatorias, sino también en esclarecer algunas de las obligaciones positivas del Estado a fin de garantizar que se haga justicia y se quiebre el perverso círculo de impunidad respecto de crímenes atroces como las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas y la tortura.

A nivel nacional pueden mencionarse varias iniciativas que han desarrollado algunas guías como por ejemplo: la Instrucción General para la aplicación de la metodología de la investigación criminal, de Guatemala<sup>86</sup>, el Manual de investigación forense en el Perú<sup>87</sup>, el Protocolo Modelo para la investigación forense de muertes sospechosas de haberse producido por violación de los derechos humanos en México<sup>88</sup>, entre otros<sup>89</sup>. Varios de estos documentos pretenden,

---

<sup>86</sup> Instrucción General para la aplicación de la metodología de la investigación criminal. Instrucción 001- 2006. Guatemala, 1 de febrero de 2006.

<sup>87</sup> Marco jurídico y condiciones para la investigación de las desapariciones forzadas y las ejecuciones extrajudiciales en el Perú: la Intervención Antropológica Forense.

<sup>88</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Protocolo Modelo para la investigación forense de muertes sospechosas de haberse producido por violación de los derechos humanos. Proyecto MEX/00/AH/10. Primera Fase del Programa de Cooperación Técnica para México. Elaborado por: Luis Fondebrider - Equipo Argentino de Antropología Forense y Maria Cristina de Mendonça - Instituto Nacional de Medicina Legal de Portugal. México, mayo de 2001 [en adelante: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Protocolo Modelo de investigación forense]. Disponible en: <http://www.pgjdf.gob.mx/temas/4-6-1/fuentes/11-A-8.pdf>.

<sup>89</sup> Por ejemplo: Instituto Nacional de Ciencias Penales, Curso Taller Integración de Averiguación Previa y Acta Circunstanciada, Manual de Capacitación por Competencias, México, 2006; Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Acuerdo A/002/2006, Instrucciones respecto a la preservación del lugar donde presumiblemente se cometió un hecho delictivo, México; Manual de procedimientos para el procesamiento de escenas de crimen del Ministerio Público, Guatemala, 2006; Directrices generales para la aplicación del Manual de procedimientos para el procesamiento de escenas de crimen. Instrucción General 07-2006 del Fiscal General de la República, Directrices generales para la aplicación del Manual de procedimientos para el procesamiento de escenas de crimen, Guatemala 30 de octubre de 2006; Instrucción General para regular el requerimiento de análisis genéticos (ADN) del Ministerio Público, Guatemala, 2006; Manual de Actuación en la Escena del Delito, Acuerdo de coordinación interinstitucional de la Fiscalía General y la Policía Nacional Civil, con la cooperación internacional del Programa PAS/DPK Consulting-USAID, El Salvador, noviembre 2002; PNUD, Deficiencias policiales, fiscales o judiciales en la investigación y juzgamiento causantes de impunidad, Resumen Ejecutivo a

asimismo, avanzar en el esclarecimiento de la verdad, la justicia y la reparación de graves violaciones de derechos humanos.

---

cargo de Francisco Díaz Rodríguez, El Salvador, mayo 2007; Ministerio Público de Costa Rica, Abordaje y planeación de la investigación penal Unidad de Capacitación y Supervisión, Osvaldo Henderson García, Costa Rica 2005; Ministerio Público de la República de Honduras, Manual del Fiscal, La Etapa Preparatoria, Producido en parte por US AID, Honduras; Ministerio Público de la República de Honduras, Dirección de Investigación Criminal, Manual de Operaciones, realizado bajo la asesoría del ICITAP (Internacional Criminal Investigative Training Asistense Program- US Department of Justice) y en colaboración con la Asesoría Legal de la Dirección de Investigación Criminal del Ministerio Público, Honduras; Ministerio Público de la República de Honduras, Dirección de Investigación Criminal, Guía Legal para Investigadores, realizado bajo la asesoría del ICITAP (International Criminal Investigative Training Assistance Program-US Department of Justice) y en colaboración con la Asesoría Legal de la Dirección de Investigación Criminal del Ministerio Público, Honduras; Secretaría de Estado en el Despacho de Seguridad, Guía de Procedimientos, Normas de Coordinación entre Instituciones del Sistema de Justicia y Actuación de la Policía Nacional, producido en coordinación con el Banco Interamericano de Desarrollo y la Embajada de España en Honduras, octubre 2004, Honduras; Secretaría de Estado en el Despacho de Seguridad, Guía de Procedimientos, Normas de Coordinación entre Instituciones del Sistema de Justicia y Actuación de la Policía Nacional, producido en coordinación con el Banco Interamericano de Desarrollo y la Embajada de España en Honduras, octubre 2004, Honduras; Actos de Investigación y actos de prueba en el nuevo Código Procesal Penal. I era edición. Proyecto de Fortalecimiento Institucional/ Checchi-USAID, 2004, Nicaragua; Ministerio Público de la República de Panamá, Guías Metodológicas de Diligencias Judiciales. Procuraduría General de La Nación/Banco Interamericano de Desarrollo, Panamá; Equipo Argentino de Antropología Forense. Informe sobre mujeres no identificadas o de identificación dudosa, muertas en las ciudades de Juárez y Chihuahua, en adelante: EAAF. Informe sobre mujeres no identificadas o de identificación dudosa, muertas en las ciudades de Juárez y Chihuahua]; U.S Department of Justice. Office of Justice Programs. National Institute of Justice. Mass Fatality Incidents: A Guide for Human Forensic Identification. June 2005 (disponible en: <http://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/199758.pdf>) [en adelante: U.S Department of Justice. Mass Fatality Incidents]; U.S Department of Justice. Office of Justice Programs. Lessons Learned From 9/11: DNA Identification in Mass Fatality Incidents. September 2006 (disponible en: <http://www.massfatality.dna.gov/>) [en adelante: U.S Department of Justice. Lessons Learned From 9/11].

A pesar del camino recorrido, existen todavía notables contradicciones entre las obligaciones internacionales sobre investigación diligente de graves violaciones de los derechos fundamentales y la legislación, las políticas públicas, la jurisprudencia y la práctica a nivel local; asimismo, importantes aspectos de la obligación de investigar siguen ausentes de la jurisprudencia y la doctrina a nivel internacional.

Diferentes actores tienen diagnósticos diferenciados sobre las dificultades para avanzar en el ámbito local. Algunos se centran en el desconocimiento o falta de capacitación de las personas ligadas a la administración de justicia; otros, vinculan las deficiencias a limitaciones propias de situaciones de conflicto o de recursos materiales y humanos, o a prácticas cuestionables presentes en diversos sectores relacionados con la investigación, a la persistencia de la impunidad, a la falta de control sobre las personas a cargo de la investigación, a la falta de apoyo y protección de aquellos/as que efectivamente investigan, etc.

A nivel internacional es necesario aún desarrollar en forma más profunda y consistente pautas sobre la identificación de cadáveres de personas víctimas de una grave violación de derechos humanos; la participación de la víctima sobreviviente y/o los familiares en la investigación; la investigación de delitos sexuales practicados como método de tortura; la preservación de la integridad de la prueba; la investigación de hechos con una multiplicidad de víctimas, entre otros.

El objetivo de esta sección es ayudar a incorporar en normas y prácticas nacionales los mínimos desarrollados sobre este tema por el sistema interamericano a través de su jurisprudencia y tomarlos como punto de partida para determinar con mayor detalle las obligaciones del Estado en el cumplimiento del deber de investigar diligentemente las graves violaciones a los derechos humanos.

A su vez, es clave la promoción de espacios de cooperación entre quienes están vinculados/as e interesados/as en esta área. Lo cierto es que aún no se cuenta en el continente americano con pautas construidas en un diálogo entre expertos/as y personas que trabajan en el terreno desde diversas disciplinas que puedan guiar el análisis de algunas de las obligaciones fundamentales del Estado en las investigaciones de graves violaciones de derechos humanos. Entendemos que el diálogo entre los distintos actores relacionados con el tema puede permitir

avanzar en el desarrollo de las pautas necesarias para superar las falencias en los procesos de investigación penal y desarrollar en mayor medida los estándares internacionales de protección en las áreas consideradas críticas por las personas ligadas a la administración de justicia y la defensa de los derechos humanos.

Además, resulta primordial impulsar la sensibilización y entendimiento del/ de la operador/a de justicia en cuanto a que, como ha destacado la Corte IDH, las actuaciones y omisiones de los órganos judiciales internos, en caso de que vulneren derechos internacionalmente protegidos, pueden generar la responsabilidad internacional del Estado<sup>90</sup>. De ahí la importancia estratégica de avanzar en la capacitación de los/as operadores/as de justicia a nivel local en temas relacionados con el deber de investigar.

Es preciso notar que en la presente sección, el contenido de la obligación de debida diligencia en la investigación no está centrado en las garantías del/ acusado/a en el proceso penal -aunque no las desconoce-, sino en la conducta del Estado en el contexto de su obligación de encontrar la verdad de los hechos y sancionar a sus responsables de manera adecuada.

### ***1) Las obligaciones estatales relacionadas con el esclarecimiento de graves violaciones a los derechos humanos***

#### 1.1) La obligación estatal de investigar las violaciones de derechos humanos, derivada del deber de garantía y otros derechos fundamentales.

Desde su más temprana jurisprudencia, la Corte IDH ha señalado, basándose en la obligación de garantía establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana, que exige el respeto y protección de los derechos y libertades reconocidos en dicho tratado, que *“los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención”*<sup>91</sup>.

<sup>90</sup> Corte IDH. Caso *Garza Prieto y otros Vs. El Salvador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 168, párr. 97.

<sup>91</sup> Corte IDH. Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, supra nota 45, párr. 166. Ver también Corte IDH. Caso *Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*, supra nota 71, párr. 184; Corte IDH. Caso *Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C No. 100, párr. 100.

Si bien existen diversos espacios en los que pueden desarrollarse investigaciones valiosas de graves violaciones a los derechos humanos, la jurisprudencia exige – sin excluir el valor de estos otros ámbitos- que necesariamente se lleve adelante una investigación de carácter judicial de las graves violaciones de derechos humanos<sup>92</sup>.

En el desarrollo de la jurisprudencia, la obligación de investigar judicialmente y sancionar las violaciones puede estar vinculada también a los deberes de prevención y garantía asociados a la protección de los derechos sustantivos, por ejemplo, los derechos a la vida o la integridad personal<sup>93</sup>, así como a las garantías de un juicio justo o la tutela judicial efectiva de los derechos<sup>94</sup>.

En la doctrina se hace referencia a estas medidas como obligaciones positivas o procesales en la tutela de los derechos fundamentales; ellas están estrechamente ligadas en el análisis judicial al acceso a un recurso judicial efectivo<sup>95</sup>.

En casos de graves violaciones a los derechos humanos el Estado debe “iniciar ex officio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva, que no se emprenda como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa”<sup>96</sup>. En este sentido, la Corte IDH ha sido clara al señalar que

---

<sup>92</sup> Corte IDH. Caso *Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 128.

<sup>93</sup> Corte IDH. Caso *Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 147; Corte IDH. Caso *Comunidad Indígena Sanboyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 167; y Corte IDH. Caso de la *Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 142.

<sup>94</sup> Corte IDH. Caso de la *Masacre de la Rochela Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163. párr. 145.

<sup>95</sup> Ver por ejemplo: Ovey, Clare and White, Robin C.A.. *The European Convention on Human Rights*. Oxford University Press, 4th Ed., 2006, p. 62 y ss; Janis, Mark W. et al.. *European Human Rights Law: Text and Materials*. Oxford University Press, 2008, p. 30.

<sup>96</sup> Corte IDH. Caso de la *Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*, supra nota 93, párr. 143. Ver también Corte IDH. Caso de la *Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 219 y 223; y Caso de la *Comunidad Moiwana Vs. Suriname*, supra nota 71, párr. 145. En este sentido ver también Corte IDH. Caso *Kanas Fernández Vs. Honduras*, supra nota 76, párr. 75; Caso *Ríos y otros Vs. Venezuela*, supra nota 77, párr. 283 y Caso *Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 298.

“la búsqueda efectiva de la verdad corresponde al Estado, y no depende de la iniciativa procesal de la víctima, o de sus familiares o de su aportación de elementos probatorios”<sup>97</sup>.

La jurisprudencia interamericana tiene paralelos importantes con la jurisprudencia europea que también exige la investigación judicial de las violaciones a los derechos fundamentales protegidas en el Pacto Europeo<sup>98</sup>. La Corte IDH se ha referido a su par europea señalando:

En tal sentido, en el marco de la obligación de proteger el derecho a la vida bajo el artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, leída en conjunto con el artículo 1 del mismo, la Corte Europea de Derechos Humanos ha desarrollado la teoría de la “obligación procesal” de efectuar una investigación oficial efectiva en casos de violaciones a aquél derecho<sup>99</sup>.

Tanto el tribunal europeo como la Corte IDH han establecido en varios casos la responsabilidad estatal por la violación al derecho a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal y al acceso a un recurso de la víctima debido a la falta de una investigación adecuada y efectiva de estas graves violaciones a los derechos humanos<sup>100</sup>.

En ese sentido, la Corte IDH ha indicado que:

La realización de una investigación efectiva es un elemento fundamental y condicionante para la protección de ciertos derechos que se ven afectados o anulados por esas situaciones, como lo son en el presente caso los derechos a la libertad personal, integridad personal y vida.

---

<sup>97</sup> Corte IDH. Caso de la *Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*, supra nota 96, párr. 219.

<sup>98</sup> Ver Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado el 4 de Noviembre de 1950 en Roma, Italia.

<sup>99</sup> Corte IDH. Caso de la *Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*, supra nota 93, párr. 147.

<sup>100</sup> Ver European Court of Human Rights (en adelante ECHR) (Chamber), *Ergi v. Turkey* case, Judgment of 28.7.98, Reports of Judgments and Decisions, No. 81, paras. 85 to 86; ECHR, *Aksoy v. Turkey* case, Judgment of 10.10.00, paras. 77 to 99; ECHR, *Kiliç v. Turkey* case, Judgment of 28.3.00, paras. 78 to 83; ECHR, *Estamirov and Others v. Russia* case, Judgment of 12.10.06, paras. 85 to 87; ECHR, *Bitiyeva and X v. Russia* case, Judgment of 21.6.09, paras. 142 and ss.; y Corte IDH. Caso de la *Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*, supra nota 93, párr. 143.

Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado<sup>101</sup>.

En particular sobre el derecho a la vida y la obligación de investigar, la Corte ha expresado que “*cualquier carencia o defecto en la investigación que perjudique la eficacia para establecer la causa de la muerte o identificar a los responsables materiales o intelectuales, implicará que no se cumpla con la obligación de proteger el derecho a la vida*”<sup>102</sup>.

### 1.2) La obligación estatal de adecuar su derecho interno derivada del artículo 2 de la Convención Americana

De acuerdo con el artículo 2 de la Convención Americana, uno de los deberes primarios de los Estados Parte es el de asegurar el **ejercicio efectivo de los derechos humanos** allí contemplados mediante la adopción de las medidas legislativas o de cualquier otro carácter que fueran necesarias para ello<sup>103</sup>.

De acuerdo con lo establecido por la Corte IDH, este deber

“[...] incluye la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma, así como la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación a las garantías previstas”<sup>104</sup>.

---

<sup>101</sup> Corte IDH. Caso de la *Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*, supra nota 93, párr. 145; Caso *Huilca Tecse. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C No. 121, párr. 66; Caso “*Instituto de Reeducción del Menor*” *Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 158; Caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*, supra nota 74, párr. 129.

<sup>102</sup> Corte IDH. Caso *Baldeón García Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 97.

<sup>103</sup> De acuerdo al artículo 2 de la Convención Americana: Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

<sup>104</sup> Corte IDH. Caso *Castañeda Gutman Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones

En este sentido, la Corte ha sostenido reiteradamente que:

(...) la obligación de los Estados Parte de garantizar los derechos reconocidos en la Convención implica su deber de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos<sup>105</sup>.

Esta obligación incluye la adopción de legislación interna en la que se establezcan de manera clara las conductas típicas que generan graves violaciones a derechos humanos, así como las penas que les corresponden de acuerdo a su gravedad. En este sentido, la Corte Interamericana ha establecido que:

La obligación de investigar no sólo se desprende de las normas convencionales de derecho internacional imperativas para los Estados Parte, sino que además se deriva de la legislación interna que haga referencia al deber de investigar de oficio ciertas conductas ilícitas. Así, corresponde a los Estados Parte disponer, de acuerdo con los procedimientos y a través de los órganos establecidos en su Constitución y sus leyes, qué conductas ilícitas serán investigadas de oficio y regular el régimen de la acción penal en el procedimiento interno, así como las normas que permitan que los ofendidos o perjudicados denuncien o ejerzan la acción penal y, en su caso, participen en la investigación y en el proceso. Para demostrar que es adecuado determinado recurso, como puede ser una investigación penal, será preciso verificar qué es idóneo para proteger la situación jurídica que se supone infringida<sup>106</sup>.

---

y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 79. En igual sentido, Caso *Salvador Chiriboga Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179, párr. 122; Caso *Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*, supra nota 92, párr. 57; y Caso *Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 207.

<sup>105</sup> Corte IDH. Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 166; 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. 92 y Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 110.

<sup>106</sup> Corte IDH. Caso *Ríos y otros Vs. Venezuela*, supra nota 77, párr. 284.

Adicionalmente, la obligación de investigar en forma diligente graves violaciones de derechos humanos requiere de prácticas, políticas públicas, instituciones y acciones destinadas a proteger la integridad y la vida de los/as ciudadanos/as.

## **2) La investigación judicial de graves violaciones de derechos humanos**

La investigación judicial de graves violaciones de derechos humanos constituye un elemento fundamental para el esclarecimiento de lo sucedido a las víctimas -avanzando en el establecimiento de la verdad-, el castigo efectivo a los responsables de la misma, la restitución o en su caso la reparación de los derechos de las víctimas, y la identificación de aquellas medidas necesarias para prevenir que los hechos sucedidos vuelvan a ocurrir. En la terminología empleada por el derecho internacional de los derechos humanos se dice que son claves para garantizar los derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

La determinación de la verdad en una grave violación de derechos humanos y la sanción de los o las responsables de los hechos se encuentran directamente vinculadas con el espíritu reparatorio que debe tener la investigación estatal de los hechos. En relación al combate a la impunidad de violaciones de derechos humanos, la Corte IDH se ha referido al vínculo entre verdad, justicia y reparación de la siguiente manera:

La Corte ha reconocido que el derecho a conocer la verdad de los familiares de víctimas de graves violaciones de derechos humanos se enmarca en el derecho de acceso a la justicia. Asimismo, la Corte ha fundamentado la obligación de investigar como una forma de reparación, ante la necesidad de reparar la violación del derecho a conocer la verdad en el caso concreto. El derecho a conocer la verdad también ha sido reconocido en diversos instrumentos de Naciones Unidas y recientemente por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA)<sup>107</sup>.

---

<sup>107</sup> Corte IDH. Caso *Anzualdo Castro Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre 2009. Serie C No. 202, párr. 118. Cfr. Corte IDH. Caso de la *Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*, supra nota 93, párr. 266.

Cabe destacar que, de acuerdo con lo establecido por la Corte IDH, el esclarecimiento de la verdad no sólo tiene una dimensión individual, destinada a la reparación de los derechos de la víctima y sus familiares, sino una dimensión colectiva, destinada a dar a conocer lo ocurrido a la sociedad en su conjunto.

En este sentido, ha indicado que:

El Tribunal considera que el derecho a conocer la verdad tiene como efecto necesario que en una sociedad democrática se conozca la verdad sobre los hechos de graves violaciones de derechos humanos. Esta es una justa expectativa que el Estado debe satisfacer, por un lado, mediante la obligación de investigar las violaciones de derechos humanos y, por el otro, con la divulgación pública de los resultados de los procesos penales e investigativos. Esto exige del Estado la determinación procesal de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades. Además, en cumplimiento de sus obligaciones de garantizar el derecho a conocer la verdad, los Estados pueden establecer comisiones de la verdad, las que contribuyen a la construcción y preservación de la memoria histórica, el esclarecimiento de hechos y la determinación de responsabilidades institucionales, sociales y políticas en determinados períodos históricos de una sociedad<sup>108</sup>.

Resulta también ilustrativo lo señalado por el Juez Sergio García Ramírez en su Voto concurrente en el caso *Bámaca Velásquez*, al tratar el tema del derecho a la verdad, en el que expresó:

[e]l derecho a la verdad se ha examinado en un doble plan, que implica una misma - o muy semejante- consideración: saber la realidad de ciertos hechos. A partir de ese conocimiento se construirá una consecuencia jurídica, política o moral de diversa naturaleza. Por una parte, se asigna aquel derecho a la sociedad en su conjunto; por la otra, el derecho se atribuye a la víctima, directa o indirecta, de la conducta violatoria del derecho humano<sup>109</sup>.

<sup>108</sup> Ibid., párr. 119.

<sup>109</sup> Corte IDH. Caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70. Voto Juez García Ramírez, párr. 19.

En la resolución de la Corte a la que se asocia este voto concurrente, el Tribunal se ha ceñido a la vertiente individual del derecho a la verdad, que es el estrictamente vinculado a la Convención, a título de derecho humano. De ahí que, en la especie, ese derecho se recoja o subsuma en otro que también es materia de la Sentencia, el correspondiente a la indagación de los hechos violatorios y el enjuiciamiento de sus autores. Así la víctima -o sus derechohabientes- tienen el derecho a que las investigaciones realizadas o por realizar conduzcan a conocer lo que “verdaderamente” sucedió<sup>110</sup>.

Asimismo, la Corte IDH ha sido constante en el criterio de que, junto con la determinación de la verdad, el juzgamiento de los responsables de la violación de derechos humanos debe ser un elemento integrante de toda investigación. En palabras de la Corte, los Estados tienen “*la obligación de remover todos los obstáculos fácticos y jurídicos que puedan dificultar el esclarecimiento judicial exhaustivo de las violaciones a la Convención Americana perpetradas en este caso, el juzgamiento de los responsables y la debida reparación de las víctimas*”<sup>111</sup>.

De esta manera, el derecho penal -sustantivo y procesal- se transforma en un elemento básico en la defensa de los derechos fundamentales, en el sentido de funcionar como herramienta clave para el alcance de los objetivos máximos que debe perseguir toda investigación de graves violaciones de derechos humanos. Ahora bien, estos objetivos, planteados desde la jurisprudencia internacional, comprenden, pero exceden, aquéllos tradicionalmente concebidos en el ámbito del proceso penal.

A fin de establecer lo sucedido y comenzar el proceso de reparación, en algunos casos la investigación también está destinada a identificar a las propias víctimas así como, frente a algunos tipos de hechos, determinar quiénes son sus familiares, su grupo o comunidad de pertenencia (como en los casos de miembros de asociaciones o miembros de pueblos o comunidades indígenas). Los pasos a tomar para el esclarecimiento de la verdad, para garantizar una voz a las víctimas en el proceso, o para determinar algunas de las omisiones u acciones que generaron responsabilidad, van más allá de lo que resulta necesario para garantizar un juicio justo para el acusado o acusada en el marco del proceso penal.

---

<sup>110</sup> Ibid., párr. 20.

<sup>111</sup> Corte IDH. Caso de la *Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*, supra nota 96, párr. 302.

### 3) *Principios generales de debida diligencia para la investigación de graves violaciones de derechos humanos*

De acuerdo con lo establecido en la Convención Americana y lo expresado por la Corte IDH de manera reiterada:

[...] los Estados Partes están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1)<sup>112</sup>.

Respecto a qué recurso debe ser considerado como un **recurso judicial efectivo** frente a graves violaciones de derechos humanos<sup>113</sup>, la jurisprudencia de la Corte IDH ha señalado que *es aquel que se dirige a la determinación de la verdad de los hechos y la reparación de los familiares*<sup>114</sup>, *incluyendo la sanción efectiva de los responsables*<sup>115</sup>.

La obligación de proporcionar un recurso judicial efectivo no excluye la posibilidad de que el Estado realice investigaciones no judiciales, como por ejemplo procesos administrativos, disciplinarios o investigaciones realizadas por comisiones de la verdad u otro tipo de mecanismos ad hoc, los cuales, según la Corte IDH, pueden complementar pero no sustituir a cabalidad la función de la jurisdicción penal en casos de graves violaciones de derechos humanos<sup>116</sup>.

---

<sup>112</sup> Corte IDH. Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, supra nota 45, párr. 91; Caso *Yvon Neptune Vs. Haití*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180, párr. 77; y Caso *Castañeda Gutman Vs. México*, supra nota 104, párr. 34.

<sup>113</sup> Ver Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 23.

<sup>114</sup> Corte IDH. Caso de la *Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*, supra nota 93, párr. 170.

<sup>115</sup> *Ibid.*, párr. 171.

<sup>116</sup> *Ibid.*, párr. 203.

La Corte Interamericana al tratar el tema de las Comisiones de la Verdad, definió de manera clara la relación y los límites de una investigación de carácter judicial y una de carácter no judicial, de la siguiente manera:

La Corte estima que el establecimiento de una comisión de la verdad, según el objeto, procedimiento, estructura y fin de su mandato, puede contribuir a la construcción y preservación de la memoria histórica, el esclarecimiento de hechos y la determinación de responsabilidades institucionales, sociales y políticas en determinados períodos históricos de una sociedad. Las verdades históricas que a través de ese mecanismo se logren, no deben ser entendidas como un sustituto del deber del Estado de asegurar la determinación judicial de responsabilidades individuales o estatales por los medios jurisdiccionales correspondientes, ni con la determinación de responsabilidad internacional que corresponda a este Tribunal. Se trata de determinaciones de la verdad que son complementarias entre sí, pues tienen todas un sentido y alcance propios, así como potencialidades y límites particulares, que dependen del contexto en el que surgen y de los casos y circunstancias concretas que analicen<sup>117</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, y a partir del análisis exhaustivo de la jurisprudencia y de diversos instrumentos internacionales en la materia<sup>118</sup>, en lo que respecta a la investigación y documentación eficaces de graves violaciones de derechos humanos, procedemos a analizar los siguientes principios generales que deben ser respetados en cualquier sistema jurídico y orientar las investigaciones para asegurar un efectivo acceso a la justicia: Oficiosidad; Oportunidad; Competencia; Independencia e imparcialidad; Exhaustividad y Participación de las víctimas y sus familiares.

---

<sup>117</sup> Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*, supra nota 92, párr. 128.

<sup>118</sup> El Protocolo de Estambul, en su párrafo 75 indica expresamente los principios que deben guiar toda investigación legal de la tortura, indicando: “Cuando los procedimientos de investigación sean inadecuados por falta de recursos o de pericia, falta de imparcialidad, un cuadro manifiesto de abusos u otras razones sustanciales, los Estados procederán a las investigaciones valiéndose de una comisión de indagación independiente o algún otro procedimiento similar. Los miembros de esa comisión serán seleccionados a título personal por su imparcialidad, competencia e independencia reconocidas. En particular, deberán ser independientes de toda institución, agencia o persona que pueda ser objeto de la indagación”.

### **a. Oficiosidad: La investigación debe desarrollarse de oficio por parte de las autoridades competentes**

La Corte IDH es consistente en su jurisprudencia en el sentido de indicar que el Estado está obligado, una vez que toma conocimiento de una grave violación de derechos humanos, a iniciar de oficio una investigación seria y efectiva de los hechos<sup>119</sup>.

En este sentido, ha señalado que:

La investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales<sup>120</sup>.

Esta obligación se extiende a casos de violaciones graves a derechos humanos, siempre que exista una denuncia de la ocurrencia de este tipo de actos o exista una razón fundada para creer que se han cometido<sup>121</sup>.

La Corte ha dicho que:

[...] este Tribunal debe reiterar que aun cuando la aplicación de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes no haya sido denunciada ante las autoridades competentes, en todo caso en que existan indicios de su ocurrencia el Estado deberá iniciar de oficio y de inmediato una investigación imparcial, independiente y minuciosa

---

<sup>119</sup> Corte IDH. Caso de la *Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*, supra nota 93, párr. 143; Caso de la *Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*, supra nota 96, párr. 219 y 223; Caso de la *Comunidad Moiwana Vs. Suriname*, supra nota 71, párr. 145 y Caso *Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*, supra nota 71, párr. 132.

<sup>120</sup> Corte IDH. Caso *Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 144.

<sup>121</sup> Ver Caso *Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 159; Caso *Escué Zapata Vs. Colombia*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165, párr. 74; y Caso *Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191, párr. 94.

que permita determinar la naturaleza y el origen de las lesiones advertidas, identificar a los responsables e iniciar su procesamiento<sup>122</sup>.

Es indispensable que el Estado actúe con diligencia para evitar las prácticas de tortura, tomando en cuenta, por otra parte, que la víctima suele abstenerse, por temor, de denunciar los hechos<sup>123</sup>. Esta misma circunstancia ocurre en los casos de trata de personas o tráfico de migrantes, donde el temor a la represalia, la falta de auto identificación, la sensación de impunidad o la corrupción e incluso la posible participación de autoridades en las redes provocan una falta clara de denuncias. Asimismo, la Corte IDH ha expresado que la obligación de investigar exhaustivamente hechos de tortura adquiere mayor importancia si éstos se produjeron mientras la víctima se encontraba bajo custodia estatal<sup>124</sup>.

En este sentido, el Protocolo de Estambul también establece que, en casos de tortura, los Estados velarán para que se investiguen con prontitud y eficacia las quejas o denuncias de torturas o malos tratos y que, incluso cuando no exista denuncia expresa, deba iniciarse una investigación si existen otros indicios de eventuales torturas o malos tratos<sup>125</sup>.

Para la Corte IDH la obligación de asegurar, de manera oficiosa, un recurso efectivo frente a graves violaciones de derechos humanos subsiste aun cuando el país atraviese una situación de dificultad como es el caso de un conflicto armado interno<sup>126</sup>, e inclusive durante los estados de excepción<sup>127</sup>.

---

<sup>122</sup> Corte IDH. Caso *Gutiérrez Soler Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132, párr. 54; Caso del *Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 344; y Caso *Estambul vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164, párr. 209.

<sup>123</sup> Corte IDH. Caso *Bayarri Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187.

<sup>124</sup> Corte IDH. Caso *Bueno Alves vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164, párr. 109.

<sup>125</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Protocolo de Estambul, supra nota 79, párr. 79.

<sup>126</sup> Corte IDH. Caso de la *Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*, supra nota 96, párr. 238; Caso de la *Comunidad Moiwana Vs. Suriname*, supra nota 71, párr. 153; Caso de las *Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C No. 118, párr. 118, y Caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 207.

<sup>127</sup> Corte IDH. Caso *Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*, supra nota 92, párr. 54. En similar

**b. Oportunidad: La investigación debe iniciarse de manera inmediata, ser llevada a cabo en un plazo razonable y ser propositiva**

Las investigaciones de violaciones a los derechos humanos deben ser oportunas. Ellas deben iniciarse de manera inmediata para impedir la pérdida de pruebas que pueden resultar fundamentales para la determinación de responsabilidades, deben realizarse en un plazo razonable y deben ser propositivas.

**i. Se debe iniciar de manera inmediata**

La Corte IDH ha establecido que el no iniciar de manera inmediata la investigación de posibles violaciones de derechos humanos representa una falta al deber de debida diligencia, pues se impiden actos fundamentales como la oportuna preservación y recolección de la prueba o la identificación de testigos oculares<sup>128</sup>.

En este sentido ha señalado que:

[...] el paso del tiempo guarda una relación directamente proporcional con la limitación –y en algunos casos, la imposibilidad– para obtener las pruebas y/o testimonios, dificultando y aún tornando nugatoria o ineficaz, la práctica de diligencias probatorias a fin de esclarecer los hechos materia de investigación, identificar a los posibles autores y partícipes, y determinar las eventuales responsabilidades penales<sup>129</sup>.

Igualmente ha indicado que: “*estos recursos y elementos coadyuvan a la efectiva investigación, pero la ausencia de los mismos no exime a las autoridades nacionales de realizar todos los esfuerzos necesarios en cumplimiento de esta obligación*”<sup>130</sup>.

En el caso específico de hechos de tortura, la Corte IDH señala que para que una investigación sea efectiva, deberá ser efectuada con prontitud<sup>131</sup>. El

---

sentido, Corte IDH. El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 29.

<sup>128</sup> Corte IDH. Caso *Ximenes Lopes Vs. Brasil*, supra nota 93, párr. 189.

<sup>129</sup> Corte IDH. Caso *Anzualdo Castro Vs. Perú*, supra nota 107, párr. 135.

<sup>130</sup> Ibid.

<sup>131</sup> Corte IDH. Caso *Bueno Alves vs. Argentina*, supra nota 124, párr. 111.

Alto Tribunal ha aclarado que el Estado debe proceder de forma inmediata independientemente de la inactividad de la víctima de la tortura<sup>132</sup>.

En relación también a hechos tortura, la Corte ha indicado que:

[...] cuando existen alegatos de supuestas torturas o malos tratos, el tiempo transcurrido para la realización de las correspondientes pericias médicas es esencial para determinar fehacientemente la existencia del daño, sobre todo cuando no se cuenta con testigos más allá de los perpetradores y las propias víctimas y, en consecuencia, los elementos de evidencia pueden ser escasos<sup>133</sup>.

### **ii. Debe ser llevada a cabo en un plazo razonable**

La investigación debe ser llevada a cabo en un plazo razonable a efecto de esclarecer todos los hechos y sancionar a todos los responsables de la violación de derechos humanos<sup>134</sup>. La suspensión de las investigaciones solo es posible por causas extremadamente graves<sup>135</sup>. En términos generales, la inactividad manifiesta en la investigación de graves violaciones a los derechos humanos “*evidencia falta de respeto al principio de diligencia debida*”<sup>136</sup>.

En este sentido, la Corte IDH ha establecido que

[...] el derecho de acceso a la justicia no se agota con el trámite de procesos internos, sino que éste debe además asegurar, en tiempo razonable, el derecho de la presunta víctima o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y para que se sancione a los eventuales responsables”<sup>137</sup>.

---

<sup>132</sup> Corte IDH. Caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*, supra nota 74, párr. 154 y Caso *Bueno Alves vs. Argentina*, supra nota 124, párr. 112.

<sup>133</sup> Corte IDH. Caso *Bayarri Vs. Argentina*, supra nota 123, párr. 93. Ver también Corte IDH. Caso *Bueno Alves vs. Argentina*, supra nota 124, párr. 111.

<sup>134</sup> Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 65.

<sup>135</sup> Corte IDH. Caso *Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*, supra nota 71, párr. 131.

<sup>136</sup> Corte IDH. Caso de la *Comunidad Moiwana Vs. Surinam*, supra nota 71, párr. 156.

<sup>137</sup> Corte IDH. Caso de las *Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*, supra nota 134, párr. 66.

Asimismo ha señalado que “*una demora prolongada [...] constituye en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales*”<sup>138</sup>. En concreto, la Corte IDH ha establecido que:

[...] la falta de respuesta estatal es un elemento determinante al valorar si se ha dado un incumplimiento del contenido de los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, pues tiene relación directa con el principio de efectividad que debe irradiar el desarrollo de tales investigaciones. De tal forma el Estado al recibir una denuncia penal, debe realizar una investigación seria e imparcial, pero también debe brindar en un plazo razonable una resolución que resuelva el fondo de las circunstancias que le fueron planteadas<sup>139</sup>.

La Corte IDH considera que “*es preciso tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un proceso:*

- a) *complejidad del asunto,*
- b) *actividad procesal del interesado y*
- c) *conducta de las autoridades judiciales*”<sup>140</sup>.

Asimismo, la Corte ha considerado que en el análisis sobre el plazo razonable

(...) se debe tomar en cuenta la **afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo**, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia. Si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve<sup>141</sup>.

<sup>138</sup> Corte IDH. Caso de las *Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*, supra nota 134, párr. 69.

<sup>139</sup> Corte IDH. Caso *García Prieto y otros Vs. El Salvador*, supra nota 90, párr. 115.

<sup>140</sup> Corte IDH. Caso *Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 141; y Caso *19 Comerciantes Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 190. En igual sentido cfr. ECHR, *Wimmer v. Germany* case, No. 60534/00, Judgment of 24.2.05, par. 23; ECHR, *Panchenko v. Russia* case, No. 45100/98, Judgment of 8.2.05, par. 129; y ECHR, *Todorov v. Bulgaria* case, No. 39832/98, Judgment 18.1.05, par. 45.

<sup>141</sup> Corte IDH. Caso *Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C. No. 192, párr. 155.

### **iii. Debe ser propositiva**

A fin de ser desarrollada en un plazo razonable, la investigación no puede ser pasiva o consistir exclusivamente en innumerables pedidos de informes. La diligencia exige que las autoridades actúen de modo oportuno y de forma propositiva a fin de evitar que se pierdan irremediamente elementos probatorios por el paso del tiempo, o se demore el esclarecimiento de la verdad, la consecución de justicia o reparaciones. La Corte IDH ha sido clara en el sentido de que las autoridades deben impulsar la investigación como un deber jurídico propio, no haciendo recaer esta carga en la iniciativa de los familiares<sup>142</sup>.

En este sentido, la Corte IDH ha establecido que:

[...] el deber de investigar es una obligación de medios, y no de resultados. Sin embargo, debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa<sup>143</sup>.

[...] el Tribunal considera pertinente reiterar que la investigación de violaciones de derechos humanos como las alegadas en el presente caso son perseguibles de oficio (...) por lo que no puede considerarse como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios<sup>144</sup>.

Es decir, las investigaciones deben ser dirigidas por las propias autoridades, sin depender del aporte privado de pruebas.

---

<sup>142</sup> Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*, supra nota 93, párr. 143; *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*, supra nota 96, párr. 219 y 223; *Caso de la Comunidad Moivana Vs. Suriname*, supra nota 71, párr. 145 y *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*, supra nota 71, párr. 132.

<sup>143</sup> Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*, supra nota 120, párr. 144.

<sup>144</sup> *Ibid.*, párr. 145; *Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171, párr. 62; y *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*, supra nota 92, párr. 120.

### **c. Competencia: La investigación debe ser realizada por profesionales competentes y empleando los procedimientos apropiados**

La Corte IDH ha puesto énfasis en la necesidad de que las investigaciones se realicen de la manera más rigurosa, por profesionales competentes y utilizando los procedimientos apropiados<sup>145</sup>.

El Protocolo de Minnesota, en su Introducción y en su Anexo 1, punto 11, expresa la necesidad de que los procedimientos de investigación sean dirigidos por personal con competencia suficiente, que utilice de manera efectiva todos los recursos a su disposición y que cuenten con personal técnico y administrativo idóneo. En esta línea, debe procurarse una eficiente coordinación y cooperación entre los intervinientes en la investigación<sup>146</sup>.

El Protocolo de Estambul también hace referencia a que todos los métodos utilizados para llevar a cabo las investigaciones de hechos de tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes deben tener el máximo nivel profesional<sup>147</sup>.

### **d. Independencia e imparcialidad de las autoridades investigadoras**

La investigación debe ser independiente e imparcial<sup>148</sup>. Las exigencias de imparcialidad se extienden a cada una de las etapas del proceso, incluyendo la recolección inicial de la prueba, la visita al lugar del hallazgo de un cuerpo y todas las etapas posteriores<sup>149</sup>. En particular, es clave resguardar la investigación

<sup>145</sup> Corte IDH. Caso *Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C No. 164, párr. 179; Caso *Baldeón García Vs. Perú*, supra nota 102, párr. 96; Caso de la *Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*, supra nota 93, párr. 177; y Caso de la *Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*, supra nota 96, párr. 224.

<sup>146</sup> Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias del 19 de febrero de 2007. A/HRC/4/20/Add2, párrs. 45 y 46. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/109/02/PDF/G0710902.pdf?OpenElement>.

<sup>147</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Protocolo de Estambul, supra nota 79, párr. 78.

<sup>148</sup> Corte IDH. Caso *Gómez Palomino Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 80; Caso de la *Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*, supra nota 96, párr. 223; Caso de la *Comunidad Moivana Vs. Suriname*, supra nota 71, párr. 145; Caso de las *Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*, supra nota 134, párr. 65.

<sup>149</sup> Corte IDH. Caso *Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C No. 167, párr. 133.

de la contaminación o alteración de la prueba que puedan realizar las y los posibles perpetradores, cuando ellos y ellas son agentes que tienen funciones de investigación como la policía militar, la policía, el Ejército en ciertas zonas, la Fiscalía o Ministerio Público, el personal penitenciario o cualquier otra entidad del Estado<sup>150</sup>.

La obligación de debida diligencia exige que se excluya de la investigación a los órganos que pueden haber estado involucrados en la misma, en la primera oportunidad en la que surjan indicios de su participación. Como ejemplo, la recolección de la prueba en un “suicidio” en una penitenciaría no debería ser efectuada por personal penitenciario o de seguridad vinculado con el centro penitenciario.

Para el caso de la autoridad que dirige el proceso judicial, la Corte IDH considera como garantía fundamental del debido proceso el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal independiente e imparcial<sup>151</sup>.

El Alto Tribunal ha expresado que los Estados deben garantizar que el juez, la jueza o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio, y así inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos/as en una sociedad democrática<sup>152</sup>.

La Corte Europea también ha tenido oportunidad de referirse a esta exigencia indicando que el deber de imparcialidad tiene aspectos tanto subjetivos como

---

<sup>150</sup> En el Caso *Myrna Mack Chang*, la Corte IDH tuvo por probado que el Estado Mayor Presidencial y el Ministerio de la Defensa Nacional del Estado remitieron, a pedido de las autoridades encargadas de la investigación, en particular del Ministerio Público, documentos manipulados con la intención de ocultar información relevante para el esclarecimiento de los hechos. Por ejemplo, el récord personal de uno de los presuntos responsables llevado por el Estado Mayor Presidencial y las órdenes de rebajo emitidas por el Centro Médico Militar indicaban que éste se encontraba de “baja” o “fuera de servicio” durante la época de los hechos, para desvincular al Estado Mayor Presidencial de las acciones cometidas por el imputado. Esta conducta del Estado Mayor Presidencial y del Ministerio de la Defensa Nacional de manipular la información requerida por los tribunales se consideró un acto de obstrucción de la administración de justicia. Corte IDH. Caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*, supra nota 16, párrs. 173 y 174.

<sup>151</sup> Corte IDH. Caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107. párr. 171.

<sup>152</sup> Ibid

objetivos<sup>153</sup>. El Tribunal Europeo considera que, por un lado, el Tribunal debe carecer de prejuicio personal (aspecto subjetivo), y por el otro, debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima respecto a su imparcialidad. La exigencia de imparcialidad en la determinación de la verdad excluye, por ejemplo, a la jurisdicción militar como fuero apropiado para la investigación y sanción de graves violaciones a los derechos humanos en la que han intervenido militares.

En este sentido, la Corte IDH ha sostenido que:

[c]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia<sup>154</sup>.

Ello debido a que es razonable considerar que los funcionarios del fuero militar carecen de la imparcialidad e independencia requeridas por el artículo 8.1 de la Convención Americana para investigar violaciones de derechos humanos cometidas por militares de una manera eficaz y exhaustiva<sup>155</sup>.

La intervención de la jurisdicción militar en investigaciones de graves violaciones a los derechos humanos también afecta el principio del juez natural, pues implica la participación de autoridades distintas a las competentes en la investigación y procesamiento de los hechos<sup>156</sup>.

Al respecto, la Corte IDH ha establecido que “*esta garantía del debido proceso debe analizarse de acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de la persona humana*”<sup>157</sup>.

---

<sup>153</sup> ECHR, *Pabla KY v. Finlad* case, Judgment of 26.6.04, para. 27 y ECHR, *Morris v. the United Kingdom* case, Judgment of 26.2.02, para. 58.

<sup>154</sup> Corte IDH. Caso *Las Palmeras Vs. Colombia*. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, párr. 52 y 160; Caso *Cantoral Benavides Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 112; Caso *Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*, supra nota 104, párr. 128; y Caso *19 Comerciantes Vs. Colombia*, supra nota 140, párr. 167.

<sup>155</sup> Corte IDH. Caso *Durand y Ugarte Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 125.

<sup>156</sup> Corte IDH. Caso de la *Masacre de la Rochela Vs. Colombia*, supra nota 94, párr. 200.

<sup>157</sup> *Ibid.*

Asimismo, el Protocolo de Estambul expresa que los investigadores, en casos de denuncias de tortura, serán independientes de los presuntos autores y del organismo al que éstos pertenezcan y serán competentes e imparciales<sup>158</sup>. Además, tendrán autoridad para encomendar investigaciones a expertos imparciales o médicos, y podrán acceder a sus resultados<sup>159</sup>.

**e. Exhaustividad: La investigación debe agotar todos los medios para esclarecer la verdad de los hechos y proveer castigo a los responsables**

La Corte IDH considera que la tutela de los derechos fundamentales protegidos en la Convención exige que las investigaciones sean exhaustivas.

La Corte ha sido contundente en expresar que:

La investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales<sup>160</sup>.

Por otro lado, el Protocolo de Minnesota, indica que las autoridades investigativas deben procurar esclarecer en la investigación de ejecuciones sumarias todos los aspectos relevantes a la misma<sup>161</sup>.

A saber:

- a) identificar a la víctima;
- b) recuperar y conservar medios probatorios relacionados con la muerte para ayudar a todo posible enjuiciamiento de los responsables;

---

<sup>158</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Protocolo de Estambul, supra nota 79, párr. 79.

<sup>159</sup> Ibid.

<sup>160</sup> Corte IDH. Caso *Heliodoro Portugal Vs. Panamá*, supra nota 120, párr. 144.

<sup>161</sup> Oficina de las Naciones Unidas en Viena, Manual sobre la prevención e investigación eficaces de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, supra nota 78. Protocolo modelo para la investigación legal de ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias [De ahora en más: Protocolo de Minnesota], Capítulo III, literal B.

- c) identificar las y los testigos posibles y obtener declaraciones de ellas y ellos con respecto de la muerte;
- d) determinar la causa, la forma, la ubicación y la hora de la muerte, así como toda modalidad o práctica que pueda haber provocado la muerte;
- e) distinguir entre muerte natural, muerte accidental, suicidio y homicidio;
- f) identificar y aprehender a la persona o personas que hubieran participado en la ejecución;
- g) someter al perpetrador/a o perpetradores/as sospechosos/as de haber cometido delito a un tribunal competente establecido por ley.

**f. Participación: La investigación debe desarrollarse garantizando el respeto y participación de las víctimas y sus familiares**

La Corte IDH reconoce el valor central de la participación de las víctimas en todas las etapas del proceso judicial dirigido a la investigación y castigo de los y las responsables de graves violaciones de derechos humanos.

De acuerdo con lo establecido en su jurisprudencia toda persona que se considere víctima de una violación a los derechos humanos, o sus familiares, tienen derecho a acceder a la justicia para conseguir que el Estado cumpla, en su beneficio y en el del conjunto de la sociedad, con su deber de investigar dicha violación<sup>162</sup>. En este sentido, ha establecido:

En lo que se refiere al ejercicio del derecho a las garantías judiciales consagrado en el artículo 8 de la Convención Americana, la Corte ha establecido, *inter alia*, que “es preciso que se observen todos los requisitos que sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho, es decir, las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada representación o gestión de los intereses o las pretensiones de aquellos cuyos derechos u obligaciones estén bajo consideración judicial”. Asimismo, esta disposición de la Convención consagra el derecho de acceso a la justicia. De ella se desprende que los Estados no deben interponer obstáculos a las personas que acudan a los jueces o tribunales con el fin de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquiera

<sup>162</sup> Ver Corte IDH. Caso *Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*, supra nota 71, párr. 184.

norma o práctica del orden interno que dificulte el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención<sup>163</sup>.

Asimismo, ha indicado que “[...] *el Estado debe asegurar que los familiares [...] tengan pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones y procesos, de acuerdo con la ley interna y las normas de la Convención Americana*”<sup>164</sup>.

Adicionalmente, la Corte ha establecido que los Estados deben “*regular (...) las normas que permitan que los ofendidos o perjudicados denuncien o ejerzan la acción penal y, en su caso, participen en la investigación y en el proceso*”<sup>165</sup>.

---

<sup>163</sup> Corte IDH. Caso *Tiu Tojín Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, párr. 95.

<sup>164</sup> Corte IDH. Caso *Heliodoro Portugal Vs. Panamá*, supra nota 120, párr. 247.

<sup>165</sup> Corte IDH. Caso *Ríos y otros Vs. Venezuela*, supra nota 77, párr. 284. Ver también Caso *García Prieto y otros Vs. El Salvador*, supra nota 90, párr. 104; Caso *Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia*, supra nota 121, párr. 95; Caso *Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*, supra nota 141, párr. 99 y Caso *Kawas Fernández Vs. Honduras*, supra nota 76, párr. 77.

# **CAPÍTULO**

# **III**

**REFUGIO Y PROTECCIÓN INTERNACIONAL.  
ESTANDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS  
HUMANOS Y SU APLICACIÓN EN EL ECUADOR**



### III.1 Introducción

El derecho internacional de los refugiados es parte del más amplio derecho internacional de los derechos humanos, aunque en parte podemos encontrar disposiciones importantes en el derecho internacional humanitario<sup>166</sup> (*ius in bello*).

En este sentido los y las refugiados/as disfrutan, además de los derechos que se les conceden como seres humanos y que se garantizan en aplicación de las normas internacionales de derechos humanos, también de los derechos específicos relacionados con su estatuto de refugiados.

Entre los tratados internacionales de derechos humanos que cumplen un papel particularmente significativo en el derecho internacional de los refugiados, posiblemente el más importante sea la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes*, en cuanto otorga protección contra la devolución de una persona a un país donde haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.

Por otro lado, debido a que son muchas las personas afectadas por conflictos armados, el derecho de los refugiados está a menudo íntimamente relacionado con el derecho humanitario. Por ejemplo, el *IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra* (1949) contiene un artículo específicamente dedicado a los refugiados y los desplazados internos (art. 44).

América Latina tiene una larga tradición en temas de asilo territorial y diplomático, lo que se evidencia en la larga serie de instrumentos regionales sobre la materia, entre los que figuran el Tratado sobre Derecho Penal Internacional (Montevideo, 1889); el Acuerdo sobre Extradición, (Caracas, 1911); la Convención sobre Asilo (La Habana, 1928); la Convención sobre Asilo Político (Montevideo, 1933); la Convención sobre Asilo Diplomático (Caracas, 1954); la Convención sobre Asilo Territorial (Caracas, 1954).

---

<sup>166</sup> “El Derecho Internacional Humanitario (DIH) es la rama del derecho internacional destinado a limitar y evitar el sufrimiento humano en tiempo de conflicto armado. En este sentido, el DIH limita los métodos y el alcance de guerra por medio de normas universales, tratados y costumbres, que limitan los efectos del conflicto armado con el objetivo de proteger a personas civiles y personas que ya no estén participando en hostilidades”. Fuente DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL (DDI) de la OEA, [http://www.oas.org/es/sla/ddi/derecho\\_internacional\\_humanitario.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/derecho_internacional_humanitario.asp).

En la región el derecho de asilo es consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece en su artículo 22.7 que “Toda persona tiene el *derecho de buscar y recibir asilo* en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales”.

Al estudiar el fenómeno del asilo y refugio y su consiguiente regulación jurídica, nos enfrentamos primeramente al problema de delimitar conceptualmente los términos asilo y refugio. En principio, por asilo “se entiende la protección que un Estado ofrece a personas que no son nacionales suyos y cuya vida o libertad están en peligro por actos, amenazas y persecuciones de las Autoridades de otro Estado o incluso por personas o multitudes que hayan escapado al control de dichas Autoridades”<sup>167</sup>.

Se trata de un conjunto de garantías provisionales que se conceden a un/a extranjero/a por el Estado de acogida, discrecionalmente y con carácter previo al reconocimiento jurídico administrativo del estatuto de refugiado de la Convención de Ginebra. En este sentido el asilo se configura como una potestad del Estado basado en el principio de soberanía nacional. No existe un derecho de asilo a nivel internacional por parte de los individuos.

En la doctrina, también hay la distinción entre dos manifestaciones del derecho de asilo: el asilo territorial y el asilo diplomático. El asilo territorial es la protección que proporciona un Estado a una persona nacional de otro Estado a causa de una persecución política o ideológica, acogiéndole en su propio territorio. El elemento clave, por tanto, es que el asilo territorial se lleva a cabo en el territorio del Estado protector.

Por otro lado, el asilo diplomático consiste en la protección que dispensa un Estado a una persona perseguida política o ideológicamente, quien, para huir de dicha persecución se refugia en una misión diplomática acreditada de otro Estado. La figura del asilo diplomático es una figura de Derecho internacional iberoamericano, no de derecho internacional general, ya que únicamente es una costumbre internacional de ámbito regional.

---

<sup>167</sup> Díez de Velasco, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994. p.629

Sin embargo, más allá de que en algunos casos asilo y refugio se consideren dos sistemas de protección separados, bajo ambas definiciones se persigue el objetivo de otorgar protección a personas víctimas de persecución.

### III.2 Protección internacional de los refugiados

El régimen de protección internacional de los refugiados se rige desde hace más de sesenta años por la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951<sup>168</sup> y su Protocolo de 1967, los cuales establecen un código universal para el tratamiento a las personas desplazadas de sus países a causa de la persecución, los conflictos armados, las violaciones graves de los derechos humanos, etc. La *Convención de 1951* es el fundamento del derecho internacional relacionado con la necesidad de protección internacional. En ella se define el término refugiado y se establecen normas mínimas relativas al trato debido a las personas reconocidas como refugiadas.

Según el artículo 1 de la Convención se considera refugiada a toda persona que *“como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1º. de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”*.

Cuando se aprobó la Convención su objetivo era responder a la complicada situación producida por los desplazamientos masivos causados por la persecución y la desolación de la segunda Guerra Mundial, es decir a acontecimientos ya ocurridos. No obstante, dadas las nuevas situaciones de desplazamiento cada vez más insostenibles que se produjeron en los años a seguir, sobre todo a causa de la continua mutación de los conflictos armados, resultó necesario ampliar el ámbito temporal y geográfico de la Convención.

---

<sup>168</sup> La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados fue adoptada por una Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas el 28 de julio de 1951 y entró en vigor el 21 de abril de 1954.

El Protocolo de 1967 anula los límites geográficos y temporales contenidos en la definición de refugiado de la Convención del 1951, lo que conlleva la obligación para los Estados suscritores de aplicar la Convención sobre los Refugiados a todas las personas comprendidas en la definición.

### Instrumentos regionales

- \* **Convención de 1969 de la Organización de la Unidad Africana (OUA) por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África**  
La Convención de la OUA es hoy el único tratado regional *jurídicamente vinculante* sobre el derecho internacional de los refugiados. El elemento quizás más interesante de la Convención de la OUA es la definición que da del término “refugiado”, en cuanto engloba un criterio posiblemente más objetivo al prever que el concepto se aplicará también a toda persona que, *«a causa de una agresión exterior, una ocupación o dominación extranjera, o de acontecimientos que perturban gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen o del país de su nacionalidad»* se vea obligada a huir fuera de su país. Esto significa que las personas que huyen de los disturbios civiles, la violencia generalizada y la guerra tienen derecho a pedir el estatuto de refugiado en los Estados que son partes en esta Convención, sean o no fundados sus temores a ser perseguidas.
  
- \* **La Declaración de Cartagena (1984)**  
La Declaración recomienda que la definición de refugiado utilizada en toda la región latinoamericana englobe no sólo los elementos de la Convención de 1951 sino también a las personas que han huido de sus países *«porque su vidas, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público»*.

Aunque no es jurídicamente vinculante para los Estados, la mayoría de ellos la aplica y algunos la han incorporado en su legislación nacional, como es el caso de Ecuador.

## El principio de no devolución (non-refoulement).

La Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados consagra el derecho de un refugiado a ser protegido del retorno forzoso, o devolución: «Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.»<sup>169</sup>.

De esta forma, la obligación de *non-refoulement* prohíbe a un Estado expulsar o devolver forzosamente a una persona en situación de refugio a cualquier país en el que su vida o su libertad se encuentren amenazadas.

Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por delito particularmente grave, constituya una amenaza para la Comunidad de tal país.

El principio de no devolución forma parte del derecho internacional consuetudinario (lo que implica que incluso los Estados que no son partes en la Convención de 1951 deben respetarlo) y se enuncia también en otros tratados internacionales tales como la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* (art. 3), el *IV Convenio de Ginebra de 1949* (art. 45, párr. 4), el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (art. 7), la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* (art. 8), y los *Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias* (principio 5).

La obligación de *non-refoulement* no se refiere sólo a quienes hayan obtenido ya el estatuto de refugiado conforme a la Convención de 1951, sino que se aplica obligatoriamente a todo solicitante de asilo o refugio. Se trata de una norma **imperativa** de **derecho internacional (ius cogens<sup>170</sup>)**, principio de

<sup>169</sup> Artículo 33(1)

<sup>170</sup> Una norma de *ius cogens* se caracteriza por ser de obligado cumplimiento y no admitir acuerdo en contrario de los Estados. Es decir que ninguna norma puede contradecir a otra de *ius cogens*, salvo que también tenga esta naturaleza. Las normas de derecho imperativo obligan frente a todos los Estados, es decir que generan obligaciones *erga omnes*.

Derecho Internacional General, el cual aplica más allá de los límites de la Convención de 1951.

### **Corolario de obligaciones que derivan del principio de no devolución:**

- No devolver a las personas solicitantes de asilo o refugiadas a un lugar en el que corra riesgo su vida o su libertad.
- No impedir que las personas solicitantes de asilo o refugiadas -aunque su ingreso haya sido irregular- busquen seguridad en un país si existe la posibilidad de que se les devuelva al país en el que pudiera correr riesgo su vida o libertad.
- No denegar el acceso a su territorio a las personas que, al huir de la persecución, han llegado hasta su frontera.
- No devolver a las personas solicitantes de asilo a un país de donde puede ser nuevamente deportado (deportación en cadena).

Cuando una persona se presenta en una frontera o ante un control migratorio y manifiesta su voluntad de solicitar refugio y que no puede volver porque está siendo perseguida o tiene el temor de serlo *está formalizando una petición de asilo o de refugio*. A partir de ese momento esta persona *no puede ser devuelta ni rechazada*, ni por motivos administrativos, burocráticos o migratorios. La protección de refugiados y refugiadas se plantea como una excepción a las prácticas migratorias, lo que conlleva que el servidor o servidora que toma el primer contacto con la persona tiene *la obligación de admitirla en su territorio*.

### **III.3 Solicitantes de asilo y refugiados**

El proceso de determinación de la condición de refugiado no viene regulado por la Convención de Ginebra de 1951, ni por su Protocolo de 1967, por lo que la determinación de dicho procedimiento es competencia del derecho interno de los Estados.

*Solicitante de asilo* es una expresión general utilizada para designar a una persona cuya solicitud de la condición de refugiado aún no ha sido objeto de decisión por parte de las autoridades del Estado de acogida. Puede referirse a una persona que aún no ha presentado una solicitud o que espera una respuesta.

Mientras no se haya examinado imparcialmente su solicitud, el o la solicitante de asilo no puede ser expulsado/a, en virtud del principio de no devolución, en cuanto dicho principio es aplicable tanto a refugiados/as como a solicitantes de asilo, que aún no han sido formalmente reconocidos, en atención al **carácter declarativo de la condición de refugiado**, por el cual una persona es refugiada desde el momento en que reúna los criterios de la definición.

### **III.4 Criterios para la determinación de la condición de refugio y status jurídico de los refugiados**

La Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y el relativo Protocolo de 1967 constituyen el instrumento internacional con más amplio alcance en cuanto a temas abarcados y con más amplia aceptación por parte de la comunidad internacional. Si bien las demás declaraciones y convenciones regionales sobre la materia tienen la virtud de introducir una definición de persecución más comprensiva y objetiva, se trata de avances que se inscriben en el marco normativo esencial instituido en 1951.

La Convención se estructura en dos pilares principales:

UNO.- La definición del término refugiado, así como las condiciones de cesación y exclusión de la condición de refugiado.

DOS.- El estatuto jurídico de los refugiados en su país de asilo, sus derechos y obligaciones, incluido el derecho de ser protegido contra una expulsión o devolución a un territorio donde su vida o su libertad peligre.

#### ***a. Cláusulas de inclusión***

Las cláusulas de inclusión establecen los criterios a que debe responder una persona para ser considerada refugiado/a. Constituyen la base positiva sobre la que se apoya la determinación de la condición de refugiado.

De conformidad con la **Convención de 1951**, un refugiado es una persona que:

- a. debido a **fundados temores** de ser **perseguida** por **motivos** de:
  - \* raza,
  - \* religión
  - \* nacionalidad
  - \* pertenencia a determinado grupo social
  - \* opiniones políticas
- b. se encuentra **fuera del país de su nacionalidad** y
- c. no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país.

De acuerdo con la Convención de 1951, una persona es un refugiado tan pronto como reúne los requisitos enunciados en la definición, lo que necesariamente ocurre antes de que se determine formalmente su condición de refugiado. Así pues, el reconocimiento de la condición de refugiado de una persona **no tiene carácter constitutivo, sino declarativo**. No adquiere la condición de refugiado en virtud del reconocimiento, sino que se le reconoce tal condición por el hecho de ser refugiado.

### ***“Fundados temores de ser perseguida”***

La expresión **fundados temores** es parte esencial de la definición y refleja el concepto general de temores suficientemente motivados.

El elemento clave reside en la distinción entre un factor subjetivo y otro objetivo. Al elemento del temor -estado de ánimo y condición subjetiva- se añade el calificativo de “fundado”. Por consiguiente, la expresión “fundados temores” conlleva que el reconocimiento de la condición de refugiado no va a ser determinado únicamente por el estado de ánimo, sino que requiere que dicho temor esté fundado en una situación objetiva y verificable en su país de origen.

**Persecución** - Aunque no exista una definición universalmente aceptada del concepto de “persecución”, del artículo 33 de la Convención de 1951 puede deducirse que toda amenaza contra la vida o la libertad de una persona por

motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas es siempre persecución.

**Agentes de persecución** - La persecución suele derivar de la actuación de las autoridades de un país, pero también puede producirse por amplios sectores de la población que no respetan las normas establecidas por las leyes de su país. Es decir que, no es necesario que sea el Estado quien persiga al refugiado, sino que es suficiente con que el Estado no quiera o no pueda proteger frente a amenazas de otros grupos diferentes del Estado. Por ejemplo, el comportamiento discriminatorio observado por ciertos sectores de la población local hacia determinados grupos de personas puede equipararse a la persecución si es deliberadamente tolerado por las autoridades o si éstas se niegan a proporcionar una protección eficaz o son incapaces de hacerlo.

### *“Por motivos de”*

**“Raza”** - El concepto de raza debe entenderse en su sentido más amplio, incluyendo todos los grupos étnicos habitualmente denominados “razas”, grupos sociales determinados que constituyen una minoría en el seno de una colectividad más amplia. La discriminación por motivos de raza ha sido condenada universalmente como una de las violaciones más evidentes de los derechos humanos. Por consiguiente, la discriminación racial constituye un elemento importante al determinar la existencia de persecución.

**“Religión”** - El Derecho a la libertad de conciencia y de religión, derecho que incluye la libertad de cambiar de religión y la libertad de manifestar su religión, tanto en público como en privado, está reconocido por la gran mayoría de instrumentos internacionales de derechos humanos. La persecución por motivos de religión puede manifestarse, por ejemplo, en la prohibición de pertenecer a una comunidad religiosa, del culto en privado o en público, de la instrucción religiosa, entre otros

**“Nacionalidad”** – En este caso debemos entender la nacionalidad no sólo como “ciudadanía” o “nacionalidad jurídica”, sino como la pertenencia dentro de un mismo Estado a un grupo diferenciado por su identidad étnica, cultural o lingüística o incluso puede coincidir con el concepto de raza. En este concepto amplio de nacionalidad también deben ser incluidos aquéllos que carecen de nacionalidad, los y las apátridas.

**“Pertenencia a determinado grupo social”** - La pertenencia a un determinado grupo social se entiende como el ser parte de “un grupo que tiene un mismo origen y el mismo modo de vida o el mismo status social”<sup>171</sup>, incluyendo tanto las características que son históricas, innatas e inmutables, como aquéllas que están estrechamente relacionadas con la identidad de la persona.

No existe una definición exacta de cuáles son los determinados grupos sociales para efectos del Artículo 1A(2); la Convención no incluye una lista específica de grupos identificados que podrían calificar dentro de este fundamento. Según la doctrina, esta definición debe entenderse de una manera evolutiva, sensible al carácter variable de las sociedades en el espacio y en el tiempo.

**“Opinión política”** – El derecho a la libertad de asociación política y a la libertad de expresión está reconocido por la gran mayoría de instrumentos internacionales de derechos humanos. El hecho de ser perseguido/a por sostener opiniones políticas diferentes de las de los poderes públicos constituye una de las formas típicas de persecución, de hecho aquella que históricamente abrió el instituto del asilo.

### ***“Se encuentra fuera del país de su nacionalidad”***

El solicitante de asilo que quiere acceder al reconocimiento de la condición de refugiado, conforme a la Convención de 1951, debe encontrarse fuera de su país de origen. Esto es un requisito imprescindible, puesto que la protección internacional no se puede brindar en el territorio del Estado de origen ni de cualquier otro Estado, en cuanto constituye manifestación de una prerrogativa soberana del Estado.

En el caso de que el solicitante de asilo posea más de una nacionalidad, este no estaría adoleciendo una falta de protección, en cuanto podría obtenerla en los demás Estados del que es nacional.

---

<sup>171</sup> López Garrido, D.: El derecho de asilo. Ed.Trotta-Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1991 p.70

***“Y no pueda o no quiera acogerse a la protección de tal país”***

Este requisito se refiere al núcleo temático que sostiene y justifica el instituto del refugio, es decir la búsqueda de protección en otro país debido a que el propio no quiere o no puede brindarla. Lo fundamental de este requisito a la hora de la determinación del status de refugiado es que se encuentre en una situación de desprotección.

***Refugiado sur place o sobrevenido***

Persona que no abandona su país de origen en búsqueda de protección internacional sino que adquiere tal condición posteriormente, en virtud de hechos ocurridos en su país de origen durante su ausencia. Los refugiados “sur place” pueden temer ser perseguidos debido a un cambio en su país de origen, por ejemplo, un golpe de estado, o por actividades políticas realizadas de buena fe en su país de acogida.

***b. Exclusión y cesación de la condición de refugiado***

Las llamadas cláusulas de cesación y de exclusión tienen un significado negativo; las primeras indican las condiciones en que un refugiado deja de tener tal condición y las segundas enumeran las circunstancias en las que una persona queda excluida de la aplicación de la Convención de 1951, aunque responda a los criterios positivos de las cláusulas de inclusión.

**Cláusulas de exclusión.** Las cláusulas de exclusión del concepto de refugiado, en Derecho internacional, vienen recogidas en el Art. 1, letras D, E y F de la Convención de Ginebra de 1951 y son las siguientes:

Art. 1.D) - refugiados que se encuentran bajo protección de organismos de Naciones Unidas distintos del ACNUR. El caso paradigmático es el de los refugiados palestinos que se encuentran bajo el amparo del Organismo de Obras Públicas y Socorro de las Naciones Unidas para los Refugiados de Palestina en el Cercano Oriente (UNRWA)<sup>172</sup>.

<sup>172</sup> Este organismo fue creado por la Asamblea General mediante la Resolución 302(IV), de 8 de diciembre de 1949.

Art. 1.E) - personas a las que el Estado donde hayan fijado su residencia les reconozca los derechos y obligaciones propios de los nacionales de ese país. Tales personas gozan de la protección del país de residencia, por lo que no necesitan de la protección internacional mediante la concesión del estatuto de refugiado.

Art. 1.F) - Contempla tres situaciones en las que las personas no se consideran merecedoras de la protección internacional y del estatuto de refugiado:

Personas que hayan cometido un delito de guerra, un delito contra la paz o un delito de lesa humanidad, según se definen en los “instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos”<sup>173</sup>.

La definición más amplia se encuentra en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg de 1945:

*“[...] Cualesquiera de los actos que constan a continuación son crímenes que recaen bajo la competencia del Tribunal respecto de los cuales habrá responsabilidad personal:*

*a) CRIMENES CONTRA LA PAZ: A saber, planificar, preparar, iniciar o librar guerras de agresión, o una guerra que constituya una violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en planes comunes o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos anteriormente indicados;*

*b) CRIMENES DE GUERRA: A saber, violaciones de las leyes o usos de la guerra. En dichas violaciones se incluye el asesinato, los malos tratos o la deportación para realizar trabajos forzados o para otros objetivos en relación con la población civil de un territorio ocupado o en dicho territorio, el asesinato o malos tratos a prisioneros de guerra o a personas en alta mar, el asesinato de rehenes, el robo de bienes públicos o privados, la destrucción sin sentido de ciudades o pueblos, o la devastación no justificada por la necesidad militar, sin quedar las mismas limitadas a estos crímenes;*

*c) CRIMENES CONTRA LA HUMANIDAD: A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por*

---

<sup>173</sup> Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 1951. Art 1.F)

*motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron”.*

Sin embargo, hoy resulta fundamental también realizar un análisis que tenga en cuenta los delitos internacionales tipificados por el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998<sup>174</sup>, considerado en la actualidad el principal instrumento jurídico en materia de Derecho Penal Internacional.

- \* Personas que hayan cometido un grave delito común fuera del país de refugio, y antes de ser admitidos en él como refugiados. Esta cláusula de exclusión está dirigida a admitir excepciones para refugiados que hayan cometido delitos de derecho común fuera del país de refugio.

A efectos de la valoración no importa si el delito haya sido cometido en el país de nacionalidad o en cualquier otro, salvo que se trate del país donde el solicitante reclama protección internacional. En este caso, un grave delito común cometido en el país de refugio será sancionado según las normas penales vigentes en este país para los nacionales.

Según el párrafo 2 del artículo 33 de la Convención, en casos extremos se admite expulsión o devolución en caso de refugiados que hayan sido objeto de una condena definitiva por un delito común particularmente grave y que por esto se considera que su presencia pueda comportar un grave riesgo para la comunidad de acogida.

- \* Personas que sean culpables de actos contrarios a los fines y principios de Naciones Unidas.

**Cláusulas de cesación.** Las cláusulas de cesación del estatuto de refugiado se recogen en el Art.1.C) de la Convención de Ginebra:

- 1) Si se ha acogido de nuevo, voluntariamente, a la protección del país de su nacionalidad.

---

<sup>174</sup> Parte II. De la Competencia, la Admisibilidad y el Derecho Aplicable.

2) Si, habiendo perdido su nacionalidad, la ha recobrado voluntariamente;

Según la doctrina, para que se apliquen estas causas de cesación, el relativo proceso debe darse bajo tres condiciones: voluntad, intencionalidad y seguridad. Es de gran importancia el hecho de que el refugiado lo haga voluntariamente y bajo la certeza de no seguir siendo perseguido si regresa al estado de origen.

3) Si ha adquirido una nueva nacionalidad y disfruta de la protección del país de su nueva nacionalidad.

4) Si voluntariamente se ha establecido de nuevo en el país que había abandonado o fuera del cual había permanecido por temor de ser perseguida.

5) Si, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada, no puede continuar negándose a acogerse a la protección del país de su nacionalidad.

6) Si se trata de una persona apátrida y, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada, está en condiciones de regresar al país donde antes tenía su residencia habitual.

En cuanto a las cláusulas de cambio de circunstancia, es importante considerar que una aplicación prematura o por motivos insuficientes podría traer graves consecuencias. Por lo tanto, se prefiere interpretar dichas cláusulas bajo la garantía de procedimientos de cesación claros y transparentes. Los Estados tienen la obligación de evaluar los cambios ocurridos en función de la situación general de los derechos humanos, a fin de asegurar de manera objetiva y verificable de que la condición bajo la cual se otorgó el status de refugio ha dejado de existir.

### **Estatuto jurídico de los refugiados**

La protección internacional no se refiere solamente a la seguridad física de las personas que deriva del derecho a no ser devuelta donde su vida corre peligro, sino que implica también que el refugiado/a debe gozar de derechos al menos equivalentes a los que recibe cualquier otro extranjero/a en situación regular.

Todo refugiado o refugiada goza de **derechos civiles** fundamentales, así como de **derechos económicos y sociales**, en igual condición que cualquier otra persona, lo que incluye acceso a la atención médica, derecho al trabajo, derecho a la educación, derechos de propiedad intelectual e industrial, derecho de asociación, acceso a la justicia, vivienda digna, entre otros. De la misma manera, se reconocen el derecho a la **unidad y reunificación familiar**, el derecho a **documentos de identidad y documentación de viaje**, el derecho a la **confidencialidad**, el derecho a la **no discriminación** y a recibir **ayuda administrativa**.

### **III.5 El Refugio en Ecuador y el Decreto Ejecutivo No. 1182**

La República del Ecuador ha afirmado como principio esencial de su política de Estado, el irrestricto respeto a los derechos humanos de todas las personas, sin excepciones. Estos principios se encuentran consagrados en los textos de la Constitución de Montecristi y de todos los instrumentos jurídicos internacionales de defensa, protección y promoción de los derechos humanos suscritos por el Ecuador.

La Constitución de 2008 reconoce la movilidad como un derecho humano que incluye libertad de tránsito, de residencia y de solicitar, recibir y disfrutar asilo y/o refugio. El Estado es responsable de proteger este derecho según lo indica la norma fundamental<sup>175</sup>.

En lo específico, el derecho a° solicitar protección internacional está consagrado por el artículo 41 de la Constitución.

El **Decreto Ejecutivo No. 1182** es la norma, emitida el 30 de Mayo del 2012, que contiene el **Reglamento para el acceso al derecho al refugio en Ecuador**. Dicha disposición, conforme a lo establecido por los instrumentos

---

<sup>175</sup> Los artículos 40 y 41 de la Constitución de la República reconocen el derecho a migrar y el derecho al refugio. Otros artículos de la Constitución que protegen los derechos de personas necesitadas de protección internacional: Art. 3: No discriminación, Art. 9: Igualdad de derechos y deberes, Art. 11: Principios que rigen el ejercicio de los derechos, Art. 42.- Prohibición de desplazamiento arbitrario, Art. 66.- Lista de derechos reconocidos y garantizados a todas las personas, Art. 392.- Respeto a los derechos de personas en situación de movilidad.

internacionales sobre la materia, contiene las reglas fundamentales para la aplicación de los derechos inherentes a la condición de refugiado, tales como el proceso a seguir para obtener reconocimiento formal por parte del Estado, las cláusulas de exclusión, las razones de cesación del status de refugio, las modalidades de impugnación de las decisiones administrativas y los derechos y obligaciones tanto del o de la solicitante como del refugiado/a reconocido/a.

Es importante mencionar que el 12 de septiembre de 2014, la Corte Constitucional del Ecuador, con la **sentencia No. 002-14-SIN-CC**, declaró inconstitucionales los Artículos 27, 33 y 48 del presente Decreto Ejecutivo 1182.

La sentencia de la Corte Constitucional ha incluido avances relevantes en la reglamentación de la materia: la inclusión de la definición ampliada de la Declaración de Cartagena; la cual permite subsanar el retroceso introducido con el Decreto 1182; la declaración de inconstitucionalidad del plazo de 15 días para solicitar refugio; la equiparación de los plazos para impugnar con aquellos contenidos en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE); la determinación del efecto suspensivo de la resolución impugnada en sede de recursos extraordinarios de revisión.

En cuanto al plazo para solicitar refugio, aunque lo ideal sería que no existiera, este aumenta de 15 días a 3 meses, lo que incrementa las posibilidades de superar el filtro de admisibilidad. Sin embargo la Corte no elimina la posibilidad de ser inadmitido a trámite; la misma etapa de admisibilidad se mantiene, limitando el llamado derecho de petición.

Por otro lado, la equiparación de los plazos para la impugnación de las resoluciones negativas con los plazos contenidos en el ERJAFE reduce los casos de discriminación formal, basándose en la igualdad formal entre personas ecuatorianas y extranjeras. Los plazos extremadamente cortos respondían a una diferenciación arbitraria, la cual impedía que muchos refugiados y refugiadas pudiesen acceder a un recurso de impugnación eficaz.

## A. Autoridades Competentes

El Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana es la autoridad rectora para el ejercicio de “toda actividad inherente al refugio conforme a la Constitución y las Leyes”<sup>176</sup>.

Estas funciones se desarrollan por medio del Viceministerio de Movilidad Humana, órgano que dirige la gestión de la política de movilidad humana en asuntos relacionados con la emigración, inmigración, tránsito, retorno y refugio, y está compuesto por la Subsecretaría de Servicios Migratorios y Consulares, la Subsecretaría de la Comunidad Ecuatoriana Migrante y la Subsecretaría de Atención a Inmigrantes. Esta última es la encargada de realizar la dirección y ejecución de la política de relacionamiento, integración e inclusión de los extranjeros en el Ecuador, en los ámbitos de refugio, apatridia, desplazamiento y asilo. Es el órgano competente para reconocer la condición de refugiado a nivel nacional.

El organismo instituido por el Decreto 1182 (art. 15), encargado de reconocer la condición de refugiado a nivel nacional, es decir evaluar, aprobar o denegar las solicitudes de refugio que hayan superado el filtro de admisibilidad es la “**Comisión para determinar la Condición de los/las Refugiados/as en el Ecuador**”, integrada por:

1. Un representante del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana.
  2. Un representante del Ministerio del Interior.
  3. Un representante del Ministerio de Justicia Derechos Humanos y Cultos.
- A las sesiones de la Comisión podrá también participar, en calidad de observador, un representante del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, pero no tendrá derecho a voto.

Todo el proceso de reconocimiento de la condición de refugiado se gestiona desde las sedes locales de la **Dirección de Refugio**, organismo competente para recibir las solicitudes de refugio, evaluar las condiciones de admisibilidad y coordinar las comunicaciones y trámites entre solicitantes o refugiados reconocidos y la Comisión.

---

<sup>176</sup> Art. 14, Decreto Ejecutivo n. 1182 del 30 de Mayo de 2012, “Reglamento para el acceso al derecho al refugio en Ecuador”.

## B. El procedimiento para solicitar refugio en Ecuador

El registro de la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado/a se realiza dentro de un plazo de 3 meses posteriores al ingreso al territorio ecuatoriano ante el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana (Dirección de Refugio) o ante las autoridades competentes del Ministerio del Interior, Policía Nacional o Fuerzas Armadas, si es que no existen oficinas del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana.

El trámite es personal, por lo que la solicitud debe ser realizada directamente por la persona interesada o un/a representante debidamente autorizado/a, de ser posible en las oficinas de la Dirección de Refugio del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana.

Según el artículo 4 del Decreto Ejecutivo 1182, todo solicitante de refugio deberá identificarse por cualquier medio idóneo. Aunque la norma no prevea excepciones, si la persona explica las razones por las cuales no cuenta con documentación normalmente se le da acceso al trámite.

En esta fase, así como a lo largo de todo el proceso de reconocimiento de la condición de refugiado, la atención tendrá que realizarse priorizando el enfoque transversal hacia las personas que pertenezcan a grupos de atención prioritaria, según lo dispuesto por el art. 22 del Decreto y los artículos 35 y siguientes de la Constitución de la República<sup>177</sup>.

Asimismo, solicitantes de la condición de refugiado y refugiados reconocidos, tienen el derecho de acceder a los programas de inclusión económica y social del Gobierno ecuatoriano, pudiendo acudir a todo organismo estatal o privado para solicitar asistencia<sup>178</sup>.

---

<sup>177</sup> La Constitución de la República del Ecuador establece como grupos de atención prioritaria a (art. 35) “*Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad [...] La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará **especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad***”.

<sup>178</sup> Art. 62, Decreto Ejecutivo n. 1182 del 30 de Mayo de 2012, “Reglamento para el acceso al derecho al refugio en Ecuador”.

## C. Proceso de Admisibilidad

Realizado el registro, la Dirección de Refugio procede a mantener una entrevista con la persona solicitante para calificar la solicitud de refugio y evaluar el cumplimiento de las condiciones de admisibilidad.

Para determinar si el caso supera el mencionado filtro, además de comprobar el cumplimiento del plazo de presentación (art. 27 del Decreto 1182), el funcionario procede al examen del cumplimiento de las condiciones de admisibilidad, lo que es verificar si las solicitudes son manifiestamente infundadas, abusivas o ilegítimas.

Las primeras (art. 24 del Decreto 1182) son solicitudes que presentan elementos que no tienen ninguna correspondencia con la definición de refugiado vigente.

Las segundas, solicitudes abusivas (art. 25 del Decreto 1182), se presentan cuando se detectan elementos fraudulentos que evidencian manipulación del proceso para obtener beneficios personales o para evadir la acción de la justicia o el cumplimiento de las leyes.

Finalmente, las solicitudes ilegítimas (art. 26 del Decreto 1182) son las presentadas por personas que evidencian elementos de exclusión, tales como la comisión de delitos particularmente graves.

Recibida la solicitud y realizada la entrevista de admisibilidad, el Oficial del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana a cargo del registro elabora un **Informe técnico** en el cual se define el criterio técnico de calificación de la solicitud y que será la base sobre la cual se determinará la admisibilidad o inadmisibilidad de la misma.

Si el caso es **inadmitido a trámite**, la Dirección de Refugio notificará al interesado, quien tendrá un plazo de hasta 15 días para impugnar administrativamente la resolución, regularizar su calidad migratoria o abandonar el país.

Si el caso es **admitido a trámite**, la persona pasa a ser sometida a la fase de “elegibilidad” y el caso se deriva a la Comisión. En este caso la Dirección de Refugio otorga al solicitante un Certificado Provisional de Solicitante de

Refugio que lo identifica como tal y le asegura contra la devolución, expulsión, deportación y extradición. Este certificado tiene una duración de hasta 90 días y se renueva hasta que la Comisión para Determinar la Condición de los/las Refugiados/as en el Ecuador resuelva sobre la solicitud. Es garantía para el portador de que se respetarán sus derechos fundamentales; además permite la libre circulación por todo el territorio nacional y reconoce el derecho a realizar actividades económicas.

#### **D. Proceso de elegibilidad**

Obtenido el acceso a la fase de elegibilidad, la Comisión convoca al solicitante realizar las entrevistas confidenciales necesarias al examen del caso, respetando el derecho de la persona a escoger ser entrevistada por un funcionario del mismo sexo y en el idioma del solicitante. De ser necesario, se podrá solicitar la asistencia de un intérprete.

El o la peticionaria está obligada/o a dar seguimiento a su trámite, sobre todo atendiendo a todas las entrevistas a las que se le convoque. Según lo dispuesto por el art. 38, si el solicitante no se presenta a las entrevistas por dos veces consecutivas, se entenderá que ha abandonado el procedimiento de refugio, sin opción a solicitar un nuevo reingreso. De igual manera, si el proceso se paraliza a causa del peticionario durante más de 2 meses se producirá la caducidad del mismo, igualmente sin opción a solicitar un nuevo reingreso.

Sin embargo, a pesar de lo manifestado por la norma, en la práctica estos problemas se pueden subsanar presentando una petición dirigida a la Comisión en la cual se indican los motivos que causaron el abandono o la caducidad y volver a ingresar al proceso.

#### **E. Resolución de la Comisión**

La Comisión expedirá su resolución, debidamente motivada, sobre la base de un **análisis técnico** del caso realizado por los mismos/as funcionarios/as de la institución. El art. 41 del Decreto 1182 establece que “la Comisión emitirá su resolución en un lapso de 10 días hábiles”, lo que se debe relacionar con

el art. 20 que dispone la obligación de emitir una resolución dentro de cuatro meses desde la presentación de la solicitud.

**a) Si la solicitud es aceptada,** la persona será reconocida como refugiado/a en el Ecuador, mediante resolución de la Comisión y recibirá el documento de identificación con la correspondiente Visa 12.IV, la cual acredita su condición de refugiado/a en el país. Cabe notar que la condición de refugiado corresponde a una calidad migratoria, siendo la Visa 12.IV una visa de no inmigrante, es decir un permiso de residencia temporal. Por este motivo, este documento tiene vigencia de dos años y el o la titular tiene el deber de renovarlo cada vez que expire.

Una vez obtenido el reconocimiento del status de refugiado, esta calidad puede extenderse al cónyuge y personas a cargo (hijos y otros familiares bajo custodia o económicamente dependientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y el segundo de afinidad)<sup>179</sup>.

**b) Si la solicitud es negada,** la persona será notificada con la resolución de la Comisión y tendrá derecho a interponer el recurso que considere pertinente dentro del término de 15 días hábiles contados a partir de la fecha de notificación.

## **F. Revisión e Impugnación de actos administrativos**

Anteriormente a la expedición del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE)<sup>180</sup> el ejercicio de la actividad administrativa se ejecutaba en el marco de una verdadera discrecionalidad, sin garantía de índole alguna.

En Ecuador, un procedimiento administrativo propio de un Estado constitucional de derecho<sup>181</sup> y garantista se conforma sólo a partir de la expedición

---

<sup>179</sup> Art. 6, Decreto Ejecutivo n. 1182 del 30 de Mayo de 2012, “Reglamento para el acceso al derecho al refugio en Ecuador”.

<sup>180</sup> Decreto Ejecutivo No. 2428, publicado en el Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

<sup>181</sup> El artículo 1 de la Constitución de la República proclama que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia.

de la Ley de Modernización del Estado<sup>182</sup> y del ERJAFE. En este sentido, la Constitución de 2008 introdujo el principio de legalidad, lo que implica la obligación para autoridades y ciudadanos de adecuar su conducta a lo establecido en la Carta Fundamental. El Estado Constitucional de derecho actúa bajo el imperio de la Constitución y de las normas legales, de acuerdo al principio de seguridad jurídica y unidad del ordenamiento jurídico, lo que significa que no pueden desconocerse las normas que integran el ordenamiento jurídico, necesarias para la correcta organización del Estado.

Los actos dictados por la Administración Pública que se presume afecten intereses de los administrados son impugnables, tal y como lo dispone la Constitución en su art. 173 concordante con el art. 69 del ERJAFE: *“Todos los actos administrativos expedidos por los órganos y entidades sometidos a este estatuto serán impugnables en sede administrativa o judicial”*.

Como se indicaba, el ERJAFE es la norma que regula el procedimiento administrativo común de la administración pública y sus disposiciones aplican expresamente a los procedimientos ante el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, conforme al art. 16 apartado b.

En términos generales, los recursos son medios impugnatorios por medio de los cuales las personas interesadas pueden defender sus derechos afectados por actos administrativos nulos o anulables<sup>183</sup>, recurriendo potestativamente el acto administrativo. Previstos en los artículos 174 y 175 del ERJAFE, pueden interponerse en reposición ante el mismo órgano de la administración que lo dictó y en apelación ante los ministros del Estado o ante el máximo órgano de dicha administración, siempre que se trate de actos que no ponen fin a la vía administrativa.

**Contenido del recurso.** El ERJAFE en su art. 180 exige, para la interposición de un recurso de impugnación, la indicación de:

- nombre y apellidos del recurrente, así como la identificación personal del mismo (art. 180.a);

---

<sup>182</sup> Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993.

<sup>183</sup> Art. 79 ERJAFE.

- acto que se recurre y la razón de su impugnación (art. 180.b);
- lugar, fecha, firma del recurrente (art. 180.c);
- órgano de la Administración Pública al que se dirige (art. 180.d);
- pretensión concreta que se formula (art. 180.e);
- firma del compareciente, de su representante o procurador y la del abogado que eventualmente lo patrocina (art. 180.f);
- las demás particularidades exigidas por disposiciones específicas (art. 180.g).

Excepto para el caso de los plazos de interposición de los recursos, estas obligaciones formales no deben considerarse como rigurosas, debido a que, conforme lo establecido por el art. 138 del ERJAFE, la Administración podrá requerir al interesado que, en un plazo de diez días, subsane la falta.

El recurso debe fundamentarse en las causas de nulidad o anulabilidad previstas en los artículos 129, 130 y 131 del ERJAFE<sup>184</sup>.

Respecto a los **plazos de impugnación**<sup>185</sup>, si bien el art. 33 del Decreto Ejecutivo 1182 de 2012 establecía el término de 3 días para recurrir en primera instancia la resolución de inadmisibilidad de la Dirección de Refugio y de 5 días para recurrir la resolución negativa de elegibilidad de la Comisión, reduciendo sin justificación técnica el plazo de quince días para los actos expresos dispuesto por el ERJAFE, la Sentencia Constitucional No. 002-14-SIN-CC de 12 de septiembre de 2014 intervino a corregir esta previsión reestableciendo el plazo legal de 15 días hábiles previsto por el ERJAFE.

Principal efecto de la interposición del recurso es suspender los efectos de la decisión administrativa contestada hasta su resolución. Conforme el segundo inciso del art. 47 Decreto Ejecutivo 1182, este trámite produce también dos efectos adicionales más: la posibilidad de permanecer en el país hasta que se tenga una decisión definitiva; la expedición de certificados de presentación de

---

<sup>184</sup> Art. 173, ERJAFE.

<sup>185</sup> Para la interposición del recurso de reposición, el plazo será de 15 días si el acto fuera expreso, esto es aquel que manifiesta una decisión resultado de la obligación que tiene de resolver la administración. Si no lo fuera, el plazo será de dos meses y se contará, para otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que se produzca el acto presunto (silencio administrativo).

la impugnación, prueba de que el recurrente todavía tiene estadía regular en el país.

El plazo máximo que tiene la Administración Pública para resolver y notificar la decisión será de dos meses; vencido este plazo sin que haya resolución, se entenderá favorable a la pretensión del recurso, conforme el art. 177.2 del ERJAFE.

Contra la resolución de primera instancia no podrá interponerse de nuevo el mismo recurso de reposición, sino que será necesario interponer una apelación dirigida al órgano superior de aquel que dictó el acto impugnado, cuya resolución pone fin a la vía administrativa; en contra de este no cabe otro recurso, salvo el extraordinario de revisión.

**Recurso de reposición** - Entenderemos por recurso de reposición aquel por medio del cual se pretende que la misma autoridad que dictó una resolución la modifique y revoque por ser contraria al derecho, subsanando el anterior pronunciamiento errado y así evitando que el tema sea resuelto ante el órgano jerárquicamente superior.

Este recurso debe interponerse y fundamentarse por escrito ante misma la autoridad que emitió el acto administrativo viciado, conforme lo establecido por los artículos 174 y 175 del ERJAFE.

En lo que se refiere específicamente a refugio, distinguimos entre resoluciones de admisibilidad y resoluciones de elegibilidad. En el primer caso, el recurso de reposición se interpondrá ante la Dirección de Refugio que decidió no admitir a trámite la solicitud, mientras que para recurrir en primera instancia resoluciones negativas en fase de elegibilidad será necesario dirigir la petición ante la Comisión para determinar la Condición de los/las Refugiados/as en el Ecuador.

**Apelación** - El recurso de apelación puede definirse como el remedio procesal tendente a obtener que una autoridad jerárquicamente superior revoque o modifique una resolución de la autoridad jerárquicamente inferior, en cuanto se estima errónea; tiene como meta o finalidad revisar y depurar el pronunciamiento definitivo de primera instancia y así controlar que lo establecido sea conforme a derecho.

Es un remedio previsto en función del principio del doble grado de jurisdicción, admitido en el derecho ecuatoriano, que prevé que todo juicio debe poder ser verificado en segundo grado.

La Apelación deberá interponerse según lo establecido en los artículos 176 y 177 del ERJAFE y deberá ser dirigida al Ministro de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, quien decidirá sobre ella en segunda y definitiva instancia.

**Recurso extraordinario de revisión** - La decisión sobre la apelación pone fin a la vía administrativa y en contra de esta sólo cabrá el recurso extraordinario de revisión en los casos establecidos.

Su calificación de extraordinario se debe a que se pueden atacar mediante este recurso los actos de la administración firmes, *“cuando concurran alguna de las causas siguientes:*

*a) Que hubieren sido dictados con evidente error de hecho o de derecho<sup>186</sup> que aparezca de los documentos que figuren en el mismo expediente o de disposiciones legales expresas;*

*b) Cuando con posterioridad aparecieren documentos de valor trascendental ignorados al expedirse el acto o resolución que se trate;*

*c) Cuando en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios falsos declarados en sentencia judicial, anterior o posterior a aquella resolución; y,*

*d) Cuando la resolución se hubiere expedido como consecuencia de uno o varios actos cometidos por funcionarios o empleados públicos tipificados como delito y así declarados en sentencia judicial firme<sup>187</sup>.*

---

<sup>186</sup> En ámbito administrativo el error de derecho es causal de nulidad absoluta cuando: i. Lesiona de forma ilegítima los derechos y libertades consagrados en la Constitución (ERJAFE, art. 129.a); ii. Contradice el ordenamiento jurídico o se adquieran facultades o derechos, careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición (ERJAFE, art. 129.f); iii. La nulidad absoluta es dispuesta expresamente una disposición legal (ERJAFE, art. 129.g); iv. Vulneren la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la ley o establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (ERJAFE, art. 129.2); cuando con posterioridad aparecieren documentos de valor trascendental ignorados al expedirse el acto o resolución que se trate (art. 178.b).

<sup>187</sup> Art. 178, ERJAFE.

Este medio de impugnación se podrá interponer en el plazo de tres años a partir de la fecha de notificación de la resolución que niega el recurso de apelación.

**Tramitación de nueva solicitud.** Conforme lo establecido por el art. 40 del Decreto 1182, la solicitud que previamente haya sido declarada inadmisibles o que haya sido negada en fase de elegibilidad, se podrá tramitar nuevamente en el supuesto que se produzcan nuevas situaciones de persecución que ameritan de protección internacional.

### **G. La cancelación del estatuto de refugiado: procedimientos de cesación, revocatoria y extinción.**

Procede la figura de la **cancelación** del estatuto de refugiado cuando, luego de notificado el acto administrativo por el cual se lo reconoció, se presentan hechos que conocidos al tiempo de la solicitud hubieran derivado en inadmitirla, por lo cual la administración deja sin efecto el reconocimiento de la condición de refugiado. El Decreto Ejecutivo 1182 de 2012 comprende tres modalidades: la cesación (art. 52), la extinción (art. 55) y la revocatoria (art. 54) de la condición de refugiado.

La **cesación**. Se determina cuando:

- la persona refugiada se ha acogido, voluntariamente, a la protección del país de su nacionalidad;
- la persona refugiada ha recobrado voluntariamente la nacionalidad de su país de origen o se ha establecido de nuevo en el país que había abandonado;
- la persona refugiada ha adquirido una nueva nacionalidad y disfruta de la protección correspondiente;
- cuando hayan desaparecido las causas por las que fue reconocida la persona como refugiada.

La **revocatoria** es una decisión de la administración pública, resultado de la conducta del refugiado cuando se determine que las personas beneficiarias han incurrido en graves delitos que atenten contra la seguridad del Ecuador. Un ejemplo de este tipo de conductas puede ser el caso de refugiados reconocidos que incurran en las causas de exclusión comprendidas en el art. 1 apartado F de la Convención de 1951.

Finalmente, la Comisión también tiene potestad para decidir sobre la **extinción** de la condición de refugiado, cuando se determine que la persona solicitante no satisfacía los criterios de inclusión. El art. 54 del Decreto Ejecutivo 1182 de 2012 describe en términos generales dos causas por las cuales procedería la administración pública a la extinción del acto administrativo. En la primera, el refugiado no era elegible para recibir la protección internacional al momento en que fue así reconocido; y, en la segunda la conducta del solicitante lo excluía de merecer dicha protección.

En caso de cesación, extinción y revocatoria de la condición de refugiado o solicitante, la persona interesada tendrá derecho a impugnar esta decisión en sede administrativa según el procedimiento anteriormente descrito.

### Soluciones Duraderas

*“Una solución duradera es aquella que logra poner fin al ciclo del desplazamiento y que permite a las personas desplazadas reanudar una vida normal en un entorno seguro. La comunidad internacional tiene la responsabilidad compartida de encontrar soluciones duraderas para las personas refugiadas. [...]. Existen tres distintas soluciones duraderas: La **repatriación voluntaria**, en la cual los refugiados pueden regresar en condiciones de seguridad y dignidad a su país de origen; la **integración local**, en la cual el país de asilo ofrece residencia; el **reasantamiento**, en el cual los refugiados son transferidos del país de asilo a un tercer Estado que está dispuesto a admitirlos de forma permanente”<sup>188</sup>.*

Conforme lo establece la Convención del 1951 (art. 35), el Decreto 1182 (art. 61) prevé la posibilidad de acceder a la **naturalización** en el país o a una visa de inmigrante (permiso de residencia indefinida), como forma más oportuna de integración local, si es que la persona ha “residido al menos tres años consecutivos con visa de refugiado/a en el Ecuador”.

<sup>188</sup> Art. 6, Decreto Ejecutivo n. 1182 del 30 de Mayo de 2012, “Reglamento para el acceso al derecho al refugio en Ecuador”.



# **CAPÍTULO**

# **IV**

**PROCESOS EFICIENTES DE REGULARIZACIÓN  
MIGRATORIA**



*“Cosmopolite. Citoyen du monde.  
Il se dit de celui qui n’adopte pas de patrie.  
Un cosmopolite regarde l’univers comme sa patrie”<sup>189</sup>*

## IV.1 Introducción

El presente capítulo sobre regularización migratoria tiene como objetivo abordar de manera sencilla el procedimiento a seguir por las organizaciones de la sociedad civil, en especial manera aquellas que realizan atención directa a personas que requieran acceder a un status de permanencia regular en Ecuador y, a la vez, hacer efectiva la normas legales vigentes relativas a la movilidad humana.

Preliminarmente, la aproximación a esta temática precisa que se ilustren cuestiones de fondo ineludibles, tales como el concepto de ciudadanía o el proceso de integración latinoamericana, hoy en día estrechamente vinculados con la idea misma de protección internacional. Bajo esta premisa, la tutela de los derechos correspondientes a la movilidad humana puede considerarse una garantía más dentro del sistema regional de protección, amparo para todas/os las/os ciudadanas/os latinoamericanas/os.

En lo que se refiere al acceso a un permiso de residencia en Ecuador, se analizarán los aspectos generales y comunes a todas las calidades migratorias, con especial atención a los principios generales y al marco legal a seguir por las/os servidoras/es públicas/os en la gestión de la actividad administrativa. En lo específico, resulta interesante el examen de algunos de los procesos administrativos para acceder a un permiso de residencia legal, temporal o permanente, a los que recurren con frecuencia las personas en necesidad de protección internacional que no encuentran respuestas adecuadas en la institución tradicional del refugio.

---

<sup>189</sup> Diccionario de la Academia Francesa, 1798.

## IV.2 La Ciudadanía

**Nacionales y extranjeros.** La nacionalidad es “*el atributo o pertenencia jurídica que corresponde a una persona en razón al vínculo o nexo legal con el Estado, es decir, aquella relación jurídica que liga al individuo con el Estado*”<sup>190</sup>, el status propio de la persona nacida o naturalizada en un Estado.

El artículo 15 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece el derecho de toda persona a una nacionalidad y a no verse privado arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

Al concepto de nacionalidad se contraponen el concepto de extranjería, entendido como el sistema o conjunto de normas reguladoras de la condición de los extranjeros/as en un país, o sea la cualidad y condición que por las leyes le corresponden mientras no está naturalizado/a en él.

Ser nacional del país donde se reside permite ejercer los **derechos de ciudadanía** de manera efectiva, estableciendo y fortaleciendo el vínculo con la comunidad en la que se vive. Sin embargo existe una confusión entre lo que es la ciudadanía y la nacionalidad, ya que se utilizan los dos términos para referirse a la vinculación de las personas con el Estado en un territorio determinado y delimitado, en donde la ciudadanía sería el status que otorga derechos y obligaciones a los individuos, mientras que la nacionalidad definiría un sentido de pertenencia étnica y cultural. Este círculo vicioso ha sido tradicionalmente responsable de limitar la ciudadanía al obligarla a pertenecer a una comunidad política nacional jurídicamente delimitada.

Estas definiciones son insuficientes para englobar la situación actual del Estado frente a la globalización y la migración, ya que son excluyentes y porque son imposibles de sostener en el tiempo; hoy en día existen cada vez más limitaciones y controles fronterizos en los principales países receptores de migrantes, aunque se observe que la cantidad de extranjeros/as que ingresan no disminuye.

---

<sup>190</sup> Bauza Calviño, Olaguer C., *La Doble Nacionalidad en la Legislación Mexicana*, OGS Editores, México 2002, p. 9.

No obstante, un marco teórico de referencia es indispensable para abarcar un tema tan complejo y que ha tenido tantas manifestaciones e interpretaciones en el tiempo. Por esto, la ciudadanía puede ser definida como el status propio de quienes constituyen el núcleo de la comunidad política. Este concepto se impone en el espacio público de las sociedades modernas para suscitar cohesión social, asegurar unidad política, reforzar la identidad colectiva y desarrollar derechos y libertades.

Debido a las evoluciones que ha experimentado el concepto en los últimos años, en este espacio se intenta analizar el concepto de ciudadanía como un elemento configurador de derechos de las personas que habitan un espacio geográfico y político, bajo la premisa de la ciudadanía universal como objetivo imprescindible para la consecución de la igualdad material. “Ese concepto de ciudadanía, transnacional universal o cosmopolita, se refiere a que todas las personas formamos una sola comunidad mundial de la que somos responsables y por la cual tenemos que trabajar por un futuro común”<sup>191</sup>.

Desde la Revolución Francesa de 1789 el pueblo asume la soberanía, la cual se expresa por medio de la ley. Se imponen nuevas reglas del juego, entre las cuales el principio de legalidad asume el rol de garante de la libertad del ciudadano, en cuanto establece el marco en el cual el poder del Estado debe inscribir su conducta, bajo mandato del Pueblo soberano.

A partir de entonces, los derechos del ciudadano - libertad política y civil, resistencia a la opresión, seguridad, etc. - así como los derechos del hombre, se consideran “naturales, inalienables y sagrados”<sup>192</sup>.

Hoy en día, estas nuevas ideas y concepciones han penetrado y progresado en la conciencia social, llegando a traspasar su dimensión nacional. También en esta región, la globalización y los procesos de modernización han ido cambiando progresiva y profundamente las lógicas de identificación que la caracterizaban tradicionalmente. Por otro lado, las migraciones producen continuas

---

<sup>191</sup> Nicole Pérez Ruales, *Los Derechos en la movilidad humana: del control a la protección, La ciudadanía transnacional y las demandas frente a las políticas públicas, serie justicia y derechos humanos - neoconstitucionalismo y sociedad*, Ministro de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, 2009.

<sup>192</sup> *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, 1789.

transformaciones de la ciudadanía y proponen nuevas formas de ser miembro de la comunidad. En los contextos migratorios contemporáneos, el individuo exige el reconocimiento de formas de identificación y estrategias de inclusión ciudadana que vayan más allá de las fronteras nacionales del país de origen.

Es en este contexto que se ha ido desarrollando el compromiso con la integración latinoamericana y que la Constitución de la República del Ecuador reconoce como objetivo estratégico: *“propiciar la creación de la ciudadanía latinoamericana y caribeña; la libre circulación de las personas en la región; la implementación de políticas que garanticen los derechos humanos de las poblaciones de frontera y de los refugiados; y la protección común de los latinoamericanos y caribeños en los países de tránsito y destino migratorio”*<sup>193</sup>.

En la misma línea, pero desde una dimensión global, la Constitución de 2008 introdujo el principio de **ciudadanía universal**, imponiendo un nuevo paradigma que obliga procurar el derecho a la libre movilidad humana sin fronteras. Se trata de una evolución del concepto de ciudadanía, en el que ninguna persona puede ser considerada ilegal por su status migratorio; un concepto más integrador, dirigido a borrar la división entre extranjeros y nacionales y así incluir al individuo, cualquiera sea su nacionalidad, como un habitante del mundo y de la ciudad, como un sujeto de acción que pueda cumplir sus deberes y ejercer sus derechos, contribuyendo así al desarrollo de la comunidad en la que vive.

Dicha evolución implica un nuevo marco legal en base al que articular las políticas del Estado y determinar procedimientos adecuados a los estándares internacionales de derechos humanos y, al mismo tiempo, marca claramente el camino a seguir hacia la definición de un espacio ampliado, en el que los derechos de las personas sean reconocidos por igual a todo ciudadano o ciudadana de la región.

En el contexto de la protección internacional, este progreso es aún más significativo si se lo mira desde la perspectiva de la llamada “protección complementaria”, es decir aquella otorgada en el marco de categorías migratorias que, por asegurar una residencia regular con relativo acceso a derechos, brindan

---

<sup>193</sup> Art. 423, numeral 5, Constitución de la República del Ecuador.

un tipo de protección alternativa al refugio. Esta podría ofrecer soluciones aceptables frente a los retrasos de la normativa internacional sobre refugio, todavía anclada a la visión nacionalista de los Estados, es decir a la suspicacia y al recelo en cuanto a su soberanía.

Este tema es de especial importancia si consideramos que la gran mayoría de las personas que buscan protección internacional en Latinoamérica son originarias de la región, principalmente víctimas del conflicto armado colombiano. Esta población, en la mayoría de los casos, debe enfrentarse a la que se define como situación prolongada de refugio.

Aunque esta no sea la sede apropiada para analizar un tema tan complejo, resulta igualmente importante mencionar que la casi totalidad de los expertos coinciden en que “... *el proceso de superación del Conflicto Armado colombiano y sus efectos... tomará por lo menos una década e implicará la colaboración de los diversos sectores de las sociedades en la región. La protección que se siga brindando a quienes huyen de la guerra es muy importante y debe continuar ampliándose.*”<sup>194</sup>.

En este sentido, cabe considerar que las actuales dinámicas de huida o movilidad forzada desde Colombia, requieren de nuevos enfoques y alternativas que permitan una protección efectiva: “*un enfoque integral que incluya la consideración de una mezcla de soluciones puede ofrecer mejores oportunidades de éxito. Más allá de las soluciones duraderas clásicas, oportunidades de migración legal podrían constituirse en una alternativa complementaria para algunos refugiados. Los países de acogida de refugiados podrían beneficiarse de la asistencia internacional para fortalecer las capacidades nacionales de protección*”<sup>195</sup>.

La idea es que procesos legales de regularización migratoria simples, eficientes e inclusivos, bajo el paraguas de la integración latinoamericana, puedan generar un sistema regional integrado de protección internacional, también definido como la “regionalización de la protección de los refugiados”<sup>196</sup>, la cual plantea

---

<sup>194</sup> Mirada regional: “Migrantes forzados: límites en la protección, esperanza en la paz y espejismo del postconflicto”, Volumen 0, 2013.

<sup>195</sup> Acnur, *La protección de los refugiados y la migración mixta: el plan de acción de los 10 puntos*, 2011

<sup>196</sup> Juliana Bello, *El MERCOSUR y la protección internacional: aplicabilidad de las políticas migratorias regionales a la luz del Derecho Internacional de los Refugiados*, p. 43. Informe de la Consultoría del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, 2015.

mecanismos de protección internacional internos a la región y funcionales al proceso de integración, los cuales pueden considerarse alternativos respecto al instituto tradicional del refugio.

De esta manera, por ejemplo, el marco normativo del MERCOSUR ha sido señalado por el Plan de Acción de Brasil como solución que puede ofrecer mayores perspectivas de integración. Asimismo, en la Consulta Subregional de Buenos Aires en marzo de 2014 se afirmó que “las soluciones basadas en los marcos migratorios ofrecidos por el Acuerdo de Libre Circulación pueden ser opciones para emigrar legalmente hacia otro país ante mejores perspectivas de integración local”, opinión compartida por la Consulta Temática Subregional Andina mantenida en Quito en junio de 2014, en la cual se subrayó la importancia de las políticas de integración regional en cuanto, facilitando la migración regular, contribuyen a disminuir la presión sobre los sistemas nacionales de asilo.

Se podría decir, siguiendo esta postura, que el Acuerdo de residencia MERCOSUR pone en discusión el paradigma tradicional sobre protección internacional, manifestándose como una nueva figura de solución duradera que posiblemente se podría denominar “integración regional”.

### IV.3 Proceso administrativo de regularización migratoria

#### a. Marco Conceptual

- **Visa/Visado:** autorización temporal o permanente que otorga un país a una persona no nacional y que regulariza su ingreso o estancia en su territorio. La visa es un documento que se coloca habitualmente en los pasaportes por las autoridades competentes del país de acogida, como constancia de la autorización de ingreso y/o permanencia, y posterior desempeño de las actividades autorizadas.
- **Pasaporte:** “Documento oficial universal utilizado para identificar a las personas y su ciudadanía. También otorga seguridad al país de tránsito o destino de que el titular puede retornar al país en donde fue emitido.

Por lo tanto, los pasaportes están vinculados directamente a las leyes de ciudadanía. Sin embargo, un pasaporte por sí solo podría no ser suficiente para hacer un viaje internacional<sup>197</sup>.

- **Calidad migratoria:** conjunto de condiciones establecidas por los Estados para las personas no nacionales que permanecen en su territorio. Los Estados suelen establecer categorías migratorias observando dos aspectos: las actividades que realizan dentro del país de recepción (religiosos, estudiantes, artistas, etcétera) o el tiempo de permanencia (no inmigrantes, migrantes temporales o migrantes permanentes).

### **b. Simplificación de trámites y discrecionalidad en la actividad de la Administración Pública**

Las servidoras y los servidores públicos, al emitir actos administrativos, si bien cuentan con un margen discrecional al exigir pruebas de los hechos declarados por los usuarios, están obligados a enmarcar su conducta administrativa dentro de los límites previstos por la Constitución y las leyes. Por consiguiente, la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 173, dispone que “*los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial*”.

Esta previsión constituye una importante garantía para los administrados frente a las actuaciones de los órganos del Estado, dirigida a controlar la conformidad de dichas actuaciones con el dictado constitucional. Nos referimos a las llamadas *normas regladas*, las cuales deben inscribirse rigurosamente dentro del camino enmarcado por la Constitución.

Sin embargo, también existen normas las cuales mantienen disposiciones que limitan el ejercicio de esta garantía constitucional, al excluir del control judicial los actos de la Administración Pública, dictados en ejercicio de las facultades denominadas “discrecionales”.

En este último sentido se suele distinguir entre actividades regladas y potestad discrecional. Las primeras se inscriben en la tradición constitucional del estado

---

<sup>197</sup> OIM - Fundamentos de los Pasaportes.

de derecho, por la cual el poder nace de la norma jurídica y es ésta la que lo limita, por tanto el ejercicio de las potestades estatales debe estar previamente determinado en una disposición legal.

Por otro lado, podemos encontrar casos en los cuales la ley no señala de manera exhaustiva las condiciones del ejercicio de la potestad administrativa, sino que deja un espacio discrecional de libertad al/a funcionario/a público/a, que puede versar sobre la forma de su actuación, sobre la circunstancia o supuestos fácticos ante los cuales debe actuar o sobre el objeto mismo de su actuación.

Los temas referidos a las relaciones internacionales están tradicionalmente excluidos del control que correspondería a todo acto de autoridades en un Estado de Derecho, en razón del interés público o el bien común. Es esto, por ejemplo, el caso de los procesos de reconocimiento de la condición de refugiado/a, para los cuales se excluye la impugnación en sede de jurisdicción contencioso administrativa.

Por ejemplo, la Ley de Extranjería, en su art. 5, establece que “la decisión de conceder, negar o revocar una visa a un ciudadano extranjero, no obstante el cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios, es facultad soberana y discrecional de la Función Ejecutiva, a través de los organismos competentes”. De la misma manera, el reglamento de esta ley dispone que “los funcionarios del servicio exterior ecuatoriano y del Departamento y de la Dirección General de Extranjería, tendrán amplias facultades para exigir la comprobación de las declaraciones expuestas en las solicitudes de visas y demás documentos migratorios y para cerciorarse e investigar la concurrencia de alguna de las causas de exclusión que establece la Ley de Migración”.

Consecuencia de esto, en algunos casos la aplicación práctica de las normas relativas a la regularización de extranjeros resulta ser disconforme a las reglas establecidas, lo que reduce la posibilidad de acceder a un status migratorio que permita un más amplio acceso a derechos y servicios públicos para las personas en movilidad humana.

Si por un lado estas conductas se alejan de su razón de ser, es decir ajustarse “plenamente a los hechos que determinan la expedición del acto”<sup>198</sup>, por otro

---

<sup>198</sup> Art. 2, Reglamento para el control de la discrecionalidad en los actos de la administración pública (Decreto No. 3179), 2002.

desvían completamente el objetivo principal de la gestión administrativa, es decir disminuir o eliminar la duplicidad de requisitos para facilitar a los ciudadanos la interacción con las instituciones públicas en la ejecución de un proceso o en el acceso de un servicio.

Tal y como dispone claramente el Decreto No. 149 de 2013, uno de los objetivos que busca el gobierno ecuatoriano es la reducción de costos, tiempo y además brindarle al ciudadano/a, libre acceso al registro de datos de las diferentes instituciones públicas<sup>199</sup>:

**Art. 11.- Principios** del proceso.- La simplificación de trámites se regirá por los siguientes principios:

- a) Simplicidad: Los trámites serán claros, sencillos, ágiles, racionales, pertinentes, útiles y de fácil entendimiento para los ciudadanos. Debe eliminarse toda complejidad innecesaria.
- b) Economía. Los trámites deberán realizarse en el menor tiempo y costos posibles, optimizando de la mejor manera los recursos utilizados, agilizando decisiones y procedimientos.
- c) Legalidad.- Solo se puede pedir o exigir para el trámite los requisitos que estén previamente establecidos en un marco normativo vigente.
- d) Celeridad.- Se ejecutarán los trámites de la forma más eficiente y en el menor tiempo posible, sin perjuicio de brindar la mejor calidad al servicio.
- e) Presunción de veracidad. Se presumirá que los documentos y declaraciones formulados por los ciudadanos frente a un trámite y en la forma prescrita por el ordenamiento jurídico, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman.
- f) Responsabilidad de información. La responsabilidad sobre la veracidad y autenticidad de la información, es exclusiva del ciudadano, cuando este provea la información.
- g) Privacidad de la información personal/confidencialidad. Se respetará la privacidad y dará debida protección a la información de carácter personal,

<sup>199</sup> Decreto No. 149, “Simplificación de Trámites”, 2013.

garantizando su inviolabilidad y secreto de conformidad con la Constitución y la normativa vigente.

h) Transparencia.- Se garantizará la publicidad y transparencia de las actuaciones administrativas a través de medios electrónicos y demás canales de libre acceso a los ciudadanos, según lo determinado en la ley.

i) Privilegio de controles posteriores.- Se propenderá a que los trámites se sustenten en la aplicación de la fiscalización posterior, reservándose la autoridad administrativa el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada, el cumplimiento de la normativa respectiva, así como la aplicación de las sanciones pertinentes en caso que la información presentada no se sujete a la realidad.

j) Informalismo y principio pro-administrado.-Las normas serán interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los ciudadanos, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por formalidades que puedan ser subsanadas en la prestación del servicio, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público, según lo determinado en la Constitución de la República.

k) Gratuidad.- Los trámites que se realicen en la administración pública de preferencia serán gratuitos, salvo los casos expresamente señalados en el ordenamiento jurídico vigente.

l) Interconexión. Las entidades que mantengan sus bases de datos con información de registro público ciudadano, propenderán a interconectar con el Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, mediante procesos ágiles y simplificados.

**Art. 13.- Prohibiciones.-** Las entidades de la Función Ejecutiva, en la ejecución de trámites al ciudadano, quedan prohibidas de:

a) Exigir requisitos que no estén contemplados en el ordenamiento jurídico vigente.

b) Exigir la presentación de documentación o información que conste en los archivos o registros de la misma institución que los solicita, salvo los casos expresamente establecidos por la ley.

c) Exigir la presentación de requisitos que implique duplicación de una misma información, salvo los casos expresamente establecidos por ley.

- d) Cobrar valores innecesarios por los trámites brindados a los ciudadanos o valores que representen un costo mayor de recaudación que el monto requerido.
- e) Exigir la presencia del ciudadano en la realización del trámite cuando este pueda otorgar poder o autorización a un tercero para su realización de acuerdo a la naturaleza del trámite o cuando a través de medios tecnológicos, se acredite su identidad.
- f) Negar información al ciudadano respecto al estado del trámite que se está realizando en la institución, la falta de publicación del estado del trámite será considerada como una negación de la misma;
- g) Negarse a recibir documentación en la institución.
- h) Cobrar valor alguno por concepto de formularios, formatos u otros necesarios para realizar cualquier trámite en la institución, salvo disposición expresa establecida en el ordenamiento jurídico vigente;
- i) Exigir la presentación de información que se encuentre establecida en sistemas informáticos de acceso al público o de acceso a las instituciones que realizan el trámite respectivo.
- j) Las demás que se generen como consecuencia de la aplicación de la política pública de simplificación de trámites y que sean determinadas por la Secretaría Nacional de la Administración Pública o el Comité de Simplificación de Trámites Interinstitucional.

Una actuación diferente sería administrativamente inmotivada, inadecuada e ineficiente<sup>200</sup>, en cuanto impondría “más de una prueba con relación a un hecho”<sup>201</sup>, es decir requisitos adicionales a los previstos por las leyes<sup>202</sup>, en evidente vulneración del principio de legalidad, por el que se rige el obrar de las servidoras y servidores públicos.

---

<sup>200</sup> Ver art. 7, Reglamento para el control de la discrecionalidad en los actos de la administración pública (Decreto No. 3179), 2002 y art. 31 ley de modernización del estado, privatizaciones y prestación de servicios públicos por parte de la iniciativa privada, (Ley No. 50), 1993.

<sup>201</sup> Ley de modernización del estado, privatizaciones y prestación de servicios públicos por parte de la iniciativa privada, (Ley No. 50), 1993, art. 27.

<sup>202</sup> *Ibid*, art. 18.

En este sentido la ley dispone que “*Las instituciones de la Administración Pública Central, Institucional y que dependen de la Función Ejecutiva, en el ámbito de sus competencias, simplificarán los trámites que brindan al ciudadano*”<sup>203</sup>, obligatoriamente<sup>204</sup>, con el objetivo de eliminar la duplicidad de requisitos y actividades que debe realizar el ciudadano o ciudadana para acceder a servicios eficientes<sup>205</sup>.

### c. Ley de Migración

La Ley de Migración regula la “organización y coordinación de los servicios relativos a la entrada y salida de nacionales o extranjeros del país, mediante el examen y calificación de sus documentos y la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones legales respecto a la permanencia y actividad de los/as extranjeros/as residentes en el territorio ecuatoriano”<sup>206</sup>.

---

<sup>203</sup> Decreto No. 149, “Simplificación de Trámites”, 2013 – “**Art. 14.- Planes de simplificación.** *Las instituciones de la Administración Pública Central, Institucional y que dependen de la Función Ejecutiva, en el ámbito de sus competencias, simplificarán los trámites que brindan al ciudadano de acuerdo a los lineamientos y metodología que para el efecto emita la Secretaría Nacional de la Administración Pública, para lo cual elaborarán sus respectivos planes de simplificación que se fundamentarán principalmente en:*

- a) *Suprimir de trámites innecesarios que incrementen el costo operacional de la Administración Pública, que hagan menos eficiente su funcionamiento y propicien conductas no transparentes.*
- b) *Simplificar y mejorar los trámites, lo cual supone, entre otros aspectos:*
  - i. *Adaptar los trámites a la forma más sencilla posible, reduciendo al mínimo los requisitos y exigencias a las personas, dejando única y exclusivamente los pasos que sean indispensables para cumplir el propósito de los mismos.*
  - ii. *Rediseñar el trámite utilizando al máximo los elementos tecnológicos.*
  - iii. *Incorporar controles automatizados que minimicen la necesidad de estructuras de supervisión y controles adicionales.*
  - iv. *Evitar las instancias en las cuales el juicio subjetivo del servidor público responsable del trámite o de parte de él, pueda interferir en el proceso.*
  - v. *Incentivar a los servidores públicos por el cumplimiento oportuno del trámite.*
  - vi. *Propiciar la participación ciudadana”.*

<sup>204</sup> Ibid, “**Art. 7.- Obligatoriedad.-** *La simplificación de trámites es de obligatorio cumplimiento para todas las entidades de la administración pública central, institucional y que depende de la Función Ejecutiva”.*

<sup>205</sup> Ibid, “**Art. 5.- De la simplificación de trámites** *.La administración pública central, institucional y que depende de la Función Ejecutiva establecerá la gestión con enfoque en la simplificación de trámites. La gestión Pública propenderá progresivamente a la disminución y la eliminación de la duplicidad de requisitos y actividades que debe realizar el ciudadano frente a la administración para acceder a servicios eficientes, transparentes y de calidad”.*

<sup>206</sup> Ley de Migración, art. 1.

El organismo de la Función Ejecutiva responsable y competente en el control del movimiento migratorio, documentos de viaje y permanencia de extranjeros en todo el territorio nacional es el Ministerio del Interior, que lo ejerce por medio de las Unidades de Control Migratorio<sup>207</sup> de la Dirección Nacional de Migración<sup>208</sup>.

Dichas entidades, entre otros, brindan los siguientes servicios migratorios<sup>209</sup>.

- **Prórrogas** - Se otorgan: por acuerdos bilaterales, a pedido del ciudadano/a, **90 días** adicionales a los/as nacionales de Colombia, Bolivia, Venezuela y Brasil; **48 horas** a los ciudadanos/as extranjeros/as que superaron su permanencia regular a fin de que abandonen el país.
- **Arraigos/Registro de prohibiciones de salida** - Se dispone en base a oficio original o copia certificada de la autoridad competente disponiendo de la medida cautelar relacionada con la prohibición de salida en el que consten: apellidos y nombres, número de documento de identidad y número de juicio.
- **Levantamiento de prohibiciones de salida** - Es necesario que la autoridad que dispuso la prohibición de salida emita un oficio (en original o copia certificada) dirigido al servicio de Migración, ordenando el levantamiento de la medida cautelar. La solicitud debe ser oficiada directamente por la autoridad que dispuso la medida, pero es preferible solicitar copia del oficio certificada y llevarla al momento de salir del país.
- **Certificado de movimientos migratorios**

---

<sup>207</sup> Directorio de Migración de los puntos intervenidos: <http://www.ministeriointerior.gov.ec/directorio-de-migracion-de-los-puntos-intervenidos/>.

<sup>208</sup> En base al **Decreto Ejecutivo N° 632 de 2011**, artículo 1: “*Reorganícese la Policía Nacional, disponiendo que la representación legal, judicial y extrajudicial sea asumida por el Ministerio del Interior, que a su vez podrá delegar dichas atribuciones de conformidad con la Ley*”. En base a eso se dictó el **Acuerdo Ministerial 2555, en abril de 2012**, mediante el cual se determina la integración de la Dirección Nacional de Migración de la Policía (de las dependencias y de sus funciones) con la estructura organizacional del Ministerio del Interior.

<sup>209</sup> <http://www.ministeriointerior.gov.ec/servicio-de-apoyo-migratorio/>.

#### d. Causas de exclusión

Son aquellas condiciones bajo las cuales al ciudadano/a extranjero/a no se le permite ser elegido para admisión e ingreso al país. Los sujetos que caigan en las siguientes causas de inelegibilidad, deberán ser rechazados al solicitar su admisión al país y no podrán solicitar visa:

- Personas que con anterioridad hubieran sido excluidas o deportadas.
- Personas que carezcan de pasaporte cuya validez mínima sea de seis meses u otro certificado especial de viaje, reconocido por convenios internacionales vigentes para el Ecuador; y de la respectiva visa vigente.
- Menores de edad, salvo que se encuentren acompañados de sus representantes legales o viajen con autorización expresa.
- Personas que traten de ingresar al país con fraude o con documentación impropia o irregular.
- Personas que tengan una visa emitida sin los requisitos legales o no reúnan las condiciones de la calidad o categoría migratorias al tiempo de solicitar su admisión.

De haber obtenido la calidad migratoria de **Inmigrante**, será excluida en los puntos de control migratorio la persona que:

- permaneciera en el exterior: más de 90 días en cada año durante los primeros 2 años; más de 18 meses consecutivos en cualquier tiempo; 18 meses con intermitencia durante 5 años.
- no hubiere obtenido la cédula de identidad ecuatoriana.

De haber obtenido la calidad migratoria de **No Inmigrante**, será excluida en los puntos de control migratorio la persona que:

- hubiere permanecido mayor tiempo que el autorizado en su admisión de acuerdo con su categoría migratoria.
- hubiere cambiado de hecho su calidad o categoría migratorias.

Las siguientes excepciones son aplicables:

- Admisión Provisional - Las causas de exclusión / inelegibilidad no se aplicarán a los solicitantes de refugio/asilo territorial, que serán admitidos a ingresar al país hasta que sea evaluada su solicitud.
- Admisión de Extranjeros Excluidos - excepcionalmente, las personas que con anterioridad hubieren sido excluidas o deportadas (sujetas a exclusión por el art. 9 de la Ley de Migración), podrán ser admitidos en el país, previa resolución expresa del Consejo Consultivo de Política Migratoria.

### **e. Consejo Consultivo de Política Migratoria**

El contenido de los requisitos para acceder a los trámites de visas, se definen por decisiones del Consejo Consultivo de Política Migratoria. Este órgano, en base al art. 7 de la Ley de Extranjería y al art. 20 de su reglamento, tiene amplias facultades y atribuciones en lo que se refiere a política migratoria, entre las cuales.

- Conocer de las consultas venidas en grado sobre la negativa o revocatoria en el otorgamiento de visas de inmigrante o de no inmigrante (de aplicación obligatoria).
- Supervigilar y coordinar el desenvolvimiento administrativo de los organismos estatales que ejecutan los programas de extranjería y migración.
- Disponer mediante resoluciones generales o individuales la limitación de las calidades o categorías migratorias.
- Emitir resolución expresa de admisión al país, para casos específicos de personas que con anterioridad hubieren sido excluidas o deportadas (art. 16 de la Ley de Migración), es decir levantamiento de exclusiones.

## f. Ley de Extranjería

La Ley de Extranjería regula la situación de los extranjeros y extranjeras que residen en el Ecuador, establece modalidades y condiciones para el otorgamiento de las calidades de inmigración.

La misma ley reconoce la supremacía de los otros preceptos de extranjería previstos por leyes especiales o convenios internacionales vigentes en el Ecuador, los cuales serán aplicados en los casos específicos a los cuales se refieren<sup>210</sup>. Como ejemplos se pueden citar el *Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados parte del MERCOSUR y Estados Asociados*, el *Convenio de Esmeraldas* o las Decisiones de la Comunidad Andina que crean y regulan la *Tarjeta Andina de Migración (TAM)*.

El órgano de la Función Ejecutiva competente en la aplicación y ejecución de las normas para el otorgamiento de una calidad migratoria es el Viceministerio de Movilidad Humana del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. Dichas funciones son ejercidas, en caso de permisos de residencia permanente, calidad migratoria Inmigrante, por la Dirección de Extranjería; en caso de permisos de residencia temporal, calidad migratoria No Inmigrante, por la Dirección de Migración. A nivel descentralizado estas operaciones se llevan a cabo por medio de las Direcciones Zonales y las oficinas locales del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana presentes en las varias provincias.

De acuerdo con la Ley de Extranjería los extranjeros y extranjeras que se encuentran en el Ecuador se clasifican en inmigrantes y no inmigrantes. El art. 9 define **inmigrante** a “todo extranjero que se interna legal y condicionalmente en el país, con el propósito de radicarse” y cambiar así su domicilio político y su residencia para el ejercicio de derechos y el cumplimiento de obligaciones. De lo contrario, los extranjeros **no inmigrantes** son los que se internan al país sin el ánimo de radicarse, por lo cual siguen manteniendo el domicilio político en otro Estado, que puede ser el de origen o donde él viva, según define el Art. 12 de la ley de Extranjería.

Dentro de esta última categoría se incluyen también los extranjeros *transeúntes*, es decir las personas que se encuentran en tránsito hacia otro país, como las que

---

<sup>210</sup> Ley de Extranjería, Art. 1.

desembarcan en zonas de tránsito para hacer transbordos, las que atraviesan Ecuador para dirigirse a otro país, los visitantes temporales que vienen a efectuar tareas propias de su actividad o aquellos individuos domiciliados en poblaciones extranjeras colindantes con la frontera ecuatoriana y que necesiten transitar periódicamente al territorio nacional.

### **g. Clases de Visas**

#### **Visas Categoría 9 Inmigrante**

- Visa 9 – I Rentista, Pensión del Exterior, Rentista fideicomiso
- Visa 9 – II Inversionista en póliza/bien raíz/acciones de compañía/títulos o cédulas hipotecarias
- Visa 9 – III Inversionista en acciones de compañía (No anónima) o Negocio de propiedad individual
- Visa 9 – IV Apoderado General (Compañías domiciliadas en el país o que se van domiciliar en el país), Prensa Extranjera, Contrato de Trabajo (Personas jurídicas o naturales) - Religiosos
- Visa 9 – V Profesional
- Visa 9 – VI Amparo en ciudadanos ecuatorianos, Amparo en ciudadanos extranjeros inmigrantes en el Ecuador, Amparo por Unión de Hecho

#### **Visas Categoría 12 No Inmigrante**

- Visa 12: I – II Funcionarios de Misiones Diplomáticas y Organismos Internacionales
- Visa 12: III – Funcionarios, Expertos, Consultores de Organismos Internacionales, Funcionarios de Cooperación Cultural, Técnica y Científica, Personal Administrativo de Misiones Diplomáticas u Oficinas Consulares
- Visa 12: IV - Solicitud de Asilo y Refugio
- Visa 12: V - Estudiantes
- Visa 12: VI - Trabajo
- Visa 12: VII - Religiosos Misioneros Voluntarios
- Visa 12: VIII - Intercambio Cultural
- Visa 12: IX – Turismo, Deporte, Salud, Estudios, Ciencia, Arte, Actos de Comercio
- Visa 12: X – Turismo, Visitante temporal
- Visa 12: XI - MERCOSUR, Visas Convenio, Cooperantes

## **h. Visa 9. IV: Amparo (Inmigrante)**

Pueden aplicar para esta categoría de visa los y las extranjeras que tengan un vínculo familiar con persona ecuatoriana, dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad.

La concesión de esta visa de inmigrante se sujetará a la comprobación, por parte del funcionario de la Dirección General de Extranjería, del vínculo familiar que justifica su expedición. Es decir que el peticionario deberá justificar el parentesco que cita la categoría por la que aplica.

Los certificados y documentos habilitantes, o sea aquellos útiles para demostrar el vínculo familiar, serán aquellos conferidos de la forma legal. En algunos casos el o la solicitante tendrá que acreditar una garantía económica para demostrar que puede atender sus necesidades y no ser una carga para el Estado.

Cabe mencionar que, tal y como establece el Art. 36 de la Ley de Extranjería, la persona titular de una visa de inmigrante “podrá ausentarse y regresar al país, pero no podrá permanecer en el exterior más de noventa días en cada año durante los dos primeros años a partir de la fecha de admisión en calidad de inmigrante o más de dieciocho meses consecutivos en cualquier tiempo”; de lo contrario se determinará la exclusión y la no admisión al país.

### Sujetos de admisión

Como se mencionaba, la razón de concesión de este medio de regularización migratoria se funda en el vínculo familiar que el extranjero mantiene con personas ecuatorianas. Es decir que los casos y los requisitos a presentar varían en función de la relación familiar que el/la solicitante mantiene con persona en la que se ampara.

El Código Civil, en los artículos 22 y 23, define lo que es el parentesco e identifica los grados de consanguinidad y afinidad.

En base al art.22 del Código Civil, los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones. Así, así el nieto esta en segundo grado de consanguinidad con el abuelo;

y dos primos hermanos, en cuatro grado de consanguinidad entre sí. Cuando una de las dos personas es ascendiente de la otra, la consanguinidad es en línea recta; y cuando las dos personas proceden de un ascendiente común, y una de ellas no es ascendiente de la otra, la consanguinidad es en línea colateral o transversal.

Asimismo, en el art. 23 del Código Civil se describe la afinidad como el parentesco que existe entre una persona que está casada (o en unión de hecho solemnizada) y los consanguíneos de su marido o de su mujer, o bien entre uno de los padres de un hijo y los consanguíneos de otro progenitor. La línea y grado de afinidad entre dos personas se determina por la línea y grado de consanguinidad respectivos; así, entre suegros y yernos hay línea recta o directa de afinidad en primer grado, y entre cuñados, línea colateral de afinidad en segundo grado.

## Requisitos

Formulario de solicitud de visa de inmigrante <sup>211</sup>

- ✓ Petición escrita.
- ✓ 2 copias a color del pasaporte (con validez mínima de 6 meses).
- ✓ Certificado de antecedentes judiciales<sup>212</sup> emitido por el país de origen del extranjero o por el país donde ha residido los últimos 5 años, apostillado o legalizado. Se puede presentar alternativamente:
  - Certificado de antecedentes judiciales de la Policía Nacional de Colombia apostillado.
  - Certificado de antecedentes de la Procuraduría General de la Nación de Colombia apostillado.

---

<sup>211</sup> <http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2012/12/formulario-visa-inmigrante.doc.pdf>.

<sup>212</sup> Los certificados de antecedentes judiciales tienen 180 días de vigencia. En el caso de países con gobiernos federales, los certificados de antecedentes Judiciales deberán ser presentados uno emitido por la autoridad estatal del lugar de residencia del solicitante y uno por la autoridad federal del país donde ha residido los últimos 5 años.

- Certificado de antecedentes penales<sup>213</sup> del Ministerio del Interior, si el solicitante lleva más de 5 años en el país.
- ✓ Documentos habilitantes que establezcan el parentesco, conforme lo señalado en el Art. 9 numeral VI de la Ley de Extranjería.
- ✓ Copia a color de la página del pasaporte con
  - sello de entrada en el país (t-3).
  - tarjeta andina.
  - visa vigente.
  - documentación de refugio.
- ✓ Pago del costo arancelario<sup>214</sup>.

---

<sup>213</sup> <http://www.mdi.gob.ec/minterior1/antecedentes/>. Si en la base de datos del Ministerio del Interior no aparece el registro del peticionario, será necesario realizarlo según explica el Ministerio del Interior: <http://www.ministeriointerior.gob.ec/certificado-de-antecedentes-penales/> - “Qué debo hacer si mis datos no aparecen en el sistema? Si usted es una persona extranjera debe verificar que sus datos consten en el sistema, puede solicitar información al teléfono 02 297 8800 o acercarse a la Unidad de Policía Judicial más cercana. Para la provincia de Pichincha pueden acudir a la Dirección Nacional de Policía Judicial en la Av. José Félix Barreiros 50-45 y De Los Álamos - Sector El Inca (Quito)”

En algunas localidades la opción es presentar el certificado de antecedentes penales de Colombia apostillado, a pesar de haber residido durante más 5 años en el Ecuador.

<sup>214</sup> Ley de Extranjería, Art. 1.

Casos particulares, documentos habilitantes y requisitos adicionales

HIJO/A AMPARANTE

- ✓ Petición escrita, hecha y firmada por la representante del hijo menor, es decir la madre<sup>215</sup>, y firmada por el interesado, dirigida al Coordinador Zonal del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana competente por territorio.
- ✓ Partida íntegra de la partida de nacimiento del hijo/a amparante, legalizada y otorgada por el Registro Civil en original.
- ✓ Copia a color de la cédula del hijo/a amparante.
- ✓ Copia certificada de la consignación voluntaria de la pensión alimenticia a favor del hijo/a amparante (solo padre soltero, divorciado o padre/madre que NO tenga la custodia del menor de edad amparante) realizada ante el Juzgado de la Niñez y Adolescencia. En caso de existir acta de mediación en un centro de mediación y arbitraje, adjuntar la constancia del último pago o depósito.

En alternativa

- Copia certificada/notariada de la sentencia que regula la pensión del menor.

- Acta de Unión de hecho solemnizada por un Notario.

MATRIMONIO O UNIÓN DE HECHO (protocolarizada o solemnizada)  
ENTRE PERSONA ECUATORIANA Y PERSONA EXTRANJERA

- ✓ Original y copia legible de la cédula de ciudadanía y papeleta de votación del amparante.
- ✓ Certificado original de soltería del ciudadano extranjero, emitido por la entidad competente del país de origen, legalizado o apostillado<sup>216</sup>.

---

<sup>215</sup> Valor de aranceles consulares en <http://www.cancilleria.gob.ec/nuevos-valores-de-aranceles-consulares-rigen-desde-el-2-de-enero-de-2016/> y [http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2015/12/tabla\\_arancel\\_consular.pdf](http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2015/12/tabla_arancel_consular.pdf).

<sup>216</sup> El mismo certificado se debe anexar al expediente de tramitación de la cédula en el Registro Civil.

### Matrimonio<sup>217</sup>

- ✓ En caso de matrimonio celebrado en el Ecuador, copia íntegra de la partida de matrimonio legalizada y otorgada por el Registro Civil en original.
- ✓ En caso de matrimonio celebrado en el extranjero, certificado original de matrimonio autenticado por el Cónsul del Ecuador en el país de origen o apostillado.

### Unión de hecho<sup>218</sup>

- ✓ En caso de Unión de Hecho celebrada en el Ecuador, acta solemnizada ante notario público o ante un juez, que deberá contar con declaración testimonial.
- ✓ En caso de Unión de Hecho celebrada en el extranjero, acta protocolizada ante notario público y , certificado original autenticado por el Cónsul del Ecuador en el país de origen o apostillado.

### HERMANO/A AMPARANTE

- ✓ Registro civil de nacimiento del solicitante apostillado.
- ✓ Partida íntegra de nacimiento del hermano/a amparante , legalizada y otorgada por el Registro Civil en original.
- ✓ Copia a color de la cédula del hermano.

### CUÑADO/A AMPARANTE

- ✓ Documentos originales que establezcan el parentesco por consanguinidad o afinidad tales como partidas de nacimiento, actas o inscripciones de matrimonio, legalizadas o apostilladas.
- ✓ Acreditación de medios de vida.

---

<sup>217</sup> <http://www.registrocivil.gob.ec/?p=3641>

<sup>218</sup> <http://www.registrocivil.gob.ec/?p=1663>.

## NIETO/A AMPARANTE

- ✓ Partida íntegra de nacimiento del nieto/a legalizada en el Registro civil
- ✓ Copia color de la cédula del nieto/a.
- ✓ Partida de nacimiento o registro civil de nacimiento del padre/madre del niño/a amparante, en la que consten los nombres de la madre/padre y de la abuela/o, legalizada o apostillada.
- ✓ Acreditación de medios de vida

### Acreditación de medios de vida y la Resolución del Consejo Consultivo de Política Migratoria, sesión permanente del 12 al 28 de enero de 2015.

En esta importante decisión, el Consejo Consultivo determina que “la **solvencia económica** para extranjeros/as que amparan a personas que no sean su cónyuge e hijos se establecerá mediante documentos tales como:

- Contrato de trabajo debidamente registrado o mecanizado del IESS
- Certificado de afiliación y aportaciones al IESS
- Estado de cuenta de los últimos tres meses, certificado por la entidad bancaria, en los cuales se demuestren ingresos mensuales equivalentes a lo establecido en el art. 30, num. I y II del Reglamento a la Ley de Extranjería (800 \$ para el primer amparado y 100 \$ por cada persona adicional)”

### Otras reglas generales de gestión

El Responsable de ventanilla de la Dirección General de Extranjería registra el usuario/a, genera la solicitud de visa y entrega el ticket con el número de trámite para la cancelación del valor de la solicitud.

El expediente se asigna a un Asesor Jurídico que revisa la validez de la documentación entregada y elabora un Informe Jurídico que remite al Director de Migración y Extranjería, para su aprobación o negativa. En caso de necesitar documentos que corroboren la información presentada, el Asesor Jurídico solicita su entrega con correo electrónico.

Aprobado el trámite se procede a enviar al solicitante un correo para notificar el estado del mismo y las instrucciones para cancelar el valor de la visa.

### Solicitantes con status migratorio irregular

Hasta noviembre de 2015, las personas en condición migratoria irregular necesitaban subsanar su situación administrativa antes de poder acceder a solicitar una Visa de Amparo, conforme establece el art. 24 del Reglamento a la Ley de Extranjería<sup>219</sup> para acceder a toda clase de regularización migratoria: “Ninguna visa podrá emitirse a favor de extranjeros que aparezcan no elegibles<sup>220</sup> para solicitar admisión en el país”.

Dicha posibilidad, prevista solo para esta clase de visa, se justifica en razón de los principios de unidad familiar e interés superior del niño/a, entre otros, reconocidos como pilares de las relaciones de parentesco que suponen el otorgamiento de esta calidad migratoria.

Con la resolución<sup>221</sup> tomada en sesión ordinaria el 10 y 11 de noviembre, el Consejo Consultivo de Política Migratoria ha resuelto suprimir la prueba de status migratorio regular para solicitudes de visa de Amparo, cuando la soliciten “ciudadanos extranjeros familiares hasta el segundo grado de consanguinidad

---

<sup>219</sup> Decreto No. 1991.

<sup>220</sup> Supra, **Cap. V.d.**

<sup>221</sup> Consejo Consultivo de Política Migratoria, Resolución, sesión ordinaria del 10 y 11 de noviembre de 2015.

*“(…) QUINTO PUNTO.- Revisión y resolución del informe presentado por los abogados Oswaldo Estrella García (Ministerio del Interior) y Andrés Zambrano (MREMH) sobre “la pertinencia del otorgamiento de las visas 12 X, para regularizar a ciudadanos extranjeros, que buscan obtener una visa 9 VI de amparo, análisis que fue solicitado por el Director de Migración en sesión ordinaria del 24 y 25 de septiembre de 2015.*

*Este Órgano Colegiado avoca conocimiento de los informes individuales presentados por los: Dr. Oswaldo Estrella García funcionario del Ministerio del Interior y del Ab. Andrés Zambrano servidor público del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. Al respecto se llama la atención a los profesionales nombrados anteriormente en el sentido que el informe debería ser suscrito en forma conjunta y no individual. Por unanimidad de los señores miembros presentes: Sr. Patricio Rodríguez Pérez, Dr. Eduardo Piedra; y, del Presidente Ab. Guido Reyes Meza, el Consejo Consultivo de Política Migratoria Resuelve: Eliminar de manera excepcional el requisito de regularidad migratoria para la solicitud de visa de inmigrante 9-VI para los ciudadanos extranjeros familiares hasta el segundo grado de consanguinidad y al cónyuge o conviviente en unión de hecho de un ciudadano ecuatoriano de conformidad a lo establecido en los arts. 40, 67,68 y 69 de la Constitución de la República del Ecuador”.*

y al cónyuge o conviviente en unión de hecho de un ciudadano ecuatoriano de conformidad a lo establecido en los arts. 40, 67,68 y 69 de la constitución de la república del Ecuador”.

Anteriormente, los nacionales de Argentina, Brasil, Chile, Paraguay, Uruguay, Bolivia, Colombia y Perú, tenían dos posibilidades para proceder a la regularización de su status migratorio, por ser nacionales de países que han suscrito el “Acuerdo sobre Residencia para los Nacionales de los Estados Partes del Mercosur y Estados Asociados”.

El “Acuerdo Ministerial Nro. 000031”, del 2 de abril del 2014, que define la reglamentación interna del Acuerdo Mercosur, en su artículo tercero establece que “la visa de residente temporal se podrá solicitar..... cualquiera sea la condición migratoria del solicitante”. Es decir que se incluye de manera expresa a los solicitantes con status migratorio irregular.

Alternativamente, para nacionales de cualquier país que soliciten visa de amparo, en razón de las citadas políticas de la Dirección General de Extranjería a favor de normas constitucionales cuales los principios de “unidad familiar” o “interés superior del niño/a”, era posible tramitar la regularización del status migratorio solicitando una **Visa 12.X de visitante temporal**.

En ambos casos, para subsanar la falta administrativa del status migratorio irregular, era preciso formar 2 expedientes.

- a. El primero para visa de amparo, que en el caso de la visa 12.X de visitante temporal es imprescindible porque habilita para el proceso de tramitación de la misma.
- b. El segundo para:

1. **Visa 12.X–Turismo/Visitante temporal**- Al entregar el primer expediente en la Dirección General de Extranjería, el funcionario revisa los requisitos y comprueba la

irregularidad del estatus migratorio. Procede al registro del usuario y entrega al solicitante una *Orden de Visa 12.X*, la cual se debe incorporar en la relativa carpeta.

## **2. Visa 12.XI - Mercosur de residente temporal**

La oportunidad y conveniencia de proceder por medio del uno o del otro mecanismo de regularización migratoria depende de los requisitos que se necesitan para aplicar a cada una de las calidades migratorias consideradas y de los costos para certificaciones y aranceles.

Un primer criterio a considerar es el costo arancelario. Si la Visa 12.X de visitante temporal tiene un costo de 50 \$ por la solicitud, la Visa 12.XI de Residencia Temporal Mercosur tiene un costo de 50 \$ por la solicitud y 200 \$ por la visa. Sin embargo, los nacionales de Colombia y Paraguay que solicitan una visa de no inmigrante pagan solo la solicitud, sobre la base de los convenios bilaterales suscritos.

Otro criterio es la tipología de requisito que se exige para una u otra categoría de visa. En este sentido es importante recordar que si por un lado la visa 12.X de visitante temporal no requiere una certificación de antecedentes judiciales, por otro lado requiere una garantía económica que demuestre tener recursos para mantenerse en el país mientras la visa sea vigente.

Emitida la Visa 12.X de visitante temporal, el o la solicitante debía anexar una copia a color de la misma al expediente de la visa de amparo.

### **i. Acuerdo sobre Residencia para los Nacionales de los Estados Partes del Mercosur y Estados Asociados**

El Acuerdo sobre Residencia para los Nacionales de los Estados Partes del Mercosur y Estados Asociados<sup>222</sup>, cuya ratificación fue publicada en el Registro Oficial No 209, del 21 de marzo de 2014, recibió reglamentación interna por medio del Acuerdo Ministerial Nro. 000031, del 2 de abril del 2014.

---

<sup>222</sup> Suscrito en Brasilia, República Federativa do Brasil, 6 de diciembre de 2002.

Los titulares de esta categoría de residencia, tienen derecho a entrar, salir, circular y permanecer libremente en territorio del país, acceso a cualquier actividad, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, en las mismas condiciones que los nacionales de los países de recepción; podrán obtener reunión familiar.

Las visas otorgadas mediante este Acuerdo de Residencia, se dividen en 2 categorías

- I. **Residencia Temporal, categoría 12.XI**, la misma se otorgará por dos años, desde su emisión si la otorgó una Coordinación Zonal o si fue otorgada en un Consulado ecuatoriano contados a partir del ingreso del extranjero al Ecuador.
- II. **Residencia Permanente, categoría 9.VII**, la cual se emitirá de manera indefinida y, al igual que las demás visas de residencia temporal, otorgará cédula de identidad emitida por el Registro Civil.

Beneficiarios de esta categoría de visa son los nacionales de Argentina, Brasil, Chile, Paraguay, Uruguay, Bolivia, Colombia y Perú.

La solicitud de la residencia temporal podrá realizarse aún si el ciudadano extranjero se encuentra en situación irregular, en los consulados del Ecuador en el exterior o en las diferentes coordinaciones zonales a nivel nacional<sup>223</sup>.

### **I. Requisitos para residencia temporal de dos años – 12.XI**

- ✓ Formulario de solicitud de visa de no inmigrante<sup>224</sup>.
- ✓ Pasaporte vigente y con validez de al menos seis meses.
- ✓ Certificado de antecedentes judiciales, penales o policiales del país de origen o en el que hubiera residido el solicitante, durante los últimos cinco años (apostillado, si expedido por autoridad extranjera).

---

<sup>223</sup> Para el ingreso de la solicitud de estas visas se deberá realizar una cita previa y será obtenida llamando al **1800226245**, opción 0, para lo cual deberá proporcionar el número de su pasaporte y nombres. El ingreso del expediente es personal, no requiere abogados ni tramitadores.

<sup>224</sup> <http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2012/12/formulario-solicitud-visa-no-inmigrante-082013.pdf>.

- ✓ Para visas de amparo de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero de afinidad, que no ostenten la nacionalidad de uno de los Estados que hayan ratificado el Acuerdo sobre Residencia Mercosur», se deberá adjuntar partida de matrimonio, de nacimiento o acta de solemnización de la unión de hecho o sentencia de reconocimiento legal ante autoridad competente ecuatoriana, según el caso.
- ✓ Pago del costo arancelario de la visa.

La residencia temporal podrá convertirse en permanente mediante la presentación del solicitante ante la autoridad migratoria dentro de los noventa días anteriores al vencimiento de la misma. Una vez

vencida la residencia temporal de hasta dos años no será más posible acogerse a esta categoría de visa y el o la solicitante quedará sometido a la legislación migratoria interna del Estado.

## **II. Requisitos para residencia permanente – Visa 9.VII**

- ✓ Formulario de solicitud de visa de inmigrante<sup>225</sup>.
- ✓ Visa de residencia temporal de Mercosur.
- ✓ Pasaporte vigente y con validez de al menos seis meses.
- ✓ Record de antecedentes penales del Ecuador.
- ✓ Acreditación de medios de vida lícitos que permitan la subsistencia del solicitante y su grupo familiar conviviente, mediante la presentación de la Declaración del Impuesto a la Renta o Certificado de Aportaciones al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.
- ✓ Pago del costo arancelario de la visa.

Aprobada y emitida la visa, será importante realizar el respectivo “empadronamiento” o trámite de registro en la Unidad de Extranjería. El registro es inmediato y se lo puede hacer el mismo día que se obtiene la visa.

---

<sup>225</sup><http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2012/12/formulario-visa-inmigrante-doc.pdf>.

## j. Empadronamiento

La emisión de una visa conlleva la obligación de registrar, en la misma oficina del ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, el empadronamiento o censo de extranjeros/as inmigrantes y no inmigrantes, que tendrá una validez indefinida.

Será necesaria la renovación del censo de extranjeros inmigrantes y no inmigrantes, únicamente en el caso de que cambien su calidad migratoria.

**Renovación** (pérdida de cedula de identidad o cambio de estado civil).

- ✓ Petición escrita indicando el motivo de la renovación.
- ✓ Record de movimiento migratorio.
- ✓ Copia a color notarizada del pasaporte o denuncia original de robo o pérdida.
- ✓ Copia a color notarizada de la visa vigente.
- ✓ Documento que justifique el vínculo de consanguinidad o afinidad, por el que se otorgó la visa.

## k. Cedulación<sup>226</sup>

### Extranjeros por primera vez

Formulario de cedulación de la Dirección General de Extranjería<sup>227</sup>.

- ✓ Comprobante de pago.
- ✓ Certificado de registro y empadronamiento de extranjeros inmigrantes de primera vez vigente, expedido por la Dirección General de Extranjería del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana.

<sup>226</sup> <http://www.registrocivil.gob.ec/?p=1654>.

<sup>227</sup> <http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/07/formulario-cedula-julio2013.pdf>.

- ✓ Original y copia a color del pasaporte vigente y visa vigente.
- ✓ Solo en caso de visa de amparo por Unión de Hecho o Matrimonio, Certificado original de soltería del ciudadano extranjero, emitido por la entidad competente del país de origen, legalizado o apostillado.

### Renovación

- ✓ Comprobante de pago.
- ✓ Certificado de registro y empadronamiento de extranjeros inmigrantes de renovación vigente, expedido por la Dirección General de Extranjería del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana
- ✓ Documento de identidad anterior

# **CAPÍTULO**

# **V**

**LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVANACIONAL E  
INTERNACIONAL EN MATERIA DE TRATA  
DE PERSONAS**



## V. 1 Introducción

La Trata de Personas es una forma de explotación, esclavitud y degradación de los seres humanos y se constituye en una de las violaciones más graves de los Derechos Humanos. Ha sido reconocida por la comunidad internacional como un crimen de lesa humanidad<sup>228</sup> que cada día cobra más víctimas.

La vulneración de los Derechos Humanos es tanto la causa como la consecuencia de dicha problemática. La falta de acceso a los derechos económicos y sociales, la pobreza, la discriminación (principalmente por género y edad), el patriarcado, los imaginarios sociales de un mejor futuro en otra ciudad del mismo país o de los países con mayores índices de desarrollo económico y la impunidad de los y las tratantes son algunas de las principales causas de la trata de personas.

La trata de personas vulnera la práctica totalidad de los derechos humanos, si bien algunos de ellos pueden verse con mayor facilidad, como son: el derecho a la vida, la libertad, la igualdad, la integridad física y psicológica, la salud, la seguridad personal y el derecho a un trabajo digno.

Esta situación hace imperativo que las políticas, programas y proyectos de asistencia a víctimas de la trata de personas aseguren el restablecimiento y ejercicio pleno y efectivo de los derechos de las mismas por medio de la implementación de estrategias integrales que involucren varias áreas, como la psicosocial, médica, jurídica, educativa y de generación de ingresos.

Cabe reconocer que en Ecuador existe interés por parte del Estado, de las ONGs y de los Organismos Internacionales para trabajar en la prevención, atención, judicialización y reparación integral de la trata de personas. Este interés se ve reflejado en la suscripción y ratificación por parte del país de diferentes convenciones y tratados sobre el tema; en la existencia de una legislación nacional .

---

<sup>228</sup> El Tribunal Penal internacional para la antigua Yugoslavia y el Tribunal Penal internacional para Ruanda han establecido que la trata de personas en contextos de violencia sistemática y generalizada constituyen delitos de lesa humanidad: Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia –TPIY- (2001). Caso *Prosecutor v. Dragoljub Kumarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic*, Número Caso: IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, 22 Febrero 2001, párr. 556; y Tribunal Penal Internacional para Ruanda –TPIR- (1997). Caso *Prosecutor v. Akayesu* Número Caso: ICTR-96-4-A ICTR Sala de Apelaciones, sentencia de 1 de Junio de 2001.

que tipifica la trata de personas como una vulneración de derechos humanos (y un delito) y establece normas para la atención y protección a las víctimas; en la conformación de grupos especializados en varias instituciones del Estado; en la realización de numerosos foros y encuentros nacionales y regionales sobre el tema; en la experiencia de programas desarrollados por distintas ONG; y en la asistencia técnica y financiera de los organismos internacionales.

Este interés, no obstante, debe verse correspondido con una legislación secundaria que pueda dar respuesta operativa a dicho interés estatal y que en definitiva, proporcione la respuesta que las personas víctimas de trata requieren, de acuerdo a tales obligaciones y estándares internacionales.

En este sentido, es urgente contar con un instrumento que brinde lineamientos para la asistencia y protección a corto, mediano y largo plazo de las víctimas de la trata de personas, que respete dichos estándares básicos y esté acorde con las necesidades y condiciones del país.

## V.2 Marco normativo internacional

### a. Marco primario de referencia Internacional

El consenso internacional acerca de la necesidad de luchar contra la trata de personas se consolidó en diciembre de 2000 cuando los estados firmaron en Palermo (Italia) el ***Protocolo de Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños***, el primer instrumento jurídico internacional que define las responsabilidades de los Estados respecto a esta vulneración de derechos humanos. Este Protocolo es el instrumento de referencia internacional utilizado por los países para elaborar los enfoques nacionales de lucha contra este flagelo, establecer los marcos de política regional y orientar la cooperación internacional en este ámbito. Entró en vigor exactamente tres años después (el 25 de diciembre de 2003) y para febrero de 2014 lo habían ratificado 159 estados.

## **b. Otros tratados internacionales aplicables**

Otros tratados donde podemos ver incluida las dinámicas de la trata de personas son:

El Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 1949, en que los Estados parte en el Convenio “se comprometen a adoptar o mantener, en relación con la inmigración y la emigración, las medidas que sean necesarias, con arreglo a sus obligaciones en virtud del presente Convenio, para combatir la trata de personas de uno u otro sexo para fines de prostitución” (art. 17);

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, en que se insta a los Estados parte a tomar “todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer” (art. 6);

La Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (resolución 48/104 de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 1993), en que se señala que se entenderá que la “violencia contra la mujer” abarca los siguientes actos, aunque sin limitarse a ellos:

“la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada” (art. 2);

La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, en que se conviene en que los Estados parte “tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma” (art. 35);

El Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía de 2000, que dispone que los Estados parte “adoptarán todas las medidas necesarias para fortalecer la cooperación internacional mediante acuerdos multilaterales, regionales y bilaterales, para la prevención, la detección, la investigación, el enjuiciamiento y el castigo de los responsables de actos de

venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía o el turismo sexual” (art. 10);

El Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados de 2000, que establece que los Estados parte velarán por que “no se reclute obligatoriamente en sus fuerzas armadas a ningún menor de 18 años” (art. 2);

El Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional de 1993, que prohíbe la adopción internacional si el consentimiento parental ha sido obtenido mediante pago o compensación. Además, el Convenio dispone que “nadie puede obtener beneficios materiales indebidos, como consecuencia de una intervención relativa a una adopción internacional” (art. 32);

El Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil, 1999, (Núm. 182) de la OIT, que prohíbe “a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados; b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas; c) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes; y d) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños” (art. 3);

La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (resolución 45/158 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1990, anexo), en que se afirma que “ningún trabajador migratorio o familiar suyo será sometido a esclavitud ni servidumbre” y que no se exigirá a los trabajadores migratorios ni a sus familiares que realicen trabajos forzosos u obligatorios” (art. 11);

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en el que se entiende por “crimen de lesa humanidad”, entre otros, a la “esclavitud”, y se la define como

“el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en la trata de personas, en particular mujeres y niños” (art. 7).

Otros instrumentos de derechos humanos que pueden utilizarse son:

- La Convención Internacional contra la Esclavitud y la Convención Suplementaria contra la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud.
- El Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo.
- El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José.
- La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Belem do Pará”.
- Convenio 29 de OIT relativo al trabajo forzoso de 1930
- Protocolo OIT relativo al trabajo forzoso de 2014
- Convenio 182 OIT sobre las peores formas de trabajo infantil.
- Convenio 189 OIT relativo a trabajadoras y trabajadoras domesticas
- La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.
- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951
- El Protocolo a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967
- El Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes.
- La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.
- La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- La Convención Interamericana contra el Tráfico Internacional de Menores.
- La Convención Interamericana sobre Restitución de Menores.

Al mismo tiempo es imperativo mencionar el documento: **“Principios y Directrices recomendados sobre Derechos Humanos y Trata de**

**Personas**<sup>229</sup> elaborado por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los derechos humanos. Este se configura como un documento de fundamental lectura para el entendimiento en su conjunto de la protección a los derechos de las personas víctimas de trata de personas así como el comportamiento administrativo y judicial por parte de las autoridades públicas.

### V.3 La trata de personas en la legislación nacional e internacional

#### a. Definición de trata de personas

El **Protocolo de Palermo**<sup>230</sup> define a la “**trata de personas**” como *la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación*<sup>231</sup>.

Considerada como la esclavitud moderna, la trata de personas implica la compra y venta de personas, donde la víctima está sometida a la autoridad y explotación de otro sujeto.

Esta definición de trata de personas de las Naciones Unidas describe con algún detalle la naturaleza de la vulneración de derechos humanos. Sin embargo, **esta definición internacional no es apropiada para ser utilizada en los códigos penales nacionales**<sup>232</sup>. Esta definición tiene demasiados elementos que tendrían que ser probados por los fiscales, haciendo así el procesamiento más difícil. También, el lenguaje es un poco ambiguo y podría conducir a desafíos legales por parte de los y las afectadas.

---

<sup>229</sup> Descargables en [http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Commentary\\_Human\\_Trafficking\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Commentary_Human_Trafficking_sp.pdf).

<sup>230</sup> Protocolo de Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños.

<sup>231</sup> Definición tomada del Protocolo Para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

<sup>232</sup> Definición tomada del Protocolo Para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Es importante primero leer y entender la nueva definición internacional de la trata de personas que contiene el Protocolo, pero luego incorporar la esencia de esta definición en la legislación nacional mediante el uso de un lenguaje simple y claro<sup>233</sup>.

Precisamente, en el Ecuador existe una legislación penal que define esta vulneración a través del Código Orgánico Integral Penal<sup>234</sup> (en adelante COIP). Así, de acuerdo al **Artículo 91**:

*La captación, transportación, traslado, entrega, acogida o recepción para sí o para un tercero, de una o más personas, ya sea dentro del país o desde o hacia otros países con fines de explotación, constituye delito de **trata de personas**.*

*Constituye explotación, toda actividad de la que resulte un provecho material o económico, una ventaja inmaterial o cualquier otro beneficio, para sí o para un tercero, mediante el sometimiento de una persona o la imposición de condiciones de vida o de trabajo.*

- **Implicaciones de la definición de trata de personas del COIP**

La definición de nuestro nuevo COIP introduce una serie de elementos y elimina otros que hacen de ésta una definición mucho más protectora de los derechos de las víctimas. En este sentido, el tipo penal está constituido por los siguientes elementos:

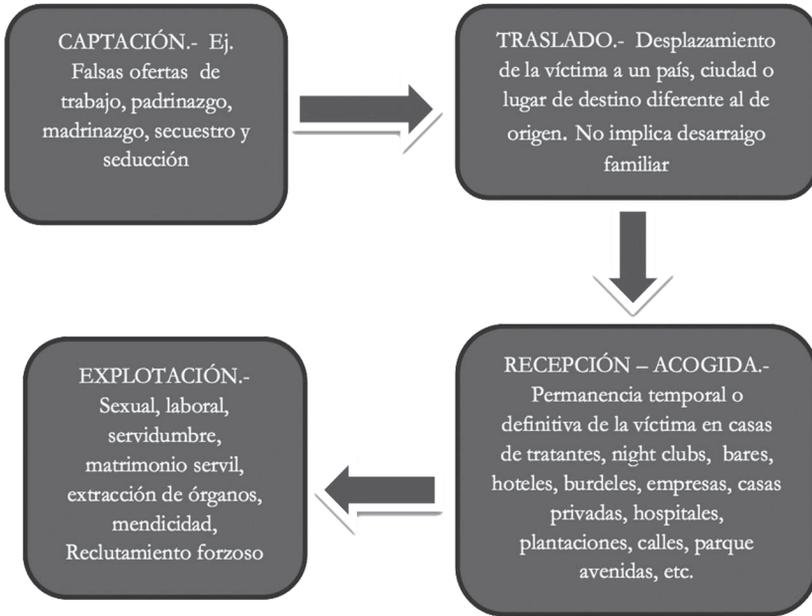
1. *La captación, transportación, traslado, entrega, acogida o recepción*

Esta formulación no cambia con respecto al Protocolo de Palermo y tiende a convertirse en parte fundamental de esta vulneración de derechos. No obstante, es de entender que, aterrizando sobre los casos, no se den todas y cada una de estas fases. Será suficiente con que se dé una de estas fases para que el delito exista.

---

<sup>233</sup> Ibid.

<sup>234</sup> Vigente en el Ecuador desde Agosto de 2014.



2. *Para sí o para un tercero*

Introduce las distintas formas de coautoría, facilitación, complicidad de una posible red de tratantes. Mejora la formulación del Protocolo de Palermo, un documento realizado bajo el marco del crimen organizado transnacional que contemplaba estos delitos dentro del marco de un grupo delictivo organizado, el cual debe estar conformado por tres o más personas<sup>235</sup>. Al incluirse la posibilidad de que la trata de personas pueda ser efectuada por una sola persona o más, mejora el espectro de protección.

3. *De una o más personas*

4. *Ya sea dentro del país o desde o hacia otros países*

Introduce con claridad la trata **interna** de personas, ampliando el ámbito de aplicación de la definición de Palermo, puesto que según

<sup>235</sup> De acuerdo al Art. 2 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que debe ser aplicada en conjunto con el Protocolo de Palermo.

su artículo 4: *a menos que contenga una disposición en contrario, el presente Protocolo se aplicará a la prevención, investigación y penalización [del delito de trata] cuando esos delitos sean de carácter **transnacional**.*

De esta forma, dependiendo del lugar o contexto físico donde se desarrolla la trata de personas, esta puede ser: **a) Trata interna:** Si el proceso de reclutamiento, traslado y explotación de la víctima se da en las fronteras de un mismo país; **b) Trata externa:** se produce cuando el reclutamiento ocurre en el país de origen o residencia de la víctima y la explotación en un país diferente. Es decir, cuando hay un cruce de fronteras.

5. *Con fines de explotación. Constituye explotación toda actividad de la que resulte un provecho material o económico, una ventaja inmaterial o cualquier otro beneficio, para sí o para un tercero, mediante el sometimiento de una persona o la imposición de condiciones de vida o de trabajo*

Esta es una novedad introducida por el Ecuador. Pocas legislaciones a nivel internacional se han atrevido a definir “explotación”. Aún más, esta definición recoge algunos elementos extremadamente importantes, tales como la inmaterialidad del beneficio, que en casos como el matrimonio forzado es altamente necesario.

6. *Eliminación de los medios como elemento de prueba*

Conforme a esta definición del COIP, se obtiene una mayor facilidad en el enjuiciamiento ya que la definición propuesta elimina la necesidad de demostrar que las amenazas, la coacción, el fraude, etc., son usadas para introducir a una persona en una situación de trata. “El medio” para mover a alguien a una situación de trata puede ser muy difícil de probar judicialmente debido a la propia naturaleza clandestina del delito, lo que supone una carga de prueba desproporcionada sobre la víctima. Pensemos, por ejemplo, la dificultad de probar que una persona ha sido amenazada si esa amenaza no está registrada bajo ningún mecanismo o probar el engaño cuando éste se ha dado en una conversación informal dentro de un contexto “de confianza”.

7. *Eliminación del consentimiento como elemento de prueba*

Este es un elemento fundamental para comprender la trata de personas. En muchos casos el consentimiento puede darse debido a múltiples razones. Es imperativo comenzar a entender la relatividad de los consentimientos. Incluso en una situación donde la persona “consiente” la trata, tal consentimiento está viciado, pues desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ya se establece la irrenunciabilidad del mismo, lo que hace imposible que una persona pueda consentir ser explotada. No obstante exista consentimiento, la vulneración a derechos humanos persiste y por tanto, el Estado esta obligado a proteger. Es así como el COIP establece en su Artículo 110 que el consentimiento dado por la víctima no excluye la responsabilidad penal ni disminuye la pena correspondiente.

**b. Modalidades de explotación**

Como hemos visto, de acuerdo al Código Orgánico Integral Penal, constituye explotación, *toda actividad de la que resulte un provecho material o económico, una ventaja inmaterial o cualquier otro beneficio, para sí o para un tercero, mediante el sometimiento de una persona o la imposición de condiciones de vida o de trabajo, obtenidos de:*

1. La extracción o comercialización ilegal de órganos, tejidos, fluidos o material genético de personas vivas, incluido el turismo para la donación o trasplante de órganos.

N. M. era una persona bien conocida en el Departamento Médico Legal, de la Policía Nacional. Desde hace un año atrás comenzó a ir todos los días. Los empleados de la Morgue dijeron que Montenegro fue presentada por el doctor M. J., director de la entidad, quien les dijo que tenía la autorización de él para realizar su trabajo que era el de extraer las córneas a los cadáveres. Al parecer ello se debía a un convenio entre el Departamento Médico Legal y el Club de Leones de Quito, entidad esta donde labora Montenegro. La extracción debía hacerse, siempre que lo autorizaran los familiares, caso contrario, no. Sin embargo, al parecer había una especie de cortina de humo detrás de las donaciones de órganos. N. M. y J. S., tecnólogo del Departamento Médico Legal, están detenidos para investigación, por presunto tráfico de órganos. Diario La Hora, 2012.

2. La explotación sexual de personas incluida la prostitución forzada, el turismo sexual y la pornografía infantil.

La existencia de una presunta red dedicada a la trata de personas con fines de explotación sexual se investiga en la Policía Judicial (PJ). Los agentes tienen ya en su poder a la primera pieza del rompecabezas. Se trata de I. L., de 21 años, sobre quien pesaba una orden de captura emitida por el juzgado Vigésimo de Garantías Penales de Pichincha. La investigación de la Policía inició debido a una denuncia que reposa en Santo Domingo de los Tsáchilas, formalizada el 29 de julio pasado por la desaparición de una menor de 14 años. Según consta en el documento, la hermana de la víctima denunció que el pasado 21 de julio la menor salió a una discoteca de esa localidad, pero no la volvieron a ver más. Diario La Hora, 26 de octubre del 2013.

3. La explotación laboral, incluida el trabajo forzoso, la servidumbre por deudas y el trabajo infantil.

“María” (nombre ficticio), de 17 años, oriunda de la comunidad de Iltaquí, del cantón Cotacachi (Imbabura), refleja el miedo y la desconfianza en la gente luego de ser víctima de la trata laboral. La menor, que permaneció cautiva por más de dos años en Mérida, Venezuela, contó, mientras se fregaba las manos y mantenía la vista fija al suelo, que las personas que la llevaron a trabajar a ese país le hacían pedir caridad, vender bebidas en la calles, trabajar de empleada doméstica en varias casas y, en una ocasión, hasta entregarse sexualmente. Diario HOY, 3 de Julio del 2014

4. Promesa de matrimonio o unión de hecho servil, incluida la unión de hecho precoz, arreglada, como indemnización o transacción, temporal o para fines de procreación.

5. La adopción ilegal de niñas, niños y adolescentes.

#### LA ADOPCIÓN EN ECUADOR - UN GRAN NEGOCIO

Debido a las fuertes cantidades de dinero que se manejan en la intermediación de una adopción, este acto en vez de ser un servicio social y de ayuda, se vuelve un

gran negocio. Tan solo con ver las estadísticas, “de cada siete adopciones hechas en Ecuador, seis tienen el carácter de ilegales”. Debido a que los ingresos per cápita en este país son bajos, manejar ingresos que van desde los \$ 1.000 hasta los \$ 15.000 por pago a intermediarios/as, la adopción resulta un negocio sumamente rentable para todos los que intervienen en el acto. Francisco Guayasamín, 24 de Julio 2013.

## 6. La mendicidad.

Qué penoso resulta observar cómo el negocio de la mendicidad, [...], ponen en riesgo y se abusa de discapacitados/as, niños/as, ancianos/as, etc., que son en parte víctimas de las redes delictivas organizadas de explotación de personas, desatendidas por la sociedad o que vienen de hogares disfuncionales [...]. Los ingresos que producen las dádivas o limosnas, debido a la lástima que generan los mendigos, llegan a su máximo nivel en las festividades del Día del Niño y la Navidad, cuando la sociedad descubre su falta de solidaridad y busca “cauterizar” su conciencia con alguna ayuda parcial. Es clave la existencia de políticas públicas para regular la mendicidad, pero no alcanza, en países como los nuestros, donde la miseria y pobreza bordean cifras del 65% de la población, combinada con la migración interna y concentrada en las ciudades más prósperas y de mayor densidad poblacional. Los programas sociales en red, con las fundaciones privadas y sus autoridades, deben ser como un solo brazo, para llegar efectivamente a las raíces de los males y reinsertar en la sociedad a todas estas víctimas de tan triste actividad y, además, sancionar a sus promotores. Diario el TELEGRAFO, 3 de julio del 2014.

## 7. Reclutamiento forzoso para conflictos armados o para el cometimiento de actos penados por la ley.

El Reclutamiento Forzado es cuando Grupos Armados ilegales reclutan personas principalmente a niños, para que trabajen con ellos. Esto lo hacen más que todo en áreas rurales y lo hacen a través de engaños o de manera forzada. Este fenómeno está presentando un alarmante aumento en casi todas partes. Se estima que en **Colombia**, por lo menos el 15% de los integrantes de los grupos armados ilegales son menores de edad reclutados con engaños o a la fuerza. Martín Vargas, 5 de noviembre del 2012

## 8. Cualquier otra modalidad de explotación.

**ALGUNAS MODALIDADES DE LA TRATA DE PERSONAS**

FIN DE LA TdP	FRECUENTE FORMA DE CAPTACIÓN	LUGAR DE RECLUTAMIENTO	MEDIO DE TRASLADO	LUGAR DE ACOGIDA
VENTA ILÍCITA DE ORGANOS Y TEJIDOS	1.- Abordaje personal 2.- Medios escritos 3.- Nuevas tecnologías informativas y de comunicación	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Hospitales</li> <li>❖ Publicaciones</li> <li>❖ Colegios</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Transporte Terrestre</li> <li>❖ Transporte aéreo</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Clínicas</li> <li>❖ Hospitales</li> <li>❖ Consultorios médicos particulares</li> <li>❖ Familias</li> <li>❖ Domicilios</li> </ul>
EXPLOTACIÓN SEXUAL	1.- Abordaje personal 2.- Agencias de empleo 3.- Medios de comunicación. 4.- Nuevas tecnologías informativas y de comunicación	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Área Rural</li> <li>❖ Agencias de empleo</li> <li>❖ Terminales terrestres</li> <li>❖ Centros de recreación</li> <li>❖ Centros de Diversión</li> <li>❖ Unidades educativas</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Transporte terrestre</li> <li>❖ Transporte aéreo</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Casa de masajes</li> <li>❖ Casas de citas</li> <li>❖ Prostíbulos</li> <li>❖ Sitios en páginas de internet</li> <li>❖ Cabarets, Bares, etc</li> </ul>

<p>EXPLOTACIÓN LABORAL</p>	<p>1.- Abordaje personal. 2.- Redes entorno a las agencia de empleo. 3.- Medios de comunicación. 4.- Nuevas tecnologías informativas y de comunicación 5.- Secuestro por medio de la violencia, física, psicológica, económica o social.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Área Rural</li> <li>❖ Agencias de empleo</li> <li>❖ Terminales terrestres</li> <li>❖ Centros de recreación</li> <li>❖ Centros de Diversión</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Transporte terrestre</li> <li>❖ Transporte aéreo</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Zafras</li> <li>❖ Construcciones</li> <li>❖ Domicilios particulares</li> <li>❖ Maquilas</li> <li>❖ Fábricas</li> <li>❖ Plantaciones</li> <li>❖ Empresas</li> </ul>
<p>MATRIMONIO FORZADO SERVIL</p>	<p>1.- Abordaje personal 2.- Agencias de empleo 3.- Medios escritos</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Área Rural</li> <li>❖ Área Urbana</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Transporte terrestre</li> <li>❖ Transporte aéreo</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Campamentos</li> <li>❖ Domicilios particulares</li> <li>❖ Zafras</li> <li>❖ Hoteles</li> </ul>
<p>ADOPCION ILEGAL</p>	<p>1.- Abordaje personal 2.- Medios de comunicación. 3.- Nuevas tecnologías informativas y de comunicación</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Área Rural</li> <li>❖ Unidades educativas</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Transporte terrestre</li> <li>❖ Transporte aéreo</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Domicilios particulares</li> </ul>

<p>MENDICIDAD</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Abordaje personal en la calle</li> <li>2.- Orfanatos</li> <li>3.- Terminales terrestres</li> <li>4.- Fronteras</li> </ol>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Área Rural y Urbana</li> <li>❖ Terminales terrestres</li> <li>❖ Parques</li> <li>❖ Plazas</li> <li>❖ Calles</li> <li>❖ Mercados</li> <li>❖ Centros Comerciales</li> <li>❖ Centros de recreación</li> <li>❖ Centros de Diversión</li> <li>❖ Unidades educativas</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Transporte terrestre</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Calles</li> <li>❖ Semáforos</li> <li>❖ Bares, discotecas, conciertos, etc</li> <li>❖ Hoteles</li> </ul>
-------------------	---	--	--	--

<p>RECLUTAMIENTO FORZOSO PARA COMISIÓN DE DELITOS</p>	<p>1.- Abordaje personal 2.- Nuevas tecnologías informativas y de comunicación. 3.- Agencias de empleo</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Área Rural y Urbana</li> <li>❖ Terminales terrestres</li> <li>❖ Unidades educativas</li> <li>❖ Parques</li> <li>❖ Plazas</li> <li>❖ Calles</li> <li>❖ Mercados</li> <li>❖ Centros Comerciales</li> <li>❖ Comerciales</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Transporte terrestre</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Domicilios particulares</li> <li>❖ Lugares de mayor concentración de personas</li> </ul>
<p>RECLUTAMIENTO FORZOSO PARA CONFLICTO ARMADO</p>	<p>1.- Abordaje personal 2.- Secuestro forzado o consentido</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Área Rural y Urbana</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Transporte terrestre</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Campamentos de grupos armados o fuerzas militares o paramilitares</li> <li>❖ Domicilios particulares</li> </ul>

### c. Sanción

De acuerdo al Código Orgánico Integral Penal, las personas naturales que cometan el delito de trata de personas serán sancionadas, conforme al artículo 92:

1. *Con pena privativa de libertad de trece a dieciséis años.*
2. *Con pena privativa de libertad de dieciséis a diecinueve años, si la infracción recae en personas de uno de los grupos de atención prioritaria o en situación de doble vulnerabilidad o si entre la víctima y el agresor ha existido relación afectiva, consensual de pareja, conyugal, convivencia, de familia o de dependencia económica o exista vínculo de autoridad civil, militar, educativa, religiosa o laboral.*
3. *Con pena privativa de libertad de diecinueve a veintidós años, si con ocasión de la trata de personas, la víctima ha sufrido enfermedades o daños psicológicos o físicos graves o de carácter irreversible.*
4. *Con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años, si por motivo de la trata de personas se produce la muerte de la víctima. La trata se persigue y sanciona con independencia de otros delitos que se hayan cometido en su ejecución o como su consecuencia.*

Igualmente, las **personas jurídicas** (empresas, locales, negocios, instituciones, etc) también son incluidas en el Código Penal a través de su artículo 94, según el cual: *Cuando una persona jurídica es responsable de trata, será sancionada con multa de cien a mil salarios básicos unificados del trabajador en general y la extinción de la misma.*

Sin embargo y a pesar de la tipificación el número de sentencias condenatorias por este delito en el Ecuador es muy bajo.

### d. Mecanismos de protección

Teniendo en cuenta lo dicho anteriormente respecto a la utilización y aplicación conjunta al ordenamiento interno de los instrumentos de derechos humanos ratificados por el Ecuador (art. 11 y 417 de la CE), podemos encontrar varios elementos de protección de los derechos de las víctimas de trata combinando tanto la legislación nacional como la internacional, que detallamos a continuación.

i. Confidencialidad

De acuerdo al Protocolo de Palermo, en su Art. 6 (sobre asistencia y protección a las víctimas), *cada Estado Parte protegerá la privacidad y la identidad de las víctimas de la trata de personas, en particular, entre otras cosas, previendo la confidencialidad de las actuaciones judiciales relativas a dicha trata*. Esta obligación de confidencialidad, si bien no la encontramos replicada de la misma manera en el Código Penal, si podemos extraerla apelando a las medidas de restricción contempladas en el Código Penal (Artículo 566), a través de las cuales:

La o el juzgador podrá ordenar a petición de parte, una o más de las siguientes medidas de restricción:

- *Audiencias cerradas al público y a la prensa, en los casos previstos en este Código.*
- *Imposición a los sujetos procesales y a toda persona que acuda a la audiencia, del deber de guardar reserva sobre lo que ven, oyen o perciben.*
- *Reserva de identidad sobre datos personales de los sujetos procesales, terceros o de otros participantes en el proceso.*

De la misma manera, podemos extraer una protección extra a esta garantía directamente de las provisiones constitucionales, siendo que el Artículo 78 de nuestra Carta Magna establece que: *Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no re victimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación.*

ii. Inclusión de sus opiniones y asistencia legal

Igualmente el Protocolo de Palermo incluye en su Art. 6.2.b) la necesidad de proporcionar asistencia encaminada a permitir que las opiniones y preocupaciones de las víctimas de trata se presenten y examinen en las etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los y las delincuentes sin que ello menoscabe los derechos de la defensa; al mismo tiempo, obliga a los estados (Art. 6.3.b) a otorgar el *asesoramiento e información, en particular con respecto a sus derechos, en un idioma que las víctimas de la trata de personas puedan comprender.*

Por su parte, la legislación nacional ecuatoriana permite la garantía de estos derechos siendo que el Código Penal, en su Artículo 451 encomienda a la Defensoría Pública esta tarea, quien tiene el mandato de garantizar *el pleno e igual*

*acceso a la justicia de las personas, que por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no pueden contratar los servicios de una defensa legal privada, para la protección de sus derechos.* Similarmente la Constitución de la República instaura el derecho de las personas a la defensa que incluye en procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público (Art. 76.7 CE). Así, la Defensoría Pública prestará un servicio legal, técnico, oportuno, eficiente, eficaz y gratuito, en el patrocinio y asesoría jurídica de los derechos de las personas, en todas las materias e instancias (Art. 191 CE).

iii. Asistencia a las víctimas de trata de personas

El Protocolo de Palermo, de nuevo en su Art. 6. 3. plantea a los Estados Parte *considerar la posibilidad de aplicar medidas destinadas a prever la recuperación física, psicológica y social de las víctimas de la trata de personas, incluso, en particular mediante el suministro de:*

- (a) Alojamiento adecuado;*
- (c) Asistencia médica, psicológica y material; y*
- (d) Oportunidades de empleo, educación y capacitación.*

Si bien esta formulación podría parecer laxa, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que debe aplicarse en conjunto con el Protocolo, adopta un lenguaje mucho más fuerte, obligando a cada Estado en su *Art. 25 .1. a adoptar medidas apropiadas para prestar asistencia y protección a las víctimas.*

Por su parte, la legislación nacional, si bien no replica estas medidas (debido a la falta, a la fecha de publicación de este manual, de una ley de desarrollo de la protección de derechos de las víctimas de trata); si incluye una serie de medidas de protección en su Código Penal. Así el Artículo 558 de dicho compendio ordena establecer *el tratamiento respectivo al que deben someterse la víctima y sus hijos menores de dieciocho años, si es el caso.* Incluso, podría incluirse la provisión, establecida en el mismo artículo, según la cual *la o el juzgador fijará simultáneamente una pensión que permita la subsistencia de las personas perjudicadas por la agresión de conformidad con la normativa sobre la materia, salvo que ya tenga una pensión.*

iv. Protección a la integridad física de la persona

Tanto el Protocolo de Palermo como la Convención mencionada establecen la necesidad de la protección física de las Víctimas de trata. De este modo, el Art.-6. 5 del Protocolo dicta que *cada Estado Parte se esforzará por prever la seguridad física de las víctimas de la trata de personas mientras se encuentren en su territorio.*

Esta obligación se refuerza a través del contenido de la formulación del Art. 24 de la Convención que obliga a cada Estado Parte a *adoptar medidas apropiadas para proteger de manera eficaz contra eventuales actos de represalias o intimidación a los testigos que participen en actuaciones penales y que presten testimonio, así como, cuando proceda, a sus familiares y demás personas cercanas.*

*Estas medidas podrán consistir, entre otras en:*

- (a) Establecer procedimientos para la protección física de esas personas, incluida, en la medida de lo necesario y posible, su reubicación y permitir, cuando proceda, la prohibición total o parcial de revelar información relativa a su identidad y paradero;*
- (b) Establecer normas probatorias que permitan que el testimonio de los testigos se preste de modo que no se ponga en peligro su seguridad, por ejemplo aceptando el testimonio por conducto de tecnologías de comunicaciones como videoconferencia u otros medios adecuados.*

El Código Penal, en este caso, si ha retomado esta obligación, considerando en su Art. 110.6, que *las víctimas de trata de personas podrán ingresar al programa de víctimas y testigos.*

Aún más, de acuerdo al Art. 502, se establecen una serie de Reglas generales para el testimonio de la víctima que muy bien pueden colaborar para procurar dicha seguridad física de la víctima. En este sentido encontramos las siguientes:

- La o el juzgador podrá recibir como prueba anticipada los testimonios. Si la persona reside en el extranjero, se procederá conforme con las normas internacionales o nacionales para el auxilio y la cooperación judicial. Si es posible se establecerá comunicación telemática.

- Las niñas, niños y adolescentes declararán sin juramento, pero con la presencia de sus representantes o un curador que será nombrado y posesionado en la misma audiencia de juicio.
- Las personas que sean llamadas a declarar y que se encuentren en situación de riesgo tendrán derecho al resguardo proporcionado por la o el fiscal a través del Sistema de Protección a Víctimas y Testigos y otros participantes en el Proceso Penal a fin de que se garantice su integridad personal, su testimonio y comparecencia a la audiencia de juicio, en la que puedan rendir su testimonio a través de medios tecnológicos o de caracterización que aseguren su integridad.

Y es que el propio Reglamento del Sistema de Protección a Víctimas y Testigos, en su disposición 6.1.1) considera como Víctimas de atención prioritaria a las *víctimas de trata, tráfico ilícito de migrantes, refugio, retorno migratorio, desplazamiento interno, entre otras;*

#### v. Permisos de residencia

En este apartado, el Protocolo es claro al determinar que *cada Estado Parte adoptará medidas legislativas u otras medidas apropiadas que permitan a las víctimas de la trata de personas permanecer en su territorio, temporal o permanentemente, cuando proceda, dando la debida consideración a factores humanitarios y personales.*

Si bien esta disposición sigue siendo de aplicación directa, en virtud del 417 constitucional, no hay legislación que hoy en día proporcione una visa para Víctimas de trata. No obstante, hay algunos avances en la materia. Y es que la propia Agenda de Igualdad para la personas en situación de Movilidad Humana (ANIMHU) prevé en su apartado 6.1.2 (Política 2) *Incorporar al proceso ordinario de regularización un sistema de visas especiales que brinden protección a personas inmigrantes en Ecuador con vulnerabilidades específicas, atendiendo prioritariamente a víctimas de trata, niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados, víctimas de delitos de odio, y personas con enfermedades catastróficas o personas con discapacidad.* Hasta la fecha de impresión de esta publicación este sistema de visas especiales no ha sido desarrollado.

vi. Procesos de Repatriación Informada y en Condiciones de Seguridad

**Palermo es tajante al declarar que (Art. 8.1.)**

1. *El Estado Parte del que sea nacional una víctima de la trata de personas o en el que ésta tuviese derecho de residencia permanente en el momento de su entrada en el territorio del Estado Parte receptor facilitará y aceptará, sin demora indebida o injustificada, la repatriación de esa persona teniendo debidamente en cuenta su seguridad.*
2. *Cuando un Estado Parte disponga la repatriación de una víctima, velará por que dicha repatriación se realice teniendo debidamente en cuenta la seguridad de esa persona.*
3. *A fin de facilitar la repatriación de toda víctima de la trata de personas que carezca de la debida documentación, el Estado Parte del que esa persona sea nacional o en el que tuviese derecho de residencia permanente convendrá en expedir, previa solicitud del Estado Parte receptor, los documentos de viaje o autorización de otro tipo que sean necesarios para que la persona pueda viajar a su territorio y reingresar en él.*

De nuevo, y a falta de disposiciones internas que regulen estos procesos, el Protocolo sigue manteniendo su obligatoriedad en el ordenamiento interno en base a las disposiciones constitucionales. La falta de una legislación de desarrollo no puede ser el impedimento para el acceso a este derecho.

vii. No punibilidad de la víctima de trata

El Art. 93 del Código Penal introduce esta disposición que contiene una elevadísima importancia. Consiste en que *la víctima no es punible por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata. Tampoco se aplicarán las sanciones o impedimentos previstos en la legislación migratoria cuando las infracciones son consecuencia de la actividad desplegada durante la comisión del ilícito del que fueron sujetas.*

En torno a este tema, bien es sabido que las redes de trata en muchos casos están ligadas a otros delitos conexos o bien la forma de trata es per se un delito (véase por ejemplo los casos de transporte de drogas o *mulas*). Precisamente por la naturaleza de las vulneraciones de derechos humanos que la trata implica, las víctimas no deben sufrir una imputación por estos hechos delictivos o victimización secundaria derivada de los procesos de justicia. Es más, en muchos de los casos de trata externa o internacional, el uso de documentación migratoria falsa es muy común.

#### viii. Medidas Cautelares y de Protección

Podemos hallar algunas otras medidas que colaboran a proteger la seguridad física o algunos otros derechos de las víctimas dentro del ordenamiento penal ecuatoriano.

De esta forma, el Artículo 519 del Código permite que la o el juzgador pueda ordenar una o varias medidas cautelares y de protección previstas en este Código con el fin de *proteger los derechos de las víctimas y demás participantes en el proceso penal; garantizar la presencia de la persona procesada en el proceso penal, el cumplimiento de la pena y la reparación integral; evitar que se destruya u obstaculice la práctica de pruebas que desaparezcan elementos de convicción; y garantizar la reparación integral a las víctimas.*

Con ello, podemos distinguir entre medidas cautelares, entre las que encontramos (Artículo 522):

- Prohibición de ausentarse del país.
- Obligación de presentarse periódicamente ante la o el juzgador que conoce el proceso o ante la autoridad o institución que designe.
- Arresto domiciliario.
- Dispositivo de vigilancia electrónica.
- Detención.
- Prisión preventiva.

O las medidas de protección, cuyas modalidades son (Artículo 558)

- Prohibición a la persona procesada de concurrir a determinados lugares o reuniones.

- Prohibición a la persona procesada de acercarse a la víctima, testigos y a determinadas personas, en cualquier lugar donde se encuentren.
- Prohibición a la persona procesada de realizar actos de persecución o de intimidación a la víctima o a miembros del núcleo familiar por sí mismo o a través de terceros.
- Extensión de una boleta de auxilio a favor de la víctima o de miembros del núcleo familiar en el caso de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.
- Orden de salida de la persona procesada de la vivienda o morada, si la convivencia implica un riesgo para la seguridad física, psíquica o sexual de la víctima o testigo.
- Reintegro al domicilio a la víctima o testigo y salida simultánea de la persona procesada, cuando se trate de una vivienda común y sea necesario proteger la integridad personal de estos.
- Privación a la persona procesada de la custodia de la víctima niña, niño o adolescente o persona con discapacidad y en caso de ser necesario nombramiento a una persona idónea como su tutora, tutor o curadora o curador, de acuerdo con las normas especializadas en niñez y adolescencia o el derecho civil, según corresponda.
- Suspensión del permiso de tenencia o porte de armas de la persona procesada si lo tiene o retención de las mismas.
- Ordenar el tratamiento respectivo al que deben someterse la persona procesada o la víctima y sus hijos/as menores de dieciocho años, si es el caso.
- Cuando se trate infracciones de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, además de las medidas cautelares y de protección prevista en este Código, la o el juzgador fijará simultáneamente una pensión que permita la subsistencia de las personas perjudicadas por la agresión de conformidad con la normativa sobre la materia, salvo que ya tenga una pensión.

ix. Otros elementos de protección

Además de lo dicho, existen otras normas internas que mejoran la protección de derechos de las víctimas de trata. Así pues, dentro de las disposiciones comunes (Art. 110) a los delitos de trata de personas en el Código penal, se dispone que:

1. *En estos delitos, la o el juzgador, adicional a la pena privativa de libertad podrá imponer una o varias penas no privativas de libertad.*

La importancia de esta regulación radica en que pueden imponerse, además de la sanción penal, otras penas adicionales no penitenciarias. En este caso, por ejemplo, el cierre de empresas o locales donde ha tenido lugar la explotación de seres humanos puede ser una buena opción. Incluso, penas de inhabilitación en casos de servidores públicos, etc.

2. *Para estos delitos no cabe la atenuante.*

En este caso, esta disposición tiene un alto componente de reparación hacia la víctima, dado que los atenuantes por cualquier motivo no son alegables, elementos muy recurridos en el pasado para reducir drásticamente las penas.

3. *El comportamiento público o privado de la víctima, anterior a la comisión de la infracción, no es considerado dentro del proceso.*

Esta tipificación es clave en el delito de trata de personas. En muchos casos podemos encontrar trabajadoras sexuales que han caído en redes de trata de personas o condiciones de explotación. Su condición de trabajadoras sexuales no puede considerarse como elemento moral para desquitar la responsabilidad de los y las tratantes.

Finalmente, es de destacar el artículo 412 del propio COIP (Principio de oportunidad), en virtud del cual:

*La o el fiscal no podrá abstenerse de iniciar la investigación penal en los casos de delitos por graves violaciones a los derechos humanos y delitos contra el derecho internacional humanitario, delitos contra la integridad sexual y reproductiva, delincuencia organizada, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, trata de personas, tráfico de migrantes, delitos de odio, de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización y delitos contra la estructura del Estado constitucional de derechos y justicia.*

Con esta disposición la trata de personas se impone como un delito de acción pública que debe ser perseguido por el Estado *de oficio* en todos los casos (anteriormente sólo era así en los casos de NNA). De esta manera, el Estado

Ecuatoriano comprende la trata como una vulneración de derechos humanos que afecta a la sociedad y a la ciudadanía, otorgándole la importancia debida.

#### **e. Reparación a las víctimas de trata de personas**

Con anterioridad a 2014, a través de la vía penal, una sentencia en materia de trata de personas podía derivar en absolución o sanción punitiva al/a procesado/a. Sin embargo, no existía reparación para las víctimas, sino que debía abrirse la vía civil para estos efectos. Afortunadamente, nuestro Código Orgánico Integral Penal vigente ha fusionado las vías de reparación civil y penal en un sólo proceso. Así, este Código reserva un apartado específico en materia de reparaciones, que no son cualquier tipo de reparación sino que éstas deben ser **integrales**.

**Artículo 77 del COIP- Reparación integral de los daños.-** La reparación integral radicará en la solución que objetiva y simbólicamente restituya, en la medida de lo posible, al estado anterior de la comisión del hecho y satisfaga a la víctima, cesando los efectos de las infracciones perpetradas.

Además de la definición, el Código incorpora muchos de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos en materia de reparaciones integrales, un gran avance en la materia a nivel nacional y regional. De esta forma, incluye todas las modalidades de reparación que el sistema judicial debe tener en cuenta a la hora de dictar sentencia:

#### **Artículo 78.- Mecanismos de reparación integral.-**

**La restitución:** restablecimiento de la libertad, de la vida familiar, de la ciudadanía o de la nacionalidad, el retorno al país de residencia anterior, la recuperación del empleo o de la propiedad así como al restablecimiento de los derechos políticos.

**La rehabilitación:** recuperación de las personas mediante la atención médica y psicológica así como a garantizar la prestación de servicios jurídicos y sociales necesarios para esos fines.

**Las indemnizaciones de daños materiales e inmateriales:** compensación por

todo perjuicio que resulte como consecuencia de una infracción penal y que sea evaluable económicamente.

***Las medidas de satisfacción o simbólicas:*** la declaración de la decisión judicial de reparar la dignidad, la reputación, la disculpa y el reconocimiento público de los hechos y de las responsabilidades, las conmemoraciones y los homenajes a las víctimas, la enseñanza y la difusión de la verdad histórica.

***Las garantías de no repetición:*** la prevención de infracciones penales y a la creación de condiciones suficientes para evitar la repetición de las mismas. Se identifican con la adopción de las medidas necesarias para evitar que las víctimas sean afectadas con la comisión de nuevos delitos del mismo género.

## V.4 Factores de riesgo para la trata de personas<sup>236</sup>

El análisis de las diversas causas intrínsecas a la Trata de Personas nos ayuda a comprenderla mejor y a implementar medidas de prevención para eliminarla. Las causas son variadas y complejas y se diferencian de un país a otro.

Una buena comprensión de por qué ocurre la trata de personas requiere no sólo de la consideración de los cambios sociales y económicos a nivel global y regional, sino también un análisis al nivel local, a nivel del contexto específico, en los lugares en donde comienza el proceso de la Trata.

En este apartado mencionaremos algunos de los factores que contribuyen a la consolidación y mantenimiento de la Trata de Personas, tanto exógenos o estructurales como los endógenos.

Si bien es importante entender que la Trata de Personas ocurre en todos y cada uno de los países del mundo, con frecuencia, las personas son víctimas de la Trata desde países en los que existen problemas económicos, ambientales o

---

<sup>236</sup> Sección elaborada teniendo como bases: el Manual Derechos Humanos y Trata de Personas, Alianza Global Contra La Trata De Mujeres, 2003; y Manual de Información y Prevención de Trata de Personas, Primera edición, 2013, Gobierno del Estado de Puebla.

políticos, hacia otras ciudades del mismo país u otro en donde aparentemente la calidad de vida para las personas es mayor<sup>237</sup>

### **a) Factores exógenos o estructurales.**

Incluyen factores de riesgo de carácter social, estructural, así como circunstancial, que van de la mano con la historia de vida de cada una de las víctimas de la trata de personas y en relación con la región en la que éstas se desarrollan. Es decir, los elementos personales están influenciados por aspectos como la educación, la cultura, la economía, la ocupación laboral, etc., así como patrones conductuales que reflejan relaciones de dominio entre géneros, como son el machismo, la violencia física, psicológica y sexual.

Entre los más comunes se encuentran<sup>238</sup>:

- Pobreza y desempleo
- Globalización de la economía
- Feminización de la pobreza y de la migración
- Estrategias de desarrollo, por ejemplo, el turismo
- Situaciones de conflicto armado
- Discriminación en razón del género
- Leyes y políticas sobre la migración y el trabajo de migrantes
- Leyes y políticas sobre prostitución
- Corrupción de las autoridades
- Utilidades altas
- Participación del crimen organizado
- Prácticas culturales y religiosas

A continuación, una breve explicación de algunos de estos factores:

#### *1. Factores Económicos*

La globalización es el proceso mediante el cual los países se han desplazado, y se están desplazando en forma creciente, hacia una economía libre y universal. Se

---

<sup>237</sup> Manual Derechos Humanos y Trata de Personas, Alianza Global Contra La Trata De Mujeres, 2003.

<sup>238</sup> Wijers & Lap-Chew, Trata de Mujeres, Trabajo Forzado y Prácticas Esclavistas en el Matrimonio, el Trabajo Doméstico y la Prostitución, STV, Utrecht 1997, en 87.

refleja en la reducción de las barreras al comercio, la ayuda y el fomento al libre traslado de bienes alrededor del mundo y la desregulación y la privatización de las economías. Los efectos de este proceso son múltiples y complejos; uno de los efectos es el aumento en el desempleo. No hay duda de que los cambios económicos que se han producido en razón de la globalización han tenido un impacto en el crecimiento de la Trata de Personas en los últimos años.

En muchas industrias, la globalización ha significado la búsqueda implacable por la maximización de las utilidades en las empresas que quieren poder competir en la economía del mercado internacional. Esto ha causado un rápido crecimiento del sector laboral informal, como las ventas ambulantes en las calles, al igual que el trabajo no regulado en fábricas, especialmente en las industrias de zonas francas para la exportación. En la mayoría de los casos, los y las trabajadoras se han tornado más vulnerables y son sometidos a condiciones de trabajo abusivas, ya que estas áreas de trabajo marginadas y no reguladas no son visibles, por lo que no están sujetas a las leyes laborales y la regulación.

Las tendencias recientes en la globalización también han descompuesto la estructura familiar tradicional en muchos hogares rurales. Cada integrante de la familia se ha convertido en “una unidad de trabajo separada e independiente, para ser conectada al mercado laboral moderno”<sup>239</sup>.

Así, el desempleo, la baja tasa ocupacional, el subempleo, la falta de oportunidades educativas, especialmente en las regiones rurales, son factores que afectan tanto a hombres como mujeres. Los bajos índices ocupacionales, la inestabilidad laboral, el subempleo o el comercio informal, ocasionan incertidumbre en la población económicamente activa que genera ingresos inmediatos y de corta duración, que limita los planes a futuro y la prosperidad.

Estas condiciones propician la búsqueda de empleos adicionales o la migración, con el propósito de obtener mejores oportunidades y/o condiciones laborales, o simplemente elevar el ingreso económico. Es en estas circunstancias, en donde parte de la población que busca satisfacer sus expectativas económicas, se ve atrapada en las redes dedicadas a la trata de personas.

---

<sup>239</sup> Sanghera, *Trata de Mujeres y Niños en el Sur de Asia: Haciendo Inventario y Avanzando*, Alianza UNICEFROSA y Salvemos los Niños, Delhi, 1999, en 4.

## 2. *Migración y Feminización de la Migración*

Las reformas económicas han sido particularmente severas para las mujeres: Por un lado, más y más mujeres son cabeza de familia y soportan el peso

financiero de criar hijos/as. Esto es especialmente cierto en los hogares rurales en los que los esposos con frecuencia se desplazan a trabajar la mayor parte del tiempo en un pueblo o una ciudad o país y con frecuencia no envían nada de lo que ganan al hogar.

A la par, sigue siendo común el hecho de ver a mujeres madres solteras, que mantienen su hogar debido a un proceso de ausentismo por parte del padre de sus hijos e hijas.

A ello se une que los salarios de los hombres han bajado, por lo que mientras anteriormente un ingreso podía proporcionar el sustento de una familia, ahora se requieren dos. En consecuencia, algunas mujeres buscan trabajo remunerado u oportunidades para sostener a sus hijos/as o a sus hermanos/as menores; algunas emigran para casarse; otras mujeres emigran para escapar de situaciones de violencia doméstica.

Debido a su limitado grado de educación (derivado de la existencia mundial del patriarcado y el capitalismo), las oportunidades y las opciones de empleo para las mujeres son extremadamente limitadas, tanto en su país como en el exterior.

Las mujeres, especialmente las mujeres migrantes de los países en vías de desarrollo, encuentran mayoritariamente empleo en el entretenimiento, como trabajadoras sexuales, trabajadoras en fábricas y en el empleo doméstico (lamentablemente, opciones laborales asociadas a las mujeres). Estas son las pocas opciones de empleo que están al alcance de ellas si desean migrar para buscar trabajo. La otra opción es el matrimonio.

Las pocas opciones que son relegadas a las mujeres, hacen que éstas puedan tener un mayor riesgo de caer en redes de trata de personas, bien sea antes de comenzar su proceso migratorio, durante el proceso migratorio o habiéndose ya establecido en el destino.

### 3. *Discriminación en razón del Género*

La discriminación por el género es una razón muy potente por la cual son las mujeres y niñas quienes constituyen la mayor parte de las personas víctimas de la Trata. La discriminación en razón del género se demuestra en el “bajo status” de las mujeres cuando se las compara con los hombres, especialmente en los países en vías de desarrollo, la carencia de educación para las niñas, la expectativa de que la mujer desempeñe ciertos papeles y que sea prácticamente la única responsable de sus hijos/as, al igual que la discriminación contra las mujeres en la participación política, la sexualidad, las costumbres y las prácticas sociales.

La discriminación en base al género se encuentra arraigada especialmente en la estructura del mercado laboral y en las oportunidades de empleo a las que pueden acceder las mujeres, pero también en nuestras sociedades patriarcales en general. Una perspectiva feminista para la protección de los derechos de las personas migrantes y objeto de Trata es importante, con el fin de asegurarse de que las acciones que se emprendan no obren para malversar o poner en peligro los derechos de las mujeres.

Otra de las graves manifestaciones de discriminación de Género es sin duda el incremento de los consumidores. Comúnmente las instituciones públicas que abordan el delito de trata de personas, focalizan principalmente su atención **en el victimario o tratante**, por ser éste quien perjudica directamente a la víctima, someténdola a cualquier tipo de explotación, beneficiándose de ello, y que por lo tanto, al castigarle o penalizar su actuar ilícito, tendrán como resultado la disminución en la incidencia de este delito y por otra parte proveerán de “justicia” a la persona afectada.

En años recientes, se ha volteado la mirada hacia la víctima, orientada a brindarle una atención adecuada para evitar su revictimización y a la vez su reintegración asertiva a la sociedad. Lamentablemente, hoy en día apenas se ha comenzado a fijar el interés hacia el **victimario “anónimo”**, aquel que participa de este delito en el marco de la legalidad, esto es, el cliente.

Sin un perfil específico y escudado bajo su derecho de libre consumo, el cliente tiene una función primordial en la subsistencia de la trata de personas, es muy simple: a mayor demanda mayor oferta. Con la aparente incapacidad de

comprender el daño que ocasiona, el cliente hace uso, consciente o inconsciente, de los servicios que las víctimas “ofrecen” al mercado, convirtiendo a las víctimas de este delito en instrumentos que permitan satisfacer sus necesidades y alcanzar de manera más sencilla y económica el logro de sus objetivos.

#### 4. *Violencia intrafamiliar*

La violencia de género, la violencia dirigida a los y las menores de edad, la desintegración familiar, el abandono del hogar, etc., tienen un papel fundamental como factores de riesgo.

Considerada como un importante núcleo social, la familia, en su dinámica cotidiana, en muchas ocasiones facilita los medios para la victimización. La deficiente comunicación, los conflictos familiares, los roles confusos, la precariedad económica, los usos y costumbres, los pobres lazos afectivos, etc., generan relaciones disfuncionales nocivas que obstaculizan una buena adaptación al entorno social; deficiencias que son aprovechadas por los y las tratantes, quienes sacan partido de dichas situaciones.

Al mismo tiempo, se considera que la mayoría de las mujeres y niñas que son prostitutas declaran haber sido víctimas en su infancia de abusos sexuales masculinos, prostitución infantil, incesto, maltrato físico, abusos, venta o cesión<sup>240</sup>. En este sentido, las investigadoras Mimi Silbert y Ayala Pines en un estudio realizado a 200 mujeres que habían sido prostitutas<sup>241</sup>, encontraron 193 casos de violación y 178 experiencias de abusos sexuales en la infancia. Una cuarta parte de estas jóvenes prostitutas, también habían sido víctimas de la pornografía infantil (una forma de trata de acuerdo al COIP).

La asociación española APRAMP igualmente concluye que

---

<sup>240</sup> O'Connor, M. y Healy, G. (2006). Los vínculos de unión entre la prostitución y la trata de seres humanos con fines de explotación sexual: Guía informativa, Coalición contra el tráfico de Mujeres (CATW) y Lobby Europeo de Mujeres (LEM), pp. 7 en <http://www.catwlac.org/inicio/2013/10/16/los-vinculos-de-union-entre-la-prostitucion-y-la-trata-de-seres-humanos-con-fines-de-explotacion-sexual-catw-lem-2006/>.

<sup>241</sup> Silbert, M. y Pines, A. (1984). “Pornography and Sexual Abuse of Women”, Revista Sex Roles, Núm. 11/12, pp. 857-869.

“[L]a pobreza, la dependencia, una educación inadecuada, la falta de vivienda, la adicción a drogas, la discriminación sexual y racial son temas que aparecen constantemente en las historias personales de mujeres y niñas que están siendo o han sido prostitutas. Estudios internacionales demuestran que entre el 65% y el 90% de mujeres y niñas prostitutas, fueron víctimas de abusos sexuales por parte de familiares o conocidos de sexo masculino”<sup>242</sup>.

El Comité de América Latina y el Caribe para la defensa de los Derechos de la Mujer, CLADEM, señala asimismo que

“[l]a violencia sexual ejercida sobre los/as niños/as: incesto, violación y abusos sexuales, en general, van marcando un camino en la psiquis de los abusados, que “naturaliza” y se repite en la historia personal y generacional. No todas las personas que han sido violadas o abusadas sexualmente en la niñez ingresan posteriormente en la prostitución [o trata sexual], pero en toda vida de prostitución existe una historia de violencia sexual en la niñez (personal o familiar)”<sup>243</sup>.

##### 5. *Leyes y Políticas de Migración*

En los países con mayor desarrollo existe una alta demanda de trabajo migrante en ciertos sectores tales como el trabajo doméstico, el entretenimiento, las industrias agrícolas y de confecciones, ya que dicho trabajo con frecuencia se paga más barato o se considera indeseable para la ciudadanía de dichos países.

A pesar de ello, existe una flagrante contradicción entre la necesidad de mano de obra y las políticas represivas contra la migración. Las mujeres de los países en vías de desarrollo que viajan solas son especialmente el blanco de los/as funcionarios/as de inmigración y con frecuencia se les niegan la visa y el ingreso a otros países. El efecto resultante de las leyes y políticas represivas para la migración es que las personas que están desesperadas por viajar se inclinan más a utilizar intermediarios/as y a otras personas para facilitar su

---

<sup>242</sup> Apramp (2005). *La prostitución: Claves básicas para reflexionar sobre un problema*, Madrid, APRAMP y Fundación MUJERES, pag. 29.

<sup>243</sup> CLADEM (2003), *Prostitución: ¿Trabajo o esclavitud sexual?*, Lima, Perú, en <http://www.cladem.org/images/archivos/publicaciones/regionales/violencia/dossier-prostitucion.pdf>, pág. 58.

migración, algunas veces hasta valiéndose de documentos falsos y modalidades ilegales de viaje y de ingreso.

### 6. *Conflicto Armado*

La Trata de Personas puede darse en razón de la situación desesperante del propio conflicto y la necesidad de escapar a sus peligros. Crecientemente, la inestabilidad y el conflicto armado (sin recurrir necesariamente al uso real de armas) se han considerado causas estructurales a la Trata de Personas.

Algunas de las formas de trata de personas que podemos encontrar en estos escenarios son:

- El Reclutamiento de Niños, Niñas, Adolescentes (NNA) y Adultos/as para el combate armado. Las guerrillas, los paramilitares y los grupos armados pueden aprovecharse de la pobreza y el abandono estatal en determinadas áreas, realizando reclutamientos para sus filas. Si bien el reclutamiento es tanto para adultos/os y NNA, la utilización de éstos últimos está ligado al hecho de que éstos no son (a priori) imputables de sus actos; pueden ser fácilmente manipulables y con mayor predisposición en su “entrenamiento”.
- El Reclutamiento de Niños, Niñas, Adolescentes (NNA) y Adultos/as para actividades de ranchería o explotación sexual. En muchos casos este reclutamiento también está vinculado a la utilización de personas para la servidumbre en los campamentos o lugares de concentración, cocinando, haciendo el aseo, lavando o con fines de explotación sexual. En ocasiones, incluso, las mujeres reclutadas son obligadas a abortar en condiciones de grave inseguridad y falta de higiene.
- Derivado de los conflictos armados se produce el desplazamiento forzado de las personas a otras zonas del mismo país, huyendo de las situaciones de persecución a las que se habían enfrentado. Estas circunstancias provocan especialmente “éxodos rurales” hacia las grandes capitales. Las mujeres y niñas adquieren en estos escenarios una alta vulnerabilidad a caer en situaciones de explotación por servidumbre doméstica, explotación laboral y explotación sexual.

- Otras formas de trata derivadas del conflicto armado incluyen: la utilización de personas para actividades ilícitas (extorsiones, robos, pago de “rentas” o “vacunas”, etc.) el entrenamiento de personas para el sicariato, explotación laboral en plantaciones y laboratorios de droga o estupefacientes, el uso de personas para actividades de inteligencia (informantes, espionaje, “halcones”, “dedos”, etc.)

### 7. *Corrupción de las Autoridades*

La corrupción de las autoridades juega indudablemente un papel significativo al facilitar el proceso de la Trata de Personas. La Relatora Especial de las Naciones Unidas para la Violencia Contra la Mujer ha informado de altos niveles de participación y complicidad de los Gobiernos<sup>244</sup>.

Asimismo, la propia Agencia de Naciones Unidas contra el Crimen Organizado (UNODC) ha reconocido que la corrupción es un elemento clave para el desarrollo de la trata de personas<sup>245</sup>.

En este sentido, el Consejo de Europa elaboró un primer informe sobre este tema en 2002<sup>246</sup> proporcionando un análisis inicial donde enumera los momentos en que la corrupción facilita el proceso de la trata y a quienes. Así, el informe se hace eco de la participación de: la policía, los funcionarios de aduanas, embajadas/consulados, autoridades de control de fronteras, servicios de inmigración, otras agencias del orden público, las fuerzas de la inteligencia/seguridad, fuerzas armadas (nacionales o internacionales), funcionarios locales, personas/grupos/partes con influencia sobre los funcionarios públicos, parlamentarios, funcionarios de gobierno, fiscales, jueces de instrucción, etc.

---

<sup>244</sup> Coomaraswamy, Informe rendido por la Relatora Especial sobre Violencia Contra la Mujer, sus causas y consecuencias, Señora Radhika Coomaraswamy, entregado en concordancia con la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos, U.N. Doc E/ CN.4/ 1997 / 47.

<sup>245</sup> UNODC (2011). *The Role of Corruption in Trafficking in Persons*, Issue Paper, Viena, Agencia de Naciones Unidas contra el Crimen Organizado, Anti-Slavery International y Transparency International. Pág. 4.

<sup>246</sup> Consejo de Europa (2002), *La trata de personas y la corrupción*. Seminario regional del Programa contra la corrupción y la delincuencia organizada en la cooperación Sur- Europa del Este, Portoroz, Eslovenia, en <http://lastradainternational.org/lisidocs/297%20Trafficking%20and%20Corruption%20%28PACO%29.pdf>.

Y es que una violación de derechos humanos que genera un monto de treinta y dos mil millones de dólares anuales<sup>247</sup> no puede fácilmente discurrir sin este tipo de participación y/o involucramiento.

A la par, debemos mencionar, tal y como establece la propia UNODC<sup>248</sup>, que la percepción sobre la corrupción que mantienen las víctimas de trata es un factor crucial a tener en cuenta, pues esa sensación de corrupción es utilizada por los tratantes tanto para el proceso de reclutamiento como para el proceso de control y “poder” sobre las mismas. Así, los tratantes utilizan esa percepción de corrupción para someter y amenazar a sus víctimas, haciéndoles ver la futilidad de sus intentos de escape, pues la policía corrupta las traerá de vuelta, o las violará y golpeará.

Incluso, en los países donde el estado de derecho es cuestionado, existen reticencias a la hora de la denuncia, tanto por las posibles represalias (impunes) que puedan tener los tratantes, como por la falta de confianza en el hecho de que tal información tenga, efectivamente, algún tipo de consecuencia sobre los autores. Como consecuencia, *“la experiencia de la corrupción o de la percepción de la corrupción tienden a contribuir significativamente al éxito en el control de las víctimas de la trata y su renuencia a denunciar el delito”*<sup>249</sup>.

### 8. Prácticas Religiosas y Culturales

Prácticas religiosas y culturales tales como el ‘trokosi’ en Ghana o las similares ‘devadasi’ y ‘devaki’ en India y Nepal, muestran claramente cómo la Trata de Personas y las prácticas esclavistas pueden llegar a ser institucionalizadas y aceptadas por una sociedad, como una práctica cultural normal.

El ‘trokosi’ es una práctica cultural en Ghana que a su vez es una forma tradicional de esclavitud. ‘Trokosi’ significa ‘esclava de una deidad’. Una familia se vuelve apta para ofrecer ‘trokosi’ a un sacerdote cuando uno de sus miembros

---

<sup>247</sup> Organización Internacional del Trabajo (2005), A Global Alliance Against Forced Labor, Global Report Under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, en [http://www.ilo.org/global/publications/ilo-bookstore/order-online/books/WCMS\\_081882/lang-en/index.htm](http://www.ilo.org/global/publications/ilo-bookstore/order-online/books/WCMS_081882/lang-en/index.htm).

<sup>248</sup> UNODC (2011). *Ibíd.* Pág. 12-13.

<sup>249</sup> UNODC (2011). *Ibíd.* Pág. 13.

comete un delito o cuando una calamidad golpea a dicha familia, por ejemplo una muerte repentina. La familia entrega una niña o chica virgen (integrante de la familia extendida) a un templo donde la chica es sometida a la voluntad del sacerdote del templo. La chica es forzada a pasar el resto de su vida en el templo, prestando servicios domésticos y sexuales sin remuneración alguna. Son muchas las muchachas que se convierten en esclavas, de manera que el sacerdote tiene un ‘harem’ de chicas. Frecuentemente se les castiga a latigazos o negándoles el alimento por ofensas como rehusarse al sexo, salir del templo sin permiso, huir o por tardanza en sus ‘deberes’. El ‘trokosi’ fue declarado como una violación de los Derechos Humanos de la mujer en 1997 y en 1999 se le declaró como práctica ilegal en Ghana. Sin embargo, los tradicionalistas conservan la práctica y aún hoy miles de chicas y jóvenes mujeres continúan bajo el ‘trokosi’, la ‘devadasi’ y la ‘devaki’.

En el Ecuador una práctica cultural común es el matrimonio temprano y servil de niñas en comunidades de pueblos originarios. Al mismo tiempo, se considera “normal” que niñas y adolescentes puedan ser “entregadas” o puedan trabajar realizando todas las labores en los hogares, siendo que aún no se observa que esto constituye una forma de explotación o trata.

### ***b) Factores endógenos.***

Comprenden los aspectos propios de la individualidad de la víctima y que pueden enmarcarse en aspectos biológicos y psicológicos. Estas características propias del individuo coinciden, voluntaria e involuntariamente, con los “requerimientos” que exige el victimario y que, en el caso del delito de trata de personas, van a condicionar el tipo de explotación a la que será sometida la víctima.

Entre los principales factores endógenos podemos señalar:

#### ***i. Edad.***

En este apartado se presenta mayor vulnerabilidad en sus extremos: la niñez y la vejez. En ambos casos las características fisiológicas como las propias de la etapa de desarrollo, facilitan el abuso por parte de los tratantes, tales como la intimidación, el engaño, el chantaje y finalmente la explotación. Para el caso de

los niños, niñas y adolescentes, éstos se transforman en mercancía de larga vida útil, que permite la explotación en diferentes modalidades.

ii. Sexo.

Frecuentemente el sexo va ligado a los roles de género; las relaciones interpersonales que se dan entre ambos sexos, así como entre personas del mismo sexo, están condicionadas al menos en primera instancia, a las expectativas que se tienen de esos roles, determinados principalmente por el contexto sociocultural.

La trata de personas no es ciega a estos roles y patrones socioculturales aceptados. En este sentido y en función de la modalidad de trata de personas ante la que nos encontremos observaremos la “utilización” de un tipo de persona asociada a tales patrones. Así, en la trata sexual veremos una grandísima mayoría de mujeres, niñas y adolescentes junto a población LGTBIQ. En la trata laboral, tendremos que ver el tipo de explotación laboral: así, en la maquila textil es extremadamente común la utilización de mujeres y niñas, mientras que en las minas, veremos mayormente la utilización de hombres; la comercialización de órganos y tejidos buscará sobre todo niños, niñas y adolescentes, pues sus órganos están en mejores condiciones y al mismo tiempo son más fácilmente “captables”; en cuanto a matrimonio forzado, temprano o servil veremos específicamente el caso de niñas, adolescentes y mujeres; para el reclutamiento forzado para el conflicto armado, dependerá del tipo de actividad: si hablamos del uso de personas para el combate, será más común la utilización de niños y hombres, mientras que para las actividades de ranchería y explotación sexual será sobre todo niñas, adolescentes y mujeres.

iii. Trastornos de la personalidad, discapacidades y potencial intelectual limitado.

Las afectaciones en el área cognoscitiva, en la senso-percepción y/o en la motricidad, son comúnmente aprovechadas por los tratantes tanto para la captación como para la explotación, principalmente para la mendicidad obligada, aunque esto no los excluye de algún otro tipo de explotación. La escasez de estrategias dirigidas a este grupo poblacional, agudiza su vulnerabilidad, aumentando el riesgo de ser víctima de algún otro delito paralelo a la trata

de personas, o posterior a éste si es el caso; o bien de ser re-victimizado/a al brindarle la atención.

A la par, es mencionable considerar que derivado de las situaciones de trata de personas, muchas víctimas desarrollan precisamente trastornos de la personalidad, discapacidades físicas y mentales, lo que igualmente no deja de ser algo aprovechado por sus tratantes y que debe ser tomado en cuenta por las organizaciones sociales y la institucionalidad pública de tal manera que los procesos de atención integral desarrollen estrategias específicas que aborden estas problemáticas.

iv. Esfera afectiva.

Sentimientos, emociones, motivaciones, atracciones y rechazos que son inherentes a la condición humana. Cabe resaltar este aspecto del ser humano, ya que es éste el que regirá la calidad de las relaciones interpersonales y la relación con el entorno. Es común que en la dinámica social se menosprecie o desvalore la esfera afectiva, resaltando constantemente lo cuantitativo por encima de lo cualitativo, lo banal sobre lo esencial. Donde prevalece este esquema de valores se aprecia la deshumanización del ser humano o, citando a Jean-Paul Sartre, su “cosificación”.

El desapego emocional, las relaciones conflictivas, la frustración, la desesperanza, etc., atenúan la vulnerabilidad de las personas, suprimiendo otras cualidades como son las físicas e intelectuales. Una oferta esperanzadora que compense, equilibre o desvanezca los conflictos en la esfera afectiva, será aceptada de manera poco racional, es ahí donde se manifiesta la vulnerabilidad. Personas con desapego emocional, seguramente se cobijarán en quienes les tratan con respeto y cariño (de ahí también las formas de captación a través del enamoramiento), así mismo sucederá con aquellas que han quedado relegadas del reconocimiento y aceptación social.

## V.5 Indicadores que permiten identificar el delito de trata de personas.

### TRATA DE PERSONAS

#### INDICADORES GENERALES

- Creer que tienen que trabajar contra su voluntad
- Ser incapaces de abandonar su lugar de trabajo
- Mostrar señales de que se están controlando sus movimientos
- Sentir que no se pueden ir de donde están
- Dar muestras de miedo o ansiedad
- Ser objeto de violencia o amenazas de violencia contra ellas/os, sus familiares o sus seres queridos
- Sufrir lesiones que parezcan derivadas de un ataque
- Sufrir lesiones o incapacidad típicas de determinados trabajos o medidas de control
- Sufrir lesiones que parezcan derivadas de la aplicación de medidas de control
- Desconfiar de las autoridades
- Recibir amenazas de que serán entregadas a las autoridades
- Sentir temor de revelar su situación migratoria
- No estar en posesión de sus pasaportes u otros documentos de viaje o de identidad, porque estos documentos están en manos de otra persona
- Tener documentos de identidad o de viaje falsos
- Encontrarse en un tipo de lugar donde es probable que se explote a las personas, o tener vinculaciones con ese lugar
- No estar familiarizadas con el idioma local
- No conocer la dirección de su casa o de su trabajo
- Permitir que otros hablen por ellas cuando se les dirige la palabra directamente
- Actuar como si hubieran recibido instrucciones de otra persona
- Estar obligadas a trabajar en determinadas condiciones

- Ser objeto de castigos para imponerles disciplina
- Ser incapaces de negociar condiciones de trabajo
- Recibir una remuneración escasa o nula
- No tener acceso a sus ingresos
- Trabajar demasiadas horas por día durante períodos prolongados
- No tener días libres
- Vivir en viviendas pobres o que no cumplen con los requisitos mínimos de habitabilidad
- No tener acceso a atención médica
- Tener una interacción limitada o nula con la red social
- Tener un contacto limitado con sus familiares o con personas que no pertenezcan a su entorno inmediato
- Ser incapaces de comunicarse libremente con otros/as
- Tener la impresión de estar obligadas/os por deudas
- Hallarse en una situación de dependencia
- Provenir de un lugar que, según consta, es una fuente de trata de personas
- Haber recibido de facilitadores/as el pago de sus gastos de transporte al país de destino, y estar obligados a reembolsarles esos gastos trabajando o prestando servicios en ese país
- Haber actuado sobre la base de falsas promesas

## TRATA DE PERSONAS

### Niños, Niñas y adolescentes

Los niños/as que han sido objeto de trata pueden:

- No tener acceso a sus padres, madres o tutores
- Parecer intimidados y comportarse en una forma que no corresponde al comportamiento típico de los niños/as de su edad
- No tener amigos/as de su propia edad fuera del trabajo
- No tener acceso a la educación
- No tener tiempo para jugar
- Vivir separados de otros niños/as y en viviendas que no cumplen con los requisitos mínimos de habitabilidad
- Comer separados de otros miembros de la “familia”
- Recibir sólo sobras para comer
- Estar haciendo trabajos que no son adecuados para la niñez.
- Viajar sin estar acompañados por adultos/as
- Viajar en grupos con personas que no son parientes suyos/as

Las siguientes situaciones también pueden indicar que los niños/as han sido objeto de trata:

- La presencia, en tallas para niños/as, de vestimenta generalmente utilizada para trabajo manual o sexual
- La presencia de juguetes, camas y ropa de niños/as en lugares inapropiados como burdeles o fábricas
- La afirmación, por parte de un adulto/a, de que ha “encontrado” a un niño/a que no estaba acompañado por un adulto/a
- El hecho de encontrar a niños/as no acompañados/as provistos de números de teléfono para llamar taxis
- El descubrimiento de casos de adopción ilegal

## TRATA DE PERSONAS

### EXPLOTACIÓN EN EL SERVICIO DOMÉSTICO

En el servicio doméstico pueden:

- Vivir con una familia
- No comer con el resto de la familia
- No tener espacio privado
- Dormir en un espacio compartido o inadecuado
- Ser dadas por desaparecidas por su empleador/a aunque todavía estén viviendo en la casa de éste/a
- No abandonar nunca la casa por motivos sociales, o hacerlo rara vez
- No abandonar nunca la casa sin su empleador/a
- Recibir sólo sobras para comer
- Estar sujetas a insultos, abusos, amenazas o violencia

## TRATA DE PERSONAS

### EXPLOTACIÓN SEXUAL

Las personas que han sido objeto de trata con fines de explotación sexual pueden:

- Ser de cualquier edad, aunque la edad puede variar según el lugar y el mercado
- Trasladarse de un burdel a otro o trabajar en diversos locales
- Ser escoltadas cuando van y vuelven del trabajo, compras, etc.
- Tener tatuajes u otras marcas que indiquen que son “propiedad” de sus explotadores
- Trabajar muchas horas por día o tener pocos o ningún día libre
- Dormir donde trabajan
- Vivir o viajar en grupo, algunas veces con otras mujeres que no hablan el mismo idioma

- Se han fijado avisos en idiomas diferentes del idioma local, salvo en el caso de avisos clave como los relacionados con la salud y la seguridad, por ejemplo
- No existen avisos relativos a la salud y la seguridad
- El empleador/a o el/a gerente es incapaz de mostrar los documentos requeridos para emplear a trabajadores/as de otros países
- El empleador/a o el/a gerente es incapaz de mostrar registros de los salarios pagados a los trabajadores/as
- El equipo está diseñado para ser manejado por niños/as, o ha sido modificado con ese fin
- Hay pruebas de que se están violando las leyes laborales
- Hay pruebas de que los trabajadores/as deben pagar sus herramientas, alimentos o alojamiento o de que esos gastos se están deduciendo de sus salarios

## TRATA DE PERSONAS

### EXPLOTACIÓN LABORAL

Las personas que han sido objeto de trata con fines de explotación laboral son generalmente obligadas a trabajar en sectores como los de agricultura, construcción, entretenimiento, industria de servicios y manufactura (talleres clandestinos).

Las personas que han sido objeto de trata con fines de explotación laboral pueden:

- Vivir en grupos en los mismos lugares en que trabajan y abandonar esas instalaciones muy rara vez, si es que lo hacen
- Vivir en lugares deteriorados e inadecuados, como instalaciones agrícolas o industriales
- No estar vestidas adecuadamente para el trabajo que realizan: por ejemplo, pueden carecer de equipo protector o de prendas de Abrigo
- Recibir sólo sobras para comer
- No tener acceso a sus ingresos
- No tener contrato de trabajo
- Trabajar demasiadas horas por día
- Depender de su empleador/a para una serie de servicios, incluidos el trabajo, el transporte y el alojamiento
- No tener elección para su alojamiento
- No abandonar nunca las instalaciones de trabajo sin su empleador/a
- Ser incapaces de movilizarse libremente
- Estar sujetas a medidas de seguridad destinadas a mantenerlas en las instalaciones de trabajo
- Ser castigadas/os con multas para imponerles disciplina
- Estar sujetas/os a insultos, abusos, amenazas o violencia
- Carecer de capacitación básica y de licencias profesionales

Las siguientes situaciones también pueden indicar que las personas han sido objeto de trata con fines de explotación laboral:

## TRATA DE PERSONAS

### MENDICIDAD Y DELITOS MENORES

comisión de delitos menores pueden:

- Ser niños/as, ancianos/as o migrantes discapacitados/as que tienden a mendigar en lugares públicos y en los medios de transporte públicos
- Ser niños/as que transportan y/o venden drogas ilícitas
- Tener discapacidades físicas que parecen ser el resultado de mutilaciones
- Ser niños/as de la misma nacionalidad u origen étnico que se movilizan en grandes grupos con sólo unos pocos adultos
- Ser menores no acompañados que han sido “encontrados/as” por un/a adulto/a de la misma nacionalidad u origen étnico
- Movilizarse en grupos mientras viajan en los medios de transporte públicos: por ejemplo, pueden recorrer el interior de los trenes
- Participar en las actividades de bandas de delincuentes organizados
- Pertener a bandas integradas por miembros de la misma nacionalidad u origen étnico
- Formar parte de grandes grupos de niños/as que tienen un/a mismo/a guardián/a adulto/a
- Ser castigados si no reúnan o roban lo suficiente
- Vivir con miembros de su banda
- Viajar con miembros de su banda al país de destino
- Vivir, como miembros de una banda, con adultos/as que no son sus padres o madres.
- Movilizarse diariamente en grandes grupos recorriendo distancias considerables

**Las siguientes situaciones también pueden indicar que las personas han sido objeto de trata con fines de mendicidad o de comisión de delitos menores:**

- Surgen nuevas formas de delitos relacionados con bandas
- Hay pruebas de que el grupo de presuntas víctimas se ha movilizado, durante cierto período de tiempo, por una serie de países
- Hay pruebas de que las presuntas víctimas han mendigado o han estado involucradas en la comisión de delitos menores en otro país

## **V.6 Principios básicos para la asistencia a víctimas de trata de personas**

**Principio de igualdad y no discriminación:** El Estado garantizará en todo momento del proceso de identificación, asistencia, protección y reparación, el respeto de los derechos humanos de las personas víctimas de trata sin discriminación alguna por motivos de raza, religión, creencias, edad, situación familiar, cultura, idioma, etnia, origen nacional o social, ciudadanía, género, orientación sexual, opiniones políticas o de otro tipo, discapacidad, el patrimonio, nacimiento, situación de inmigración, el hecho de que la persona haya sido objeto de trata o haya participado en la industria del sexo, o por cualquier otra condición.

**Principio de identificación correcta y oportuna de las víctimas:** El Estado debe garantizar que las acciones judiciales y administrativas tiendan a la oportuna identificación y reconocimiento de las víctimas de trata a fin de procurar la protección y reparación de sus derechos.

**Principio de interpretación conforme:** aplicación de la interpretación armónica entre las normas de derechos humanos internas con el resto del texto de la propia Constitución y con los tratados de derechos humanos.

**Principio pro persona:** Interpretación y aplicación de la norma que más favorezca al efectivo ejercicio de derechos. Este criterio incorpora directamente a la Constitución las normas más favorables de los tratados de derechos humanos, cuyo fin es la protección de la dignidad humana.

**Principio de debida diligencia:** El Estado tiene la obligación de actuar con la diligencia debida para prevenir, investigar, procesar y, en su caso, condenar a los/as perpetradores/as de las violaciones de derechos humanos, en este caso a los y las tratantes de personas.

**Principio de integralidad:** La trata de personas es una violación pluriofensiva de derechos humanos que debe ser abordados desde un enfoque integral de derechos humanos, género, seguridad ciudadana, territorialidad e interculturalidad.

**Principio de protección integral y especializada:** El Estado considerará primordial la protección de la vida, la integridad física y sexual, la libertad y la seguridad de las personas víctimas de trata de personas, los testigos y los familiares directos de la víctima, sin que sea requisito para otorgar la protección la colaboración de la víctima con la investigación o la presentación de la denuncia. Cuando la víctima sea una persona menor de edad debe tomarse en cuenta el interés superior de esta, así como todos sus derechos fundamentales dispuestos en la normativa vigente.

**Protección a víctimas y testigos:** En casos de trata de personas la autoridad judicial correspondiente ordenará las medidas judiciales o administrativas adecuadas y eficientes para la protección de las víctimas, las y los testigos y sus familiares.

**Interés superior de NNA:** En relación con personas con edad inferior a los 18 años, todas las acciones que se adopten, bien sean públicas o privadas, que debe prevalecer el interés superior de la persona, garantizando su correcta reintegración en la sociedad, a través del ejercicio, disfrute y reparación de los derechos lesionados, reconociendo a la persona menor de edad como titular de derechos y favoreciéndola en las decisiones que se tomen para ella. La determinación del interés superior está dada a partir de la condición de sujeto activo de los derechos y las responsabilidades que tiene la persona menor de edad, su edad, el grado de madurez, la capacidad de discernimiento y las demás condiciones personales, las condiciones socioeconómicas donde se desenvuelve y la correspondencia entre el interés individual y el social<sup>250</sup>.

**Principio de proporcionalidad y necesidad:** las medidas de asistencia y protección deben aplicarse de acuerdo con el caso en particular, y las necesidades especiales de las personas víctimas y de los y las dependientes de esta previa valoración técnica. En ningún caso, tales medidas redundarán en desmedro de los derechos fundamentales ni de la dignidad de las víctimas.

**Principio de confidencialidad:** El Estado garantiza la reserva y resguardo de la identidad, la imagen e información de las víctimas de Trata de Personas. Para ello, toda la información y actividad administrativa o jurisdiccional relacionada con el ámbito de protección de las víctimas del delito de la trata de personas, sus dependientes y testigos serán de carácter confidencial, por lo que su utilización

---

<sup>250</sup> Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas.

deberá estar reservada exclusivamente para los fines de la investigación o del proceso respectivo. Esta obligación se extiende a todas las instancias judiciales y administrativas, tanto públicas como privadas, así como a todos los medios de comunicación colectiva y redes sociales.

**Principio de no re-victimización:** en los procesos de atención, protección y asistencia debe evitarse toda acción u omisión que lesione el estado físico, mental o psíquico de la víctima, incluyendo la exposición ante los medios de comunicación colectiva y las redes sociales.

**Principio de prioridad social:** Las víctimas de Trata de Personas tendrán atención y protección integral prioritaria en todas las entidades públicas y privadas.

**Principio de Gratuidad:** El Estado debe garantizar a las víctimas de trata de personas el acceso gratuito a la prestación de los servicios integrales, particularmente la asistencia médica, incluyendo terapias psicológicas y tratamientos especializados, asistencia legal gratuita o cualquier otro gasto derivado de la administración de justicia.

**Principio de celeridad:** El Estado debe garantizar a las víctimas de trata de personas la prestación de servicios integrales de manera oportuna, eficaz y sin dilaciones.

**Principio de respeto al consentimiento previo, libre e informado:** La víctima de trata de personas será informada de todos los procesos relacionados con su tratamiento integral. La información se remitirá de forma clara, precisa y en idioma comprensible. Las opiniones y las necesidades específicas de las víctimas deben ser consideradas cuando se tomen decisiones que las afecten. En el caso de niños, niñas y adolescentes, el derecho de expresión debe ser garantizado en todas las etapas del proceso, atendiendo siempre a su interés superior. No podrá someterse a la víctima de trata en contra de su voluntad y desconocimiento, a exámenes médicos, psicológicos, interrogatorios, comparecencias y otros procedimientos que impliquen su re victimización. El Estado reconocerá a las víctimas de trata un período de reflexión y recuperación.

**Principio de participación:** Se han de establecer las medidas necesarias para facilitar la participación de las víctimas en todas las etapas, especialmente en los procesos judiciales. Además, se atenderá a medidas especiales de

participación en aquellos casos en que las víctimas se encuentren fuera del territorio ecuatoriano. En el caso de las personas menores de edad, el derecho de expresión debe ser garantizado en todas las etapas del proceso, atendiendo siempre a su interés superior.

**Presunción de Nacionalidad:** Cuando no se establezca la nacionalidad de la víctima de Trata de Personas, y delitos conexos, se presumirá la nacionalidad ecuatoriana, en tanto no se pruebe lo contrario.

**Presunción de minoría de edad:** En el caso en que no se pueda establecer la minoría de edad de la persona víctima o exista duda razonable sobre su edad o de la veracidad de sus documentos de identificación personal o de viaje, se presumirá la minoría de edad.

**Principio de no devolución:** Las personas de nacionalidad diferente a la ecuatoriana, cualquiera que sea su condición migratoria, no podrán ser devueltas o expulsadas a otro país, sea o no de el de origen, donde sus derechos a la vida, la libertad o integridad corran el riesgo de ser vulnerados a causa de su etnia, religión, nacionalidad, ideología, orientación sexual, pertenencia a determinado grupo social o por sus opiniones políticas; o cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura, de conformidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos<sup>251</sup>.

**Principio de retorno seguro:** El Estado garantizará que las personas víctimas de trata de personas retornen a su lugar de origen o residencia habitual en condiciones de seguridad. El Estado ofrecerá alternativas jurídicas de residencia temporal o permanente en caso de que el retorno constituya un grave riesgo para la seguridad de la víctima o sus familiares.

**Principio de proyecto de vida<sup>252</sup>:** A las personas víctimas se les brindará medios económicos, sociales, laborales y culturales que les permitan reconstruir su proyecto de vida y reintegrarse social, económica y culturalmente en la sociedad ecuatoriana.

---

<sup>251</sup> Considerar que el principio de no devolución no se aplica exclusivamente a personas refugiadas, sino también a víctimas de tortura y otros casos. Referencias: el numeral 8 del Art. 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos; numeral 1 del Art. 3 de la Convención contra la Tortura.

<sup>252</sup> Art. 210, Propuesta de la Defensoría del Pueblo en materia de Movilidad Humana.

**Principio de cooperación y participación de la sociedad civil:** La acción estatal contra la trata de personas propenderá, dentro del marco jurídico vigente, por el trabajo conjunto y armónico con organizaciones de la sociedad civil y del sector privado en general. El Estado procurará y fortalecerá la articulación, coordinación y cooperación internacional bilateral, multilateral y regional, en la lucha contra la Trata de Personas.

**Principio de reparación de derechos y reintegración:** Se reconoce a las personas víctima de trata el derecho a una reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido, que comprenda según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar, la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia y la recuperación física, psicológica y social de las víctimas de la trata de personas. El Estado promoverá la reintegración social y económica de las personas víctimas de trata de personas. Las instituciones, autoridades, funcionarios, profesionales y demás actores directos o indirectos vinculados a la atención de personas víctimas de trata de personas, procurarán la restitución plena de derechos, priorizando esta actividad por sobre la judicialización en lo que a atención se refiera, siendo complementaria la actividad procesal respectiva. En todo caso, la reparación será transformadora, ahondando sobre las circunstancias sociales, económicas y culturales que estimularon en primer lugar la existencia de la trata.

**Principio de no punibilidad de la víctima de trata.** La víctima no es punible por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata. Tampoco se aplicarán las sanciones o impedimentos previstos en la legislación migratoria cuando las infracciones son consecuencia de la actividad desplegada durante la comisión del ilícito del que fueron sujetas.<sup>253</sup>

**Principio de irrelevancia del comportamiento**<sup>254</sup>. El comportamiento público o privado de la víctima, anterior a la comisión de la infracción, no es considerado dentro del proceso.

**Principio de irrelevancia del consentimiento**<sup>255</sup>. En estos delitos el consentimiento dado por la víctima no excluye la responsabilidad penal del tratante ni disminuye la pena correspondiente.

---

<sup>253</sup> Art. 93, COIP.

<sup>254</sup> Art. 110, COIP.

<sup>255</sup> Art. 110, COIP.

**Principio de dignidad humana:** la persona víctima tiene derecho a un trato justo e igualitario con el debido respeto a su dignidad humana, especialmente en lo relativo a su autonomía personal e integridad física, sexual, emocional, moral y psicológica.

**Principio de unidad familiar.** El respeto del derecho a la unidad familiar exige no sólo que los Estados se abstengan de realizar acciones que resulten en la separación familiar, sino también que adopten medidas para mantener la unidad familiar y reunificar a los familiares que se hayan separado. Rehusarse a permitir la reunificación familiar puede considerarse una interferencia con el derecho a la vida en familia o a la unidad familiar, especialmente cuando la familia no tiene posibilidades reales de disfrutar de ese derecho en otro sitio. Igualmente, la deportación o expulsión puede constituir una interferencia con el derecho a la unidad familiar, a menos que se justifique de acuerdo con las normas internacionales.

**Norma de trato:** las víctimas de trata de personas no nacionales deberán recibir el trato más favorable posible y en ningún caso menos favorable que el concedido generalmente en las mismas circunstancias a los/as extranjeros/as<sup>256</sup>.

Por su parte el Alto Comisionado de Derechos Humanos, ha emitido principios y directrices específicas sobre trata de personas<sup>257</sup>, que constituyen herramientas que los estados deberían considerar al momento de diseñar e implementar medidas para prevenir y combatir este delito. En cuanto a los principios se abordan en cuatro ejes:

1. **Primacía de los Derechos Humanos.-** Lo cual implica que estos derechos son el eje de todo accionar estatal. Particularmente se establece que las medidas anti trata no pueden ir en desmedro de los derechos humanos, especialmente de las personas migrantes, desplazadas y en situación de refugio.

2. **Prevención de la trata de personas.-** En base a este principio las estrategias deberán considerar la demanda de la explotación como una causa, así como los

---

<sup>256</sup> Convención de Naciones Unidas para los Refugiados, 1951.

<sup>257</sup> Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas, Informe del Alto Comisionado de los Derechos Humanos al Consejo Económico y Social, Período Sustantivo de Sesiones, Nueva York, 1º al 26 de julio del 2002.

factores de vulnerabilidad de las víctimas. Adicionalmente conlleva la obligación estatal de detectar y eliminar la participación y complicidad de funcionarios/as públicos/as en este delito.

**3. Protección y asistencia.-** Supone la no criminalización de las víctimas, y más bien su protección y asistencia, la cual no debe estar subordinada al hecho de que deseen o no cooperar con un proceso judicial. Se contempla además que parte de la protección es conceder residencia temporal a las víctimas y a los testigos mientras duren los procesos judiciales. En el caso de que las víctimas sean niños/as, sus intereses constituirán la consideración primordial en todo momento. Por otro lado se prevé que los estados garantizarán la repatriación de las víctimas en condiciones de seguridad y en caso de que esta medida constituya un riesgo para ellas o sus familias, se debe ofrecer otras alternativas.

**4. Penalización, sanción y reparación.-** Conlleva las obligaciones de los estados de tipificar la trata de personas, los actos que la constituyen y las conductas afines; y, por otro lado de investigar, procesar y sentenciar efectivamente los casos de trata de personas. También comprende prever que la trata de personas, los actos constitutivos y los delitos conexos den lugar a extradición, así como también al decomiso de bienes, para destinarlos a la indemnización de las víctimas. Finalmente este principio supone, el acceso a recursos judiciales adecuados por parte de las víctimas.

Al lado de estos principios, se han diseñado once directrices recomendadas para abordar la trata de personas desde los derechos humanos, que ofrecen elementos de singular importancia para el tratamiento de este tema; algunas de estas recomendaciones son:

<p><b>Directriz 1 Promoción y protección de derechos humanos.-</b> Los estados deberían:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Asegurar que las medidas para combatir la trata de personas, no redunde en desmedro de los derechos de las personas.</li> <li>• Considerar sistemáticamente las discriminaciones por razones de género, cuando se propongan medidas de lucha contra la trata.</li> <li>• Proponer que se establezcan mecanismos para supervisar, los efectos de las leyes, las normas, los programas y las actividades en la lucha contra la trata de personas.</li> </ul>	<p><b>Directriz 2 Identificación de las víctimas de trata y de los tratantes.-</b> Los estados deberían considerar:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Establecer procedimientos para autoridades y funcionarios de policía, migración y similares, para que puedan identificar en forma rápida y exacta las víctimas de trata.</li> <li>• Promover la cooperación entre el estado y organizaciones no gubernamentales, para la identificación de víctimas de trata, y su asistencia.</li> <li>• Identificar centros de acción para advertir a las personas en situación de movilidad de los peligros de la trata y ofrecer información para que soliciten asistencia en caso necesario.</li> <li>• Asegurarse que las víctimas de trata no sean procesadas por infracciones migratorias.</li> <li>• Garantizar que existan procedimientos para recibir y estudiar solicitudes de refugio por parte de víctimas de trata, respetando en todo momento el principio de no devolución.</li> </ul>
--	--

<p><b>Directriz 3 Investigación, análisis, evaluación y difusión.-</b> Los estados deberían:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>• Considerar la adopción y aplicación sistemática de la definición internacional de trata de personas, convenida en el Protocolo de Palermo.</li><li>• Desagregar la información relativa a las víctimas de trata, en razones de edad, género, origen étnico y otras características.</li><li>• Observar y evaluar la intención de las leyes y acciones contra la trata y sus reales efectos.</li></ul>	<p><b>Directriz 4 Establecer un marco jurídico adecuado.-</b> Los estados deberían</p> <ul style="list-style-type: none"><li>• Adecuar la legislación nacional o reformar la existente, para que el delito de trata quede definido con precisión, de tal forma que se establezca con claridad los diversos elementos penales de este tipo. Así mismo deben tipificarse los delitos conexos como la servidumbre, los trabajos forzados, la prostitución forzada, etc.</li><li>• *Establecer medidas de protección y asistencia a las víctimas y testigos de los casos de trata.</li></ul>
--	--

<p><b>Directriz 5 Medios para hacer cumplir adecuadamente la ley.-</b></p> <p>Los estados deberían:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Proporcionar a los funcionarios del orden público facultades y técnicas de investigación adecuadas que posibiliten la investigación y el procesamiento efectivos de los presuntos tratantes. Se deben promover la implementación de procedimientos proactivos de investigación en los que no se dependa excesivamente del testimonio de la víctima.</li> <li>• Tomar las medidas tendentes a brindar protección a las víctimas de trata, durante las fases de investigación y de procesamiento e inclusive posteriormente.</li> <li>• Un programa efectivo de protección debe considerar entre otros aspectos, la determinación de un lugar seguro, acceso a asistencia jurídica, protección de la identidad durante el proceso judicial, determinación de opciones para permanecer en el país, ser reasentada o repatriada.</li> </ul>	<p><b>Directriz 6 Asistencia y protección a las víctimas de la trata de personas.-</b> Los estados deberían:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Garantizar que se ofrezca alojamiento seguro y adecuado a las víctimas de trata, lo cual no debe estar subordinado a que ellas estén dispuestas a rendir su testimonio dentro de un proceso penal. Las víctimas de trata no deben ser recluidas en centros de detención.</li> <li>• Brindar protección efectiva a las víctimas de trata de posibles de amenazas o actos de intimidación de los tratantes u otras personas, para lo cual no debería revelarse públicamente la identidad de las víctimas, además de proteger privacidad</li> <li>• Asegurar que los procedimientos judiciales en que tomen parte las víctimas de trata de personas no tengan como consecuencia el desmedro de sus derechos, su dignidad ni su bienestar físico o psicológico.</li> </ul>
--	--

**Directriz 7 Prevención de la trata de personas.-**

Los estados deberían:

- Analizar los factores que generan la demanda de la explotación sexual y laboral, y enfrentarlos mediante la implementación de todo tipo de medidas.
- Reformular la normativa que pueda obligar a los trabajadores a migrar en condiciones de vulnerabilidad e irregularidad, particularmente de aquella legislación que tenga efectos discriminatorios para las mujeres en materia de nacionalidad, propiedad, inmigración, emigración y mano de obra migratoria.
- Buscar los medios de ofrecer mayores oportunidades para la migración laboral en forma legal y no en condiciones de explotación, lo cual debe depender de la existencia de mecanismos de regulación y supervisión para proteger los derechos de las personas trabajadoras migratorias.

**Directriz 8 Medidas especiales para la protección y asistencia a los niños víctimas de trata de personas.-**

Los estados deberían:

- Garantizar que la definición de trata de personas que se adopte en la política y en la legislación interna, considere una protección legal adecuada, particularmente de conformidad con la definición establecida en el Protocolo de Palermo, de tal forma que los medios (engaño, fuerza u otras formas de coacción) no deben ser parte de la definición de trata de niños/as.
- Adoptar programas especializados para niños/as víctimas de trata, que les proporcione asistencia física, sicosocial, jurídica, educacional, de vivienda y de salud adecuada.

<p><b>Directriz 9 Acceso a recursos.-</b> Los estados deberían:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Garantizar que las víctimas puedan hacer valer sus derechos en recursos justos y adecuados.</li> <li>• Tomar medidas para que las víctimas de trata puedan permanecer en el país, en condiciones de seguridad, mientras dure el procedimiento legal.</li> </ul>	<p><b>Directriz 10 Obligaciones del personal de mantenimiento de la paz, de policía civil, humanitario y diplomático.-</b> Los estados deberían:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Asegurarse de que los programas de formación del personal de del personal de mantenimiento de la paz, de policía civil, humanitario y diplomático, consideren el tema de la trata de personas.</li> <li>• Cerciorarse de que el personal mencionado que sea empleado, no realice actividades de trata de personas o actos conexos, lo cual incluye la complicidad mediante actos de corrupción o la asociación a persona (s) respecto de las cuales, pueda haber sospechas razonables de que se dediquen a la trata de personas o a actos conexos de explotación.</li> </ul>
<p><b>Directriz 11 Cooperación y coordinación entre Estados y regiones.-</b> Los estados deberían:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Aprobar y preparar acuerdos bilaterales, regionales, destinados a prevenir la trata de personas y proteger los derechos y dignidad de las víctimas, en base al Protocolo de Palermo y las normas internacionales de derechos humanos.</li> <li>• Establecer acuerdos de cooperación para rápida identificación de víctimas, intercambio de información sobre los tratantes y su modo de operar, investigación judicial, decomiso del producto de la trata de personas, etc.</li> </ul>	

## VI.7 Enfoques

Partiendo del reconocimiento de que la trata es una grave violación/vulneración de los derechos humanos de las personas, los Estados y sociedades deben ser garantes y protectores de estos derechos y por tanto se deben mantener siempre presentes los enfoques de:

**Derechos humanos:** El **enfoque de derechos** tiene como eje de la intervención a la persona como titular de derechos y por lo tanto como agente activo de su propio desarrollo. Hace un análisis multidimensional y, aunque se centre en un problema concreto, trabaja con otros aspectos de la persona y su situación que inciden en ese problema central. Los principios de derechos humanos se basan en:

<b>Universalidad e inalienabilidad</b>	Los derechos humanos son universales e inalienables. Todos los seres humanos en todas partes del mundo poseen estos derechos. No se puede renunciar voluntariamente a todo derecho inherente del ser humano, ni tampoco puede ser usurpado por otras personas. Según se establece en el Artículo 1 de la DUDH, “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos.”
<b>Indivisibilidad</b>	Los derechos humanos son indivisibles, ya sea de naturaleza civil, cultural, económica, política o social, son todos ellos inherentes a la dignidad de todo ser humano. Por consiguiente, todos los derechos poseen el mismo rango y condición, y no pueden ser clasificados, con anterioridad, en orden jerárquico.
<b>Interdependencia e interrelación</b>	La realización de un derecho a menudo depende de la realización de otros derechos. Por ejemplo, la realización del derecho a la salud puede depender, en ciertos casos, de la realización del derecho a la educación o a la información.

<p><b>Igualdad y no discriminación</b></p>	<p>Todos los individuos son iguales como seres humanos en virtud de la dignidad inherente de todo ser humano. Todos los seres humanos tienen derecho a sus derechos humanos sin discriminación alguna de sexo, etnia, edad, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, discapacidad, propiedad, nacimiento, orientación sexual u otra condición, según lo han explicado los órganos de vigilancia de los tratados de derechos humanos.</p>
<p><b>Participación e inclusión</b></p>	<p>Toda persona y todos los pueblos tienen derecho a una participación activa, libre y significativa en el desarrollo, como así también a contribuir y disfrutar del desarrollo civil, económico, social, y político, donde pueden ser realizados los derechos humanos y libertades fundamentales.</p>
<p><b>Rendición de cuentas mutua y justiciabilidad</b></p>	<p>Los Estados y otros titulares de deberes deben responder por el cumplimiento de derechos humanos. En este sentido tienen que cumplir con las normas legales y estándares contenidos en los instrumentos de derechos humanos. En caso de no cumplir con sus deberes, los titulares de derechos agraviados están facultados para iniciar procesos judiciales para la reparación apropiada de daños ante un tribunal o juzgado competente según las reglas y procedimientos legales.</p>

Por su parte, los criterios normativos del enfoque de derechos se basan en:

<p><b>Disponibilidad</b></p>	<p>Nº de establecimientos, recursos, insumos, programas, proyectos, bienes o servicios dispuestos para el cumplimiento del derecho. ¿Qué bienes y servicios necesito tener disponibles para poder desarrollar acciones relacionadas con el derecho?</p>
------------------------------	---

<b>Accesibilidad</b>	La no discriminación en la prestación de servicios y en el sentido físico, de alcance geográfico, cultural, económico, etc. a los servicios. ¿Tienen todas las personas acceso a los bienes y servicios necesarios?
<b>Aceptabilidad</b>	Si los servicios responden a los valores de los/as usuarios/as (se estudia a través de la satisfacción que manifiestan con el servicio y si es de su confianza). ¿Son estos bienes y servicios aceptados por la comunidad?
<b>Calidad</b>	No solo calidad técnica valorada por la oportunidad, la integralidad y la efectividad de las acciones sino la calidad humana, en tanto satisface las expectativas de quien presta y de quien recibe el servicio. ¿Los bienes y servicios tienen calidad adecuada?
<b>Participación</b>	Intervención de particulares en actividades públicas en tanto portadores de intereses sociales. ¿Participa la población en el diseño, ejecución, gestión y seguimiento de los bienes y servicios? La participación se debe desagregar en titulares de derechos (colectivo meta), titulares de obligaciones (Estado) y titulares de responsabilidades (entidades no Estatales). El Estado tiene la obligación de respetar (abstenerse de injerir directa o indirectamente en el disfrute de los DDHH), proteger (adoptar medidas para impedir que terceros –algunos titulares de responsabilidades como las empresas– interfieran en la aplicación de garantías de los DDHH) y cumplir (adopción de medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad a los DDHH).

<b>Sostenibilidad</b>	Permite la continuidad en el tiempo al monitorear la compatibilidad de la estructura y el funcionamiento propuesto en una iniciativa con los valores culturales del grupo involucrado y de la sociedad, lo que la hace aceptable por esas comunidades, actores u organizaciones. ¿Las acciones que se ejecutan son sostenibles?
-----------------------	---

El enfoque de derechos humanos hace un análisis diferenciado entre titulares de derechos (antiguos beneficiarios), titulares de obligaciones (el Estado) y titulares de responsabilidades (agentes no estatales) para crear una corresponsabilidad. En este sentido las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos pueden resumirse en:

**Prevención:** El conjunto de políticas, estrategias, proyectos, acciones, entre otras, que deben ser programadas y coordinadas para generar conciencia sobre la dimensión y gravedad del problema (definición de lo que se entiende por los delitos, sus dimensiones, sus causas, su impacto sobre las víctimas, instituciones, organismos y actores involucrados, programas y servicios que se ofrecen), y lograr que las diferentes instancias del Estado y otros sectores sociales, articulen respuestas efectivas, que busquen la eliminación y/o modificación de las condiciones, causas y factores de riesgo y de vulnerabilidad que originan las conductas delictivas y de victimización.

**Protección:** La protección se refiere a la garantía que debe ofrecer el Estado a las víctimas, que encuentra su justificación, en el marco de los derechos humanos. Esta garantía significa entre otros aspectos: tomar medidas que protejan la integridad física, y la seguridad de las víctimas y la de sus familiares y posibles testigos/as a su favor, procurándole a las víctimas el mayor bienestar físico y psicológico, respeto a su dignidad y privacidad. La protección conlleva garantizar la asistencia médica, psicológica necesaria para las víctimas, asimismo se debe contar con dependencias y personal especializado. La protección implica asumir durante todo el desarrollo de los procesos judiciales los intereses de las víctimas. En este sentido el Estado, debe brindar la asesoría necesaria para el ejercicio de las acciones judiciales y asumir durante todo el desarrollo de los procesos judiciales los intereses y circunstancias de las víctimas. La protección

se fundamenta en los derechos humanos de las víctimas y procura garantizar una vida digna por parte de las víctimas y sus familiares.

**Reparación de los derechos de las víctimas:** De acuerdo a la Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 2005, uno de los derechos de cualquier víctima de vulneraciones a los derechos humanos es la reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido. La reparación busca promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y obligando a los Estados a ejecutarlas. Una reparación plena y efectiva debe realizarse de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, en las formas siguientes: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

De esta manera, la restitución, implica la obligación de devolver a la víctima a la situación anterior a la violación; la indemnización ha de concederse, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, teniendo en cuenta el daño físico o mental, la pérdida de oportunidades laborales, sociales y educativas, los daños materiales y la pérdida de ingresos, los perjuicios morales y los gastos de asistencia jurídica o de expertos, entre otros. Por su parte, la rehabilitación ha de incluir la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales; la satisfacción ha de incluir, medidas para evitar que continúen las violaciones, la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, entre otras. Finalmente, las garantías de no repetición buscan, específicamente ahondar en las causas estructurales que llevaron a la comisión de tal violación, de manera que se proporcionen mecanismos para evitar la reincidencia de este tipo de actos atroces.

En definitiva, el enfoque de derechos humanos tiene la capacidad para transformar las relaciones de poder entre los actores del desarrollo y considerar a los beneficiarios/as o socios/as como ciudadanos/as con plenos derechos: titulares de derechos. En este sentido, las personas son titulares desde sus diversidades, lo cual incluye al género en desarrollo, grupos étnicos, diversidad afectivo-sexual, diversidad etaria, orientación religiosa, población urbana-rural, personas migrantes, en situación de desplazamiento y/o refugio, personas en situación de discapacidad y otras en situación de vulnerabilidad y/o exclusión.

De nada sirve hacer rígida esta herramienta y no flexibilizarla a escala humana. Se trata por tanto de una metodología y una herramienta para programar el desarrollo como desarrollo humano, sostenible, diverso y no asistencial.

**Perspectiva de Género:** La perspectiva de género es un enfoque analítico, científico y político que nos permite entender los fenómenos sociales desde la teoría de género, que ha sido desarrollada desde el feminismo.

Esta perspectiva visibiliza los efectos de la construcción social de los géneros y las relaciones inequitativas de poder, que han colocado a las mujeres en una situación de subordinación frente a los hombres. El análisis de género incluye la revisión de las relaciones sociales intergenéricas (entre personas de géneros diferentes) e intragenéricas (entre personas del mismo género).

Desde la perspectiva de género se analizan todas las instituciones estatales, tradiciones, religiones, el matrimonio y cualquier otro ente o fenómeno social. Este análisis, parte del reconocimiento de la subordinación histórica de las mujeres en razón de su sexo y de la construcción androcéntrica de todos los entes e instituciones.

La perspectiva de género tiene como fin contribuir a la de-construcción de los roles y estereotipos de género y a re-significar la historia, la sociedad y la cultura desde la mirada de hombres y mujeres. Esto implica reconocer que la diversidad de mujeres y hombres no está solamente condicionada por el sexo, sino por otras características y condiciones sociales, culturales, económicas, etcétera. Introduce, así, las necesidades y experiencias de las mujeres que habían sido invisibilizadas históricamente, y desde ahí contribuye a la de-construcción de los mecanismos y sistemas de dominación y opresión. En este sentido, la perspectiva de género conduce a dismantelar críticamente nuestra concepción del mundo y de la propia subjetividad, ello incluye los estereotipos y las normas sociales, así como la vida personal y colectiva.

**Intergeneracional:** implica considerar el ciclo de vida en todas las fases de obligaciones en materia de derechos humanos, en el caso, especialmente en materia de atención y protección integral.

**Intercultural:** implica la comprensión de la existencia de diferentes grupos étnicos que merecen respeto. La atención y protección integral será diferenciada de acuerdo a los enfoques mencionados para garantizar la efectividad de servicios que conduzcan a una restitución de derechos.

## **V.8 La Trata de personas en los medios de comunicación**

Los medios de comunicación ecuatorianos dan poca relevancia a la Trata de personas<sup>258</sup>. Eso no se hace evidente solamente a través de la poca presencia en los respectivos medios, sino también en el abordaje y enfoque utilizado desde estos.

Los análisis de notas periodísticas realizados en ocho medios de comunicación nacionales han evidenciado que se provee poca información veraz sobre la Trata de personas. De la misma forma, tienden a reproducir estereotipos en las pocas notas publicadas, pues la mayoría se concentra en mujeres víctimas de la Trata con fines de explotación sexual. Eso lleva a una invisibilización de otras modalidades, como la explotación laboral y el reclutamiento forzoso para la comisión de ilícitos, y de la gran diversidad de víctimas, especialmente hombres, pero también niñas, niños, adolescentes y jóvenes. Adicionalmente, refuerzan la imagen de la Trata de personas como un problema internacional, obviando la Trata interna.

La falta de un periodismo investigativo en el país también provoca que no estén exploradas las causas y consecuencias estructurales e individuales de la Trata de personas. En muchos casos, una víctima es entrevistada para satisfacer el morbo de la audiencia y las lectoras/es, reduciéndola a ser víctima, sin presentarla como una persona con deseos y opinión propia. Con pocas excepciones, los hechos no están contextualizados.

Al hablar sobre términos y conceptos que se está utilizando en los medios de comunicación, es notable que muchas/os periodistas requieren una capacitación sobre derechos humanos y Movilidad Humana. Por un lado, se está utilizando frecuentemente términos incorrectos como “trata de blancas”. Por otro, se confunden términos como, por ejemplo, tráfico de personas y prostitución cuando son utilizados como sinónimos de Trata de personas.

---

<sup>258</sup> La información brindado en este capítulo se base en los resultados de un monitoreo de medios de comunicación realizados entre estudiantes de la Universidad de las Américas (UDLA) y Fundación ESPERANZA (sin publicación). El monitoreo fue realizado en dos momentos, entre el 17 y 31 de marzo de 2014 y entre el 8 de octubre y 8 de noviembre de 2014. Los medios monitoreados fueron El Universo, El Comercio, La Hora, El Telégrafo, Telerama, TV Ecuador, TC y Ecuavisa.

El enfoque que utilizan la mayoría de los medios de comunicación puede ser caracterizado como “amarillista”, sirviendo únicamente al morbo de la audiencia o de las/os lectoras/es. Uno de los mecanismos más utilizados es la entrevista a sobrevivientes, generando así una revictimización, violando su derecho a la privacidad o incluso poniéndolas en grave riesgo. En los medios de comunicación, las víctimas son tratadas como verdugos, culpabilizándolas de lo que les pasó y, especialmente en casos de Trata de personas con fines de reclutamiento forzoso para transporte de estupefacientes.

Frecuentemente se observa como el enfoque utilizado dentro de los medios de comunicación ecuatorianos se centra en la seguridad y no en los derechos humanos de las personas. Eso se hace visible vinculando las notas al crimen organizado, a la migración irregular y la seguridad del estado.

En cuanto a las imágenes que utilizan los medios de comunicación, destacan tres tipos que violan los derechos humanos de las personas y contribuyen a la desinformación de la sociedad ecuatoriana. La primera imagen predominante son mujeres vestidas con ropa ligera. Este tipo de imagen hace referencia a la prostitución -muchas veces callejera o en los nightclubs-, cuando se equipara con la Trata de personas. Eso contribuye a una naturalización de la Trata de personas con fines de explotación sexual en la sociedad y a la ignorancia de las otras modalidades. El segundo tipo de imagen predominante es un grupo de mujeres ocultando sus rostros durante operativos policiales. La postura de auto-protección de las víctimas nos demuestra la falta de aprobación por su parte de ser filmadas y/o fotografías por los periodistas. Un tercer tipo de imagen son manos y/o pies encadenados. Con eso se está reproduciendo los estereotipos sobre la Trata de personas, igualándola con la esclavitud de los siglos XV a XIX, dificultando su identificación.

En las imágenes acompañando las notas sobre la Trata de personas, casi nunca aparecen hombres. En algunos casos aparecen como victimarios, pero casi nunca como víctimas. Eso también contribuye a la invisibilización de la diversidad del fenómeno, como anteriormente se ha mencionado.

En resumen se puede decir que la Trata de personas no está en la agenda de los medios en la medida y forma en que debería estar, a pesar de que representa una grave violación a los derechos humanos con gran impacto en la sociedad

ecuatoriana, así como en personas en situación y contextos de Movilidad Humana. La falta de presencia del tema en los medios de comunicación es un reflejo del desconocimiento sobre la Trata de personas en la sociedad en general, y en las/os funcionarias/os publicas/os en específico.

Pero también es una consecuencia de la impunidad con la cual las/os tratantes pueden operar en Ecuador, dado que policía y fiscalía no identifican y sancionan de manera adecuada el delito. Pero también es una evidencia de la naturalización de la Trata de personas en la sociedad ecuatoriana. La ausencia del tema en la agenda mediática contribuye a continuar con la desinformación de la sociedad ecuatoriana y la difusión de prejuicios, estereotipos y estigmas que al final son las bases de la discriminación.

A continuación se quiere proveer algunos consejos<sup>259</sup> para el abordaje sobre el tema Trata de personas (TdP), sin pretender ser completo:

---

<sup>259</sup> Los consejos dado en este parte del documento son tomados del monitoreo de medios realizados por la Fundación ESPERANZA (sin publicación) y OIT/IPEC (2005): Con enfoque periodístico: Recomendaciones para comprender mejor la Explotación Sexual Comercial de Personas Menores de Edad.

	<b>Mala práctica</b>	<b>Buena práctica</b>
<p><b>Testimonios de sobrevivientes</b></p>	<p>Los medios de comunicación incluyen de manera frecuente entrevistas a sobrevivientes de la Trata de personas en sus notas, presentando minuciosamente lo que pasó a las personas, mostrando sus rostros y detalles personales como nombres completos, lugares de origen, etc.</p> <p>Este hecho puede ser muy dañino para las personas, pues no solamente las revictimiza, sino también las pone en una situación de peligro, porque puede ayudar a las/os tratantes a ubicarlas. Además, con este hecho las sitúa en la sociedad como un sujeto de morbo y contribuye a la estigmatización de las víctimas.</p>	<p>Lo más importante es <b>no entrevistar a un/a sobreviviente</b> de la Trata de personas.</p> <p>Para presentar ejemplos con fines preventivos y de sensibilización sobre qué está sucediendo con la Trata de personas en el país, se puede acudir <b>a las organizaciones sociales e instituciones gubernamentales</b> que están trabajando con sobrevivientes. Esto permite presentar hechos generales, <b>evitando detalles</b> de los abusos recibidos.</p> <p>Aparte de eso, los medios de comunicación deberían <b>informar sobre el marco jurídico</b>, tanto el nacional como los tratados internacionales que son vinculantes para Ecuador, cumpliendo con su responsabilidad de ser <b>monitores del cumplimiento del marco jurídico</b>.</p>

<p><b>Ángulo noticioso utilizado</b></p>	<p>Los medios de comunicación en Ecuador frecuentemente utilizan un estilo sensacionalista cubriendo el tema de la Trata de personas. Eso lleva a que el tema sea percibido como un problema de seguridad ciudadana y no como un problema social que viola los derechos humanos.</p>	<p><b>Otras perspectivas</b> posibles de cobertura son:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>- La <b>sanción a las/ os tratantes</b> (por ejemplo desde el nivel de impunidad, penas existentes dentro del marco jurídico, efectividad de la aplicación de la justicia, entidades responsables, etc.).</li><li>-La <b>prevención</b> (entidades responsables de la prevención, actividades realizadas).</li><li>- <b>Atención</b> a sobrevivientes (proceso de atención psicosocial, actores responsables, etc.).</li><li>- Las <b>razones</b> sociales, económicas y culturales (naturalización de la TdP, condiciones de vulnerabilidad, etc.).</li></ul> <p>Lo importante es <b>contextualizar</b> una nota sobre el tema. Explorar también causas estructurales y las consecuencias de la Trata de personas. Aparte de eso, un/a sobreviviente no solamente es víctima de la TdP, sino también su entorno (madre/padre, profesional, hija/o, etc.)</p> <p>La Trata de personas es una <b>problemática social</b>, no individual.</p>
--	--	---

<p><b>Uso de lenguaje</b></p>	<p>Los medios de comunicación utilizan frecuentemente un lenguaje falso y discriminante. Utilizar el término “Trata de blancas” para describir el fenómeno actual no es correcto, porque hace referencia a un fenómeno del siglo XX cuando mujeres de color blanco fueron víctimas de Trata con fines de explotación sexual. El termino no refleja la problemática actual, porque ignora la diversidad del fenómeno -que abarca hombres, niñas, niños, adolescentes, jóvenes, grupos LGBTI, entre otras víctimas-, igual como ignora distintas modalidades de la Trata de personas, como la explotación laboral, el reclutamiento forzoso, etc. Frecuentemente los medios de comunicación utilizan Trata y Tráfico como sinónimos, aunque son dos fenómenos diferentes. Mientras la Trata de personas es una violación a los derechos humanos de la persona que siempre implica explotación y no siempre hay cruce de fronteras, el tráfico es un delito contra el estado, ya que viola su soberanía administrativa y siempre implica cruce de fronteras internacionales</p>	<p>Es importante utilizar un <b>lenguaje inclusivo</b>, con un <b>enfoque de derechos humanos</b>.</p> <p>Los medios de comunicación deberían utilizar el término <b>Trata de personas</b> y <b>reflejar la gran diversidad de modalidades y grupos de víctimas</b> que hay. Víctimas de la Trata de personas no solamente son mujeres, si no <b>hombres y personas menores de edad</b> que también caen en redes de tratantes. Aparte de eso existen <b>varias modalidades</b> de la Trata de personas, como por ejemplo explotación laboral, reclutamiento forzoso para la comisión de ilícitos, servidumbre, y otros.</p> <p>Los medios de comunicación deberían <b>utilizar términos correctos y claros</b> para poder cumplir con su responsabilidad de informar y sensibilizar a la sociedad.</p>
-------------------------------	--	---

<b>Uso de imágenes</b>	Los medios de comunicación utilizan imágenes que están violando los derechos humanos de las personas, poniéndolas en peligro de ser encontradas y/o estigmatizadas.	Las imágenes que acompañan a las notas sobre la Trata de personas <b>no deberían revelar la identidad</b> de las/os sobrevivientes. De igual forma, <b>no deberían reproducir estereotipos</b> como mujeres en ropa ligera o cadenas.
------------------------	---	---

No todas las notas encontradas tienen un enfoque negativo. Se han observado algunas buenas prácticas de cobertura del tema. Sin embargo, hace falta capacitaciones para periodistas en Ecuador sobre la Trata de personas.

Los medios de comunicación tienen que entender la responsabilidad que tienen en la lucha contra la Trata de personas. No solamente son fuente de información, sino que están formando la opinión pública, contribuyendo a la prevención y sensibilización de la Trata de personas dentro de la sociedad. También pueden influir en la agenda pública, exigir justicia y protección de los derechos humanos de las/os sobrevivientes e incidir en políticas públicas. Pero solamente podrán cumplir con esta responsabilidad si incluyen la Trata de personas en la agenda mediática y cambian el abordaje, aplicando un enfoque de derechos humanos.

## VI.9 Consideraciones finales en torno a la trata de personas

- No existe aún un procedimiento para la asistencia y protección integral de las Víctimas de trata de personas, lo que es *per se* una vulneración de los derechos de las víctimas.
- Debe aprobarse un Protocolo Nacional de atención, asistencia y protección integral de derechos de las víctimas de trata que comprenda sus complejidades e incluya, como mínimo: rutas médicas, psicológicas, jurídicas, de asistencia material, de rehabilitación, de otorgamiento de visas humanitarias, de formación y capacitación, de emprendimiento, etc. Todas estas rutas deben estar conectadas entre sí y en paralelo a subprocesos de repatriación, refugio, reinserción social, etc.

- La importancia de crear una Política pública que permita realizar un trabajo interinstitucional, que promueva la prevención, protección y restitución de derechos de personas víctimas del delito de Trata de Personas.
- Debe establecerse la coordinación y articulación vinculante para la protección y asistencia integral de víctimas de trata de personas.
- Debe otorgarse capacitación continua e integral a las instituciones claves gubernamentales, ONGs, medios de comunicación y sociedad civil, sobre la importancia de trabajar mancomunadamente para erradicar el delito de trata de personas y la atención integral a las personas sobrevivientes de trata.
- Deben fomentarse campañas de sensibilización con enfoques de derechos que permitan visibilizar la importancia de la prevención, protección, atención, restitución, erradicación y sanción del delito de Trata de personas.
- Deben proponerse Políticas locales, a través de los GAD, en materia de prevención, protección y restitución de derechos de personas víctimas de Trata.
- Se deben fortalecer las mesas de movilidad humana y las redes de protección en la necesidad de coadyuvar en procesos de visibilización de la lucha contra la trata de personas y fortalecer procesos de incidencia política. Mejorar el nivel de coordinación y colaboración entre las instituciones rectoras y la sociedad civil.

## **BIBLIOGRAFIA:**

ACNUR, La protección de refugiados y la migración mixta: el plan de acción de los 10 Puntos (2010).

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 2005.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes. Adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 37/194 del 18 de diciembre de 1982.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 60/147 del 16 de diciembre de 2005.

BAUZA CALVIÑO, Olaguer C., La Doble Nacionalidad en la Legislación Mexicana, OGS Editores, México 2002.

BELLO JULIANA, El MERCOSUR y la protección internacional: aplicabilidad de las políticas migratorias regionales a la luz del Derecho Internacional de los Refugiados. Informe de la Consultoría del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, 2015.

CEJIL, Debida Diligencia en la Investigación de Graves Violaciones a Derechos Humanos, Buenos Aires, CEJIL, 2010. Capítulo titulado “La investigación judicial de graves violaciones de derechos humanos”.

Codificación de la Ley de Extranjería. En Legislación de Migración y Extranjería. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones. (2010).

DÍEZ DE VELASCO, M.: Instituciones de Derecho Internacional Público. Ed.Tecnos, Madrid, 1994.

FERRER MAC-GREGOR, E. (2011), “El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional” en: Carbonell, Miguel y Pedro Salazar (Coordinadores), La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma, México, IJ-UNAM.

LÓPEZ GARRIDO, D.: El derecho de asilo. Ed.Trotta-Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1991.

MIRADA REGIONAL: “Migrantes forzados: límites en la protección, esperanza en la paz y espejismo del postconflicto”, Volumen 0, 2013. Disponible en: <https://www.sjrlac.org/assets/Publications/File/MiradaRegional2013.pdf>.

NICOLE PÉREZ RUALES, Los Derechos en la movilidad humana: del control a la protección, La ciudadanía transnacional y las demandas frente a las políticas públicas, SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS - NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD, Ministro de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, 2009.

OLIVIER DE SCHUTTER AND FRANÇOISE TULKENS, “Rights in Conflict: the European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution” en E. Brems (ed.), Conflicts between fundamental rights, Intersentia-Hart, Antwerp-Oxford-Portland, 2008.

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS en Viena, Centro de Desarrollo Social y Asuntos Humanitarios. Manual sobre la prevención e investigación eficaces de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias. Naciones Unidas, Nueva York, 1991.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Manual para la investigación

y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Serie de Capacitación Profesional N° 8. Nueva York y Ginebra, 2001.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Protocolo Modelo para la investigación forense de muertes sospechosas de haberse producido por violación de los derechos humanos. Proyecto MEX/00/AH/10. Primera Fase del Programa de Cooperación Técnica para México.

OIM, Fundamentos de los Pasaportes. (s.f.) - <http://www.iom.int/jahia/Jahia/about-migration/managingmigration/passport-visa-systems/passport-foundations/lang/es>.

OIM, Tipos de Migración Irregular. (s.f.). - <http://www.iom.int/jahia/Jahia/about-migration/managingmigration/managing-migration-irregular-migration/types-of-irregular-migration/lang/es>.

SAGÜÉS, Néstor Pedro (2010). “El control de convencionalidad como instrumentos para la elaboración de un ius commune interamericano”, México, IIJ-UNAM, pp. 449-468.

SERRANO, S. Y VÁZQUEZ, D. (2012). “El enfoque de Derechos Humanos”. Flacso México.

