

REVISTA PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL

REVISTA PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL

MIGRACIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ
© CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
Los Cedros núm. 209 · San Isidro · Lima

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL
MIGRACIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Director: Carlos Ramos Núñez
Colaboradores: Nicollth Vidal Figueroa y Hugo Yuen Cárdenas

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: N° 2019-03891
ISSN: 2222-0615

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta
obra sin el consentimiento expreso de los titulares del copyright.

Impreso en Perú
Tiraje: 1000 ejemplares

Impresión: Servicios Gráficos JMD
Av. José Gálvez 1549 · Lince
Telf. (51 1) 472-8273
ventasjmd@gmail.com

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
DEL PERÚ**

Presidente

Ernesto Blume Fortini

Vicepresidente

Manuel Miranda Canales

Magistrados

Carlos Ramos Núñez

José Luis Sardón de Taboada

Marianella Ledesma Narváez

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera

Augusto Ferrero Costa

**REVISTA PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL**

Director

Carlos Ramos Núñez

Comité Editorial

Jimmy Marroquín Lazo

Nadia Iriarte Pamo

Javier Adrián Coripuna

Camilo Suárez López de Castilla

María Candelaria Quispe Ponce

Edgar Carpio Marcos

Susana Távara Espinoza

Luis Sáenz Dávalos

Berly López Flores

Contenido

CARLOS RAMOS NUÑEZ	
<i>Presentación.....</i>	15

Migración y derechos fundamentales

LUIGI FERRAJOLI	
<i>Políticas contra los migrantes y crisis de la civilización jurídica.....</i>	29

FELIPE GONZÁLEZ MORALES	
<i>Los estándares internacionales sobre derechos humanos de la niñez migrante y la opinión consultiva de la Corte Interamericana.....</i>	53

GABRIEL GUALANO DE GODOY	
<i>Comunidade e seus outros - Comunidad y sus otros.....</i>	77

JAVIER DE LUCAS	
<i>Sobre migraciones y Constitución: Extranjeros e inmigrantes en la Constitución española de 1978.....</i>	99

MARÍA CONCEPCIÓN TORRES DÍAZ	
<i>El derecho de asilo en los casos de trata con fines de explotación sexual: análisis jurisprudencial desde una visión sensible al género.....</i>	113

ISABEL BERGANZA SETIÉN	
<i>Las personas venezolanas en Perú: entre la perspectiva de los derechos humanos y la seguridad.....</i>	165

JOSÉ KOECHLIN	
<i>Migración venezolana al Perú.....</i>	189

CARMEN PÉREZ GONZÁLEZ	
<i>Migraciones y Constitución española.....</i>	211

Discurso

GABRIEL GUALANO DE GODOY

<i>Premio Regional de Sentencias sobre Acceso a la Justicia para Personas Migrantes y Refugiadas en las Américas.....</i>	233

Entrevista

JAVIER ADRIÁN

<i>Entrevista al profesor Manuel Atienza.....</i>	241

Miscelánea

CLAUDIO NASH ROJAS

<i>La violencia sexual contra las mujeres ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El largo camino desde la invisibilización a una protección integral.....</i>	269

MARTHA CECILIA PAZ

<i>Propuesta para una nueva jurisprudencia. Colombia frente al caso Artavia.....</i>	305

CARMEN MONTESINOS PADILLA

<i>Estabilidad presupuestaria, déficit público y medidas anti crisis. El impacto de la política económica europea en la doctrina del Tribunal Constitucional español en materia de derechos sociales.....</i>	335

JOSÉ VÍCTOR GARCÍA YZAGUIRRE

<i>Algunos sentidos de derrotabilidad.....</i>	365

LEOPOLDO GAMARRA VÍLCHEZ

<i>Rol del Tribunal Constitucional peruano en materia laboral y previsional.....</i>	393

Jurisprudencia comentada

OMAR CAIRO ROLDÁN

<i>La cuestión de confianza y el Tribunal Constitucional. Comentario a la STC 0006-2018-PI/TC.....</i>	421

NADIA IRIARTE PAMO

<i>Derechos de los migrantes. Comentario a la STC 02744-2015-PA/TC.....</i>	431

MARÍA CANDELARIA QUISPE PONCE	
<i>La violencia contra las mujeres. Un problema de relevancia constitucional.</i>	
<i>Comentario a la STC 05121-2015-PA/TC.....</i>	443

SUSANA TÁVARA ESPINOSA	
<i>El criterio jurisprudencial en materia de intereses moratorios en la</i>	
<i>jurisprudencia del Tribunal Constitucional.</i>	
<i>Comentario a la STC 04532-2013-PA/TC.....</i>	453

Reseñas

NATALINA STAMILE	
<i>La letra de la ley. Historia de las constituciones del Perú.....</i>	461

MARÍA CANDELARIA QUISPE PONCE	
<i>Jurisprudencia relevante del Tribunal de Garantías Constitucionales.....</i>	467

CAMILO SUÁREZ LÓPEZ DE CASTILLA	
<i>El hábeas corpus en la actualidad. Posibilidades y límites.....</i>	473

Presentación

CARLOS RAMOS NÚÑEZ

*Director General del Centro de Estudios Constitucionales
y de la Revista Peruana de Derecho Constitucional*

En un poema memorable, Lope de Vega se refería a que, sin tener mayor conciencia del empeño, y del tiempo y la apelación de su exigencia, había emprendido la labor de escribir un soneto: “contad si son catorce, y está hecho”, concluía, con sabia suficiencia. Con similar satisfacción, aunque no genio, constatamos que hemos llegado ya a la edición número 11 de la *Revista Peruana de Derecho Constitucional* (RPDC), y que, desde que asumimos su dirección, son cinco las ediciones que hemos impulsado. El paso del tiempo, del cual recién cobramos certidumbre, nos revela que no ha sido poco el empeño desplegado, aunque es mucho más gratificante la convicción de la labor cumplida, en procura de situar a esta, nuestra revista, órgano de difusión oficial del Tribunal Constitucional del Perú, en la primacía que su importancia reclama. La RPDC, como sabemos, en cada una de sus ediciones dedica una sección monográfica a la exposición, debate y muchas veces dilucidación de temas constitucionales de actualidad imperativa. Es por ello que en este nuevo número se ha convocado a respetados especialistas para discutir un tema de acuciante actualidad y obvia raigambre constitucional: el fenómeno de la migración, que tanto nos incumbe y que tantos enconos (muchos condenables) provoca. Nuestra posición, como no podía ser otra, es la del respeto escrupuloso a los derechos fundamentales de los ciudadanos migrantes. Desentrañar las complejidades de este fenómeno, reafirmar el ejercicio del derecho fundamental a migrar, así como los derechos implicados en ese proceso y, si cabe, suscitar la empatía con el destino del desplazado, serán objetivos que esperamos se alcancen con esta edición.

Como discurre con su acostumbrada sabiduría el profesor Luigi Ferrajoli, en el artículo con el que honra nuestra revista, el *ius migrandi* fue entendido desde el siglo XVI como un «derecho natural universal»¹ que se articulaba y hallaba su justificación jurídica en el derecho de gentes latino. Tal desarrollo argumentativo en el plano jurídico se plasma en la obra del fraile dominico Francisco de Vitoria, famoso jurista y máximo exponente de la Escuela de Salamanca, cuyas ideas –es menester también reconocerlo–, dieron origen al fecundo pensamiento de su coetáneo, el no menos célebre Fray Bartolomé de las Casas².

Ciertamente, no olvidemos que fueron los doctos académicos de la Universidad de Salamanca –como bien señala Rodríguez Molinero–, quienes «siguiendo fielmente la doctrina de Francisco de Vitoria, defendieron los derechos inalienables de los pueblos indios, entre ellos a conservar sus propiedades y a mantener a sus gobernantes legítimos, así como a preservar su lengua y tradiciones»³.

Sin embargo, no deja de ser cierto también el hecho histórico de que Occidente en su conjunto –y particularmente España–, le deben a Francisco de Vitoria, en el marco de sus aportes conceptuales al desarrollo del derecho internacional, los argumentos ideológicos que justificaron la masiva migración europea al Nuevo Mundo⁴ y su subsecuente conquista

¹ Luigi FERRAJOLI, p. 31 *infra*.

² Nacido no en Vitoria sino en Burgos, Francisco de Vitoria fue hijo de Pedro Arcaya (quien se cambia el apellido por las burlas de las que eran motivo los apellidos vascos en la región de Castilla, optando por el apellido Vitoria en razón a su origen) y Catalina de Compludo. Ver: Marcelino RODRÍGUEZ MOLINERO, «La doctrina colonial de Vitoria, legado permanente de la Escuela de Salamanca», Universidad de Rioja, Anuario de Filosofía del Derecho VIII, 1991, Pp. 43-73. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/142208.pdf>

³ Marcelino RODRÍGUEZ MOLINERO, *Ibidem*.

⁴ Entre las conclusiones a las que arriba Francisco DE VITORIA para justificar la ocupación de las tierras de América por parte de los europeos, basándose en el *iure naturale et gentium*, figuran las siguientes: «Los españoles tienen derecho a viajar y permanecer en aquellas provincias, mientras no causen daño, y esto no se lo pueden prohibir los bárbaros»; «En todas las naciones se tiene por inhumano el recibir y tratar mal a los huéspedes y peregrinos sin motivo especial alguno, y, por el contrario, se tiene por humano y cortés el portarse bien con ellos, a no ser que los extranjeros aparejaran daños a la nación»; «Son lícitas todas las cosas que no están prohibidas o que no redundan en perjuicio o injuria para los demás. Y como (según supone-mos) la referida peregrinación de los españoles no injuria ni daña a los bárbaros; luego es lícita»; «No sería lícito a los franceses prohibir a los españoles recorrer Francia y aun establecerse en ella, ni viceversa, si no redundase en su daño o se les hiciera injuria; luego tampoco podrán hacerlo lícitamente los bárbaros»; «El destierro es una pena que figura entre las capitales, y, por lo tanto, no hay derecho a desterrar a los huéspedes sin culpa alguna», y «Es propio del derecho de la guerra prohibir la residencia en la ciudad o provincias a los que se consideren

y afincamiento en estas tierras. Nuestro mestizaje y el sincretismo cultural que nos identifica son, entre otros, legados de este fenómeno, así como los apasionados debates sobre su legitimidad.

De otro lado y siglos de por medio, es claro que, más allá de las consideraciones políticas, sociales, económicas e internacionales que implica la actual migración de un considerable sector de la comunidad venezolana hacia diferentes estados del continente y del mundo, ese hecho no puede sino retrotraernos al histórico momento del descubrimiento de América y a los problemas que produjo la masiva migración occidental, así como a los intentos de resolverlos en el ordenamiento jurídico internacional de ese entonces. Teniendo en cuenta este antecedente, una tradición de obligada remisión, la pretensión de dotar al fenómeno mundial y recurrente de la migración no solo de una justificación jurídica, sino de las garantías adecuadas a los ciudadanos desplazados, es objeto central en la justicia constitucional y en los instrumentos supranacionales pertinentes del orbe.

Es evidente que la migración es un fenómeno histórico tan antiguo como el hombre mismo, y esta transitividad impone el reto de afrontar nuevos escenarios en los que el estatus de dignidad de las personas migrantes puede eventualmente verse afectado, en la medida de que no se les permita el ejercicio de algunos de sus derechos bajo consideraciones ajenas a su exclusiva condición de personas.

Y como en una democracia constitucional la vida social está permanentemente ordenada por los valores que derivan de la Constitución, cuyo significado es atribuido en términos culturales (esto es, porque se explican históricamente), corresponde abordar el tema de la migración no solo en un sentido diacrónico, circunscrito a una temporalidad estrecha, sino desde una óptica diacrónica, más amplia en el tiempo, y con una perspectiva abierta a otras realidades y a diferentes perspectivas o enfoques.

como enemigos, como asimismo expulsar a los que en ellas se encuentran establecidos. Pero como los bárbaros no están en guerra justa con los españoles, supuesto que éstos no les sean dañosos, no les es lícito el vedarles estar en su patria», entre otras. Ver: FRANCISCO DE VITORIA, *Relecciones sobre los indios y el derecho de guerra*, Espasa-Calpe, Madrid, Tercera edición, 1975, Pp. 88-89. Disponible en: <https://www.uv.es/correa/troncal/resources/Relectio-prior-de-in-dis-recentrer-inventis-Vitoria-pdf>

He allí el valor de los aportes reflexivos que nuestros colaboradores ofrecen con sus artículos en el presente número de nuestra revista, la cual, sin más, pasamos a reseñar en los párrafos que siguen.

La sección monográfica abre con el trabajo del profesor Luigi Ferrajoli «Políticas contra los migrantes y crisis de la civilización jurídica». Con la lucidez que le caracteriza, el ex decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Roma III reflexiona sobre la cuestión migratoria y esclarece su estatuto e identidad permanente. Sostiene, así, que se trata de un fenómeno de carácter estructural y, sobre todo, irrefrenable, generado hoy en día por las desigualdades globales, la miseria creciente, las guerras, la pobreza y el hambre. Frente a las políticas y leyes migratorias, recientemente instauradas en Italia y algunos países de Europa, caracterizadas por una tendencia a la criminalización, el racismo y la xenofobia, que ponen en cuestión no sólo los valores fundacionales de la *Europa de los derechos*, sino también los valores de la dignidad humana, la libertad e igualdad, inscritas en las Constituciones; el profesor Ferrajoli propugna instituir una *ciudadanía universal*, fundada en la humanidad, que supere la dicotomía «derechos del hombre»/«derechos del ciudadano», y que reconozca –más allá de la pertenencia a un determinado Estado– como personas a todas las mujeres y hombres del mundo, y por lo mismo, poseedoras de los mismos derechos fundamentales. Se trata, en buena cuenta, de rechazar el concepto de ciudadanía como estatus privilegiado, anclado en la idea del Estado-nación y resguardado por las «fronteras nacionales».

Propone, en definitiva, asumir el fenómeno migratorio como el auténtico *hecho constitutivo* del orden del futuro, destinado –como instancia y vehículo de la igualdad–, a revolucionar las relaciones entre los hombres y las mujeres, y a refundar, a largo plazo, el orden internacional. Perspectiva desde la cual el derecho de emigrar equivaldría al *poder constituyente* de este nuevo orden global, regido por un constitucionalismo mundial, establecido ya en la actualidad con las convenciones internacionales, aunque aún sin garantías que aseguren su efectividad.

En el segundo trabajo de la sección, «Los estándares internacionales sobre derechos humanos de la niñez migrante y la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana», de Felipe González Morales, el relator especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de los Migrantes examina

los conceptos más importantes desarrollados en la Opinión Consultiva N.º 21, «Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional», solicitada por cuatro estados del Mercosur: Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. La premisa de la que parte el autor es que el colectivo de niños, niñas y adolescentes migrantes se encuentra en una posición de especial vulnerabilidad. Desde esta perspectiva, presta especial atención tanto a los aspectos relativos a las garantías de un debido proceso en los procedimientos de inmigración, refugio y deportación de niñas y niños migrantes, como a la cuestión de los trámites para determinar la necesidad de protección internacional de este colectivo, a la luz del principio del interés superior del niño/a.

Gabriel Gualano de Godoy, jefe de Misión de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, en su trabajo «Comunidad y sus otros», analiza la propuesta de Seyla Benhabib –que, en diálogo con las teorías contemporáneas de la democracia, plantea un debate sobre la idea de pertenencia justa a una comunidad política, y cuestiona la definición de quiénes serían los miembros y cuáles son los criterios de juicio moral que las democracias liberales han utilizado para definir quiénes son sus ciudadanos– como base teórica, necesaria aunque insuficiente, en tanto síntesis de un modelo de cosmopolitismo liberal, para evaluar la recepción de solicitantes de asilo, refugiados y apátridas. Desde esta óptica, tanto para Gualano como para Benhabib, el «derecho a tener derechos», al que alude Hannah Arendt, debería ser entendido como el reconocimiento del estatuto universal de cada ser humano, independientemente de su nacionalidad. Reconocimiento que garantizaría la fundamentación de la protección debida a solicitantes de asilo, refugiados y apátridas.

En «Sobre migraciones y Constitución. Extranjeros e inmigrantes en la Constitución española de 1978», Javier de Lucas Martín pone de relieve que la Constitución española no contempla disposiciones específicas en materia de inmigración. Para analizar los derechos reconocidos a los inmigrantes, estudia las disposiciones constitucionales sobre extranjería, las distintas leyes orgánicas sobre la materia, la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia pone en cuestión la atribución diferenciada de derechos y deberes fundamentales fundada en la condición de nacionalidad –la igualdad ante

la ley consagrada en la Constitución se refiere a los españoles, de donde se deduce que sólo los españoles son los titulares de la plenitud de los derechos y libertades—. Sostiene que en Estados democráticos que deben regirse por el principio de pluralismo inclusivo, en el contexto de globalización y multiculturalidad, la ciudadanía —y la atribución de derechos políticos— debe vincularse a la residencia efectiva; es decir, a la voluntad de pertenecer de manera constante, acreditada básicamente a través de la residencia legal estable, más que a la nacionalidad.

Concepción Torres, en «El derecho de asilo en los casos de trata con fines de explotación sexual: análisis jurisprudencial desde una visión sensible al género», realiza un exhaustivo escrutinio de los parámetros de aplicación e interpretación normativa del Tribunal Supremo español (Sala contencioso-administrativa), en los recursos de casación ante resoluciones administrativas denegatorias de asilo en asuntos de trata con fines de explotación sexual. Desde el marco teórico del *feminismo jurídico*, que critica la eficacia normativa de las leyes cuando obvian la perspectiva de género como criterio interpretativo en el Derecho —en tanto garantía específica de los derechos de las mujeres—, la profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Alicante pone de relieve que, si bien el reconocimiento normativo de la persecución por motivos de género en casos de asilo y protección subsidiaria constituye un avance, sin embargo, su traslación a la práctica, a través del reconocimiento por parte de las autoridades administrativas competentes y/o, en su caso, judiciales, es todavía una tarea pendiente. Considera, en consecuencia, que a efectos de brindar una protección adecuada de los derechos de las mujeres en los casos bajo análisis, se debería efectuar cambios legales e incorporar la perspectiva de género en la aplicación e interpretación normativa de asilo y protección subsidiaria y, sobre todo, en la formación de quienes operan en este tipo de procesos.

Isabel Berganza Setién, en «Las personas venezolanas en Perú: entre la perspectiva de los derechos humanos y la seguridad», precisa que, como consecuencia del desplazamiento de personas venezolanas (motivado por la aguda crisis política, social y económica que atraviesa Venezuela) en los últimos años, el Perú dejó de ser un país que genera de forma exclusiva población emigrante, para convertirse también en destino de inmigrantes y solicitantes de refugio. De hecho, de acuerdo con Acnur, sería el país que a

nivel mundial tiene el mayor número de solicitantes de refugio de ciudadanos venezolanos. Este proceso de transformación, observa la decana de la Facultad de Derecho de la Universidad Ruiz de Montoya, habría puesto de manifiesto que el Perú no es un país preparado para la recepción de inmigrantes, ni en su normativa –hasta enero de 2017 el Decreto Legislativo N.º 703, que nunca fue reglamentado– ni en los procedimientos pertinentes. El marco normativo generado en este nuevo escenario (D. Legislativo N.º 1350 y D.S. N.º 007-2017-IN, que regula el Permiso Temporal de Permanencia y su aplicación, así como la Ley N.º 2789, que contempla el procedimiento de solicitud de refugio), es analizado por la autora, que concluye en que, si bien la normativa vigente en el Perú respecto a la movilidad humana parte de la perspectiva de los derechos humanos, la tendencia a conceder prioridad a la seguridad, entendida como «seguridad nacional u orden público» más que a la entendida como seguridad de las personas, no es la adecuada.

En «Migración venezolana al Perú», el sociólogo José Koechlin describe y analiza el contexto venezolano –crisis económica y escasez; violencia y crisis institucional– como una variable central para comprender las razones por las cuales los venezolanos/as huyen de su país. Esboza tanto el perfil de los migrantes venezolanos/as en el Perú (que, de acuerdo con el autor, se caracterizaría, fundamentalmente, por necesidades económicas, mejoría de su calidad de vida a través del trabajo y satisfacción de condiciones de supervivencia, traducidas en alimentación y salud); como el «proyecto migratorio», es decir, el proyecto que tienen los migrantes al llegar al país de destino: permanecer temporal o indefinidamente, o migrar a un tercer país. Examina, a su vez, las principales acciones desarrolladas por el Estado peruano para hacer frente a este fenómeno que, según destaca el autor, fueron básicamente dos: el Permiso Temporal de Permanencia (PTP) y el refugio.

Carmen Pérez González, vicedecana de Relaciones Internacionales e Intercambios Académicos de la Universidad Carlos III de Madrid, en «Migraciones y Constitución Española», somete a indagación la construcción del derecho migratorio a través de la doctrina del Tribunal Constitucional y de las normas que regulan los movimientos migratorios que se producen a través de las fronteras, ya sea por razones económicas o políticas, en condición legítima o irregular, con especial atención al régimen de extranjería, extradición y asilo. Ventila estos temas a la luz de la Constitución y del marco

jurídico europeo e internacional de derechos humanos, al que debe ajustarse la regulación interna. A partir de este estudio, la ex asesora para asuntos internacionales de la Secretaría de Estado en Inmigración y Emigración afirma que tanto el legislador como los tribunales de justicia –ordinarios y el TC–, en general, deben guiarse por dicho marco normativo. En tal línea, destaca que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido clave; y en particular, respecto al desarrollo de las obligaciones que se derivan para los estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el principio de no devolución.

A continuación se incluye el discurso pronunciado por el doctor Gabriel Gualano de Godoy el 18 de enero de 2018, con ocasión de la entrega del «Premio Regional de Sentencias de Acceso a la Justicia de Personas Migrantes o Sujetas de Protección Internacional», cuyo primer puesto fue otorgado al Tribunal Constitucional del Perú, por la sentencia recaída en el Expediente N.º 02744-2015-PA/TC. La premiación fue organizada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados; la Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia, A.C.; la Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Sin Fronteras, I.A.P.; la Alianza para las Migraciones en Centroamérica y México, y la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

La sección «Miscelánea» inicia con una entrevista realizada por el asesor del Tribunal Constitucional Javier Adrián al profesor Manuel Atienza Rodríguez en torno a seis ejes temáticos: teoría de la argumentación jurídica, razonamiento judicial, positivismo jurídico, derechos humanos, filosofía política y enseñanza del Derecho. El catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante afirma que si bien la argumentación jurídica –el conocimiento y manejo de una serie de técnicas– es necesaria, sin embargo, no es suficiente para garantizar que las soluciones sean más justas. En la formación de los juristas, consecuentemente, no sólo debe tener un papel importante la argumentación, sino también la ética y la filosofía moral. Asiduo lector de Kant y Marx, considera que la exigencia más obvia del principio de dignidad humana, consagrado en las constituciones promulgadas tras la Segunda Guerra Mundial, es que todas las personas vean satisfechas sus necesidades básicas. Y la dignidad es de alguna manera previa para poder

hablar de libertad o de igualdad. Desde esta óptica, para el profesor Atienza, los derechos sociales serían más fundamentales que los civiles y políticos, pero no se excluyen entre sí, sino que todos ellos forman una unidad. De modo que el estudio y la enseñanza de la filosofía del derecho deben estar centrados en la transformación social, y han de tener en cuenta que lo que hoy nos hace falta es, esencialmente, igualdad, sobre todo en América Latina.

Claudio Nash, en «La violencia sexual contra las mujeres ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos», da cuenta de la forma como la Corte ha interpretado los casos relativos al goce y ejercicio de los derechos de las mujeres. Precisa que en los primeros casos se invisibilizó la violencia contra las mujeres, particularmente la violencia sexual, y que sólo después – fundamentalmente desde el año 2006– se produce un giro importante a partir de considerar que la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que configura una violación a los derechos humanos. Asimismo, que este tipo de violencia constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, afectando a las mujeres sin distinción de raza, clase, etnia, cultura, edad o religión, entre otras. Desarrolla los principales hitos del proceso de construcción del enfoque de igualdad y no discriminación –que utiliza la categoría analítica de género–, adoptado por el Sistema Universal e Interamericano de derechos humanos para enfrentar la violencia contra las mujeres. Revisa, asimismo, la jurisprudencia de la Corte IDH; fundamentalmente los casos de violencia sexual, esterilizaciones forzadas y derecho a la vida de las mujeres en situación de embarazos riesgosos, y enfatiza que la cultura de impunidad y la presencia de estereotipos de género en las investigaciones sobre violencia contra las mujeres llevadas a cabo por las autoridades estatales, se encuentran entre las principales preocupaciones del Alto Tribunal, por lo que reitera la obligación de los Estados de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres.

En «Propuesta para una nueva jurisprudencia. Colombia frente al caso Artavia», Martha Cecilia Paz efectúa un análisis exhaustivo de la sentencia pronunciada por la Corte IDH en el caso «Artavia Murillo Vs. Costa Rica», e identifica el alcance del derecho a la vida previsto en el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el contenido del derecho a la intimidad familiar. Contrasta lo establecido por la Corte IDH en este

fallo con la jurisprudencia constitucional colombiana en torno a los derechos sexuales y reproductivos. Teniendo en consideración que la Convención Americana tiene vigencia en todo el continente, la magistrada auxiliar de la Corte Constitucional colombiana sostiene que los argumentos esgrimidos por la Corte IDH –intérprete última del Pacto de San José– en un caso determinado (*ratio decidendi*) deben surtir efectos en todos los estados parte del sistema interamericano. Colombia es un Estado parte de la Convención y ha reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH; de ahí que lo establecido en el caso Artavia sobre el derecho fundamental a la maternidad tenga plenos efectos en el ordenamiento jurídico colombiano y, a entender de la autora, sea susceptible de ser garantizado a través del proceso de amparo.

24 Carmen Montesinos Padilla, en «Estabilidad presupuestaria, déficit público y medidas anti-crisis. El impacto de la política económica europea en la doctrina del Tribunal Constitucional español en materia de derechos sociales», evalúa las consecuencias generadas por la constitucionalización (artículo 135 de la CE) del principio de estabilidad presupuestaria en el ámbito de protección de los derechos sociales en España. Se centra en la situación del sistema nacional de salud –del que, por disposición del Decreto Ley 16/2012, quedaron excluidos los inmigrantes en situación de irregularidad administrativa–; la reforma laboral y el derecho a la vivienda. A partir de dicho escrutinio, la investigadora posdoctoral de la Universidad de Vigo manifiesta que durante los años de crisis, el Tribunal Constitucional se posicionó a favor de una «interpretación deconstructiva del concepto de Estado Social, ampliando la disponibilidad regulativa del legislador para llevar a cabo una fuerte involución de los estándares de protección», y que renunció a su potestad para controlar la adecuación constitucional de aquellas opciones técnico-legislativas que realizan una interpretación reduccionista de estos derechos. De ahí que, como refiere la autora, la doctrina haya puesto de relieve la contradicción insuperable entre la incorporación en el ordenamiento español del «constitucionalismo de mercado europeo» y las disposiciones propias del Estado social.

En «Algunos sentidos de derrotabilidad», Víctor García Yzaguirre realiza una reconstrucción de la noción de *derrotabilidad* elaborada por tres autores de primer nivel: Frederick Schauer, Riccardo Guastini y Luis Duarte d'Almeida. El propósito de esta reconstrucción, nos dice el profesor García

Yzaguirre, es demostrar que la *derrotabilidad* es un concepto ambiguo que es empleado para explicar objetos diversos y desde planos diferentes, por lo que, cada vez que se predique que una norma es derrotarle, es imprescindible precisar el sentido empleado. Desde esta óptica, da cuenta de tres sentidos de *derrotabilidad*: i) la derrotabilidad como experiencia recalitrante; ii) la derrotabilidad como una disociación; y iii) la derrotabilidad como resultado de distribución de la carga de la prueba.

Finalmente, Leopoldo Gamarra Vílchez, en «Rol del Tribunal Constitucional peruano en materia laboral y previsional», realiza un exhaustivo inventario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, desde el inicio de su funcionamiento (1996) hasta la actualidad (2018), con la finalidad de examinar su desempeño jurisdiccional en materia laboral y previsional, específicamente en el tratamiento de derechos de carácter individual y colectivo, así como en aquellos procesales y de seguridad social, como partes sustanciales del derecho fundamental al trabajo. Amparado en ello, el profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos sostiene que el Tribunal Constitucional se habría situado como la única institución capaz de asegurar los derechos socioeconómicos de los trabajadores reconocidos en la Constitución, en la medida en que el proceso de inconstitucionalidad de las normas laborales habría sido la herramienta jurídica más eficaz para lograr el reconocimiento y vigencia de los derechos laborales.

La revista se cierra, como es habitual, con los comentarios jurisprudenciales a algunas de las sentencias más importantes emitidas por el Tribunal Constitucional, y con reseñas de algunos de los libros publicados por el Centro de Estudios Constitucionales. Estas glosas y recensiones son efectuadas con suficiencia y rigor por asesores de la institución y académicos invitados.

Ciertamente, en una sociedad donde impera el Estado Constitucional de Derecho, el ejercicio irrestricto de los derechos fundamentales constituye la expresión más lograda del reconocimiento a la dignidad humana. En tal sentido, el *ius migrandi*, el derecho a migrar, a desplazarse por la faz del planeta, es una expresión de la libertad de las que deben gozar hombres y mujeres, sin distingo de ningún tipo, ejerciendo para ello todo el haz de derechos que les confiere su condición de ciudadanos del mundo. El coactar

esta libertad o constreñir el ejercicio igualitario de los derechos de los ciudadanos migrantes en las naciones que los reciben, no solo es condenable, sino que representa un retroceso lamentable en la convicción y la práctica del humanismo que fundamenta la democracia y el constitucionalismo en nuestros países. Ya el poeta Virgilio –citado por Francisco de Vitoria al reflexionar sobre los problemas consustanciales al *ius migrandi*– lo expresaba en la exactitud y profundidad de sus indignados versos, escritos para la eternidad en las páginas de *La Eneida*

De qué suerte de gente son estos hombres?

¿Qué país puede tener tan salvaje proceder,

negándonos la hospitalidad en sus orillas?

Nunca tan oportuno recordar a Todorov⁵, que, con la lucidez y la sensibilidad propias de quien fue un cabal ciudadano del mundo, enfatizaba (y espetaba a la humanidad en pleno) que: “El extranjero no solo es el otro, nosotros mismos lo fuimos o lo seremos, ayer o mañana, al albur de un destino incierto: cada uno de nosotros es un extranjero en potencia”. Que estas palabras resuenen, vibrantes, en estos días de odioso apogeo de los nacionalismos hostiles, del racismo y la discriminación en el mundo.

Nuestro agradecimiento a los magistrados integrantes del Tribunal Constitucional, pues sin su apoyo trascendental esta publicación, como las anteriores, no hubiese sido posible. Y desde luego, a los juristas, académicos, asesores y a todas y cada una de las personas que han contribuido, con su sapiencia, su disposición crítica y su colaboración entusiasta, para darle cuerpo y sentido a este nuevo número de la RPDC. Esta publicación es de ustedes, y de los lectores que entablen diálogo con ella.

⁵ Discurso pronunciado por Tzvetan Todorov en la oportunidad de haber recibido el Premio Príncipe de Asturias de Ciencias Sociales, el año 2008.

MIGRACIÓN Y DERECHOS
FUNDAMENTALES

Políticas contra los migrantes y crisis de la civilización jurídica

 LUIGI FERRAJOLI*

Sumario

I. La inmigración hoy: dos novedades respecto al pasado. **II.** Una contradicción de los orígenes de la civilización jurídica europea: *ius migrandi*, como derecho universal y asimétrico. **III.** Racismo institucional. **IV.** Leyes racistas. La criminalización del estatus del inmigrante “ilegal”. **V.** Derecho administrativo anti-humanitario. La *fascistización* del sentido común. **VI.** Los efectos perversos de las políticas de exclusión. **VII.** La pérdida de la identidad democrática y civil de Occidente. Una perspectiva alternativa: los migrantes como pueblo constituyente de un nuevo orden mundial.

29

Resumen

En este trabajo se discute la fuerte explosión de desigualdades que está caracterizando nuestra época, pues se aborda el delicado tema de la inmigración. En primer lugar, se presentan las dos novedades que el fenómeno migratorio hoy introduce respecto al pasado, relacionadas con la creación de la absurda figura de la «persona ilegal». Se analiza el *ius migrandi*, es decir, el derecho de emigrar y se hace referencia no solo a la tradición liberal clásica sino también a la teorización del teólogo español Francisco de Vitoria, con el propósito de evidenciar como este se caracteriza por ser un derecho universal y asimétrico. En segundo lugar, se considera el racismo institucional de las políticas y las leyes italianas y europeas contra la inmigración. Finalmente, se señala que la construcción de identidades enemigas sirve para movilizar a la opinión pública, especialmente la de los sujetos más débiles, respecto a los sujetos aún más débiles; y que la única solución, aunque pueda aparecer poco realista, es rechazar la ciudadanía como *estatus* privilegiado,

* Profesor de la Universidad Roma III.

La traducción de este texto estuvo a cargo de la doctora Natalina Stamile.

instituyendo, por el contrario, una *ciudadanía universal*, que supere la dicotomía «derechos del hombre»/«derechos del ciudadano», y reconozca a todos los hombres y todas las mujeres del mundo, como personas, los mismos derechos fundamentales.

Palabras clave

Migraciones, Constitución, desigualdad, persona ilegal, *ius migrandi*, racismo, ciudadanía universal, derechos del hombre, derechos del ciudadano, derechos fundamentales.

Abstract

This paper discusses the strong explosion of inequalities that is characterizing our time, dealing with the delicate issue of immigration. Firstly, it presents the two novelties that the migratory phenomenon today introduces with respect to past, related to the creation of the absurd figure of the «illegal person». It analyzes the *ius migrandi*, that is, the right to emigrate, referring not only to the classical liberal tradition, but also to the theorization of the Spanish theologian Francisco de Vitoria, with the purpose of showing how this is characterized as a universal right and asymmetrical. Secondly, it considers the institutional racism of the policies and the Italian and European laws against immigration. Finally, it is pointed out that the construction of enemy identities serves to mobilize public opinion, especially that of the weakest subjects, with respect to even weaker subjects; and that the only solution, although it may seem unrealistic, is to reject citizenship as a privileged status, instituting, on the contrary, a universal citizenship, which overcomes the dichotomy «rights of the man» / «rights of the citizen», and recognizes all the men and all the women of the world, as people, with the same fundamental rights.

Keywords

Migration, Constitution, inequality, illegal person, *ius migrandi*, racism, universal citizenship, human rights, city rights, fundamental rights.

I. La inmigración hoy: dos novedades respecto al pasado

La cuestión migratoria nos enfrenta a la más estridente, conspicua e insostenible contradicción entre los principios constitucionales que informan a nuestras democracias y las políticas de exclusión y, de hecho, de condena a la no sobrevivencia, puestas en práctica por nuestros

gobiernos hacia los migrantes. Ciertamente, el fenómeno migratorio no es nuevo. Siempre el proletariado ha estado formado por diversos flujos migratorios: desde la emigración de los campos a las ciudades, en la Inglaterra del siglo XVII y principios del XVIII; de la emigración irlandesa e italiana a Estados Unidos y América Latina entre finales del siglo XIX y principios del XX; hasta aquella del sur al norte de Italia en la segunda posguerra. Los recién llegados siempre han sido objeto de discriminación, abuso y explotación y puestos en competición con el antiguo proletariado, que se ha movilizado contra ellos por presiones y sentimientos xenófobos y racistas.

La migración de hoy, sin embargo, presenta dos novedades dramáticas. La primera novedad consiste en poner fuera de la ley y, por tanto, en la clandestinidad y penalización, a la inmigración irregular. Esta fuerte discriminación corre el riesgo de socavar, más que cualquier otro fenómeno migratorio del pasado la identidad democrática de nuestros países. Se ha creado una nueva figura social absurda a partir de la cual se contradice claramente esta identidad: la de *persona ilegal*, fuera de la ley en cuanto persona, sin derechos porque es jurídicamente invisible y, por lo tanto, está expuesta a cualquier tipo de acoso y explotación; destinada a identificar un nuevo proletariado, discriminado jurídicamente y ya no solo, como los viejos inmigrantes, económica y socialmente; en contradicción, por lo tanto, con el artículo 1 de la Constitución italiana, según el cual «Italia es una República democrática fundada en el trabajo» y, entonces, también en el trabajo, –hoy en día– duro y más explotado, de los inmigrantes.

La segunda novedad viene dada por la dimensión masiva del fenómeno, debido a sus razones, más que nunca, terriblemente vitales. La emigración ya no es, como en el pasado, dentro de Occidente, sino en los países del hemisferio sur, primero colonizados y saqueados y luego empobrecidos y devastados por la globalización sin reglas. Sobre todo, es un efecto de la explosión de las desigualdades globales, de la miseria creciente y desesperada, de las guerras, del hambre y, a veces, de las persecuciones, como fuga masiva dictada por la necesidad de la sobrevivencia.

Por lo tanto, cualquier reflexión y cualquier política racional en

materia de inmigración deberían partir del reconocimiento de un hecho irreversible, resultado de la estructura económica del planeta: el fenómeno migratorio no es una emergencia, sino un hecho estructural e imparable, que ya implica cientos de millones de personas, está creciendo constantemente y está destinado a desarrollarse indefinidamente. Actualmente, según los datos de finales de 2015, los migrantes en el mundo son 244 millones (el 41% más que en 2000). En Italia son 5.8 millones casi el 10% de la población (tres veces más que en 2000); en Alemania son 12 millones y 9 millones en el Reino Unido. En Europa son 76 millones (eran 56 millones en 2000) y en los Estados Unidos son 47 millones. Unos 65 millones de personas –una persona cada 113, en su mayoría niños– se vieron obligadas a huir solo en 2015¹.

II. Una contradicción a los orígenes de la civilización jurídica europea: *ius migrandi*, como derecho universal y asimétrico

Obviamente estas cifras están destinadas a aumentar. Se comprende, por lo tanto, que si prevalecen las actuales políticas de exclusión y, ciertamente, estas no sean capaces de limitar el fenómeno, sino solo de reforzar su clandestinidad y dramatizarla, Occidente corre el riesgo del colapso de su identidad. Las derechas xenófobas temen que aquella que llaman las «invasiones» de los migrantes pueda contaminar la identidad cultural de nuestros países. En realidad, relacionan esta identidad con *su* identidad reaccionaria: con *su* falso cristianismo, con *su* intolerancia hacia los diferentes, en resumen, con *su* más o menos consciente racismo.

En efecto, son precisamente las políticas de cierre y exclusión las que están distorsionando y desfigurando la imagen de Italia y Europa, trazada por nuestras constituciones y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Europa no será más –no es más– la Europa civilizada de la solidaridad, del estado social inclusivo, de las garantías de la igualdad y de la dignidad de las personas, sino la Europa de los muros, de los alambres de púas, de las desigualdades por nacimiento y de los conflictos raciales. Las prácticas de exclusión de los migrantes como no-personas están poniendo

¹ El escenario global de la inmigración en el mundo. Disponible en: <<https://goo.gl/YbreKy>>.

a Europa en contradicción no solo con todos los valores de igualdad y libertad inscritos en todas sus cartas constitucionales y en la misma Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sino también con el principio de la libre emigración de todos los seres humanos teorizado por toda su tradición filosófica desde los orígenes de la era moderna.

Para comprender en toda su gravedad estas contradicciones, es útil retroceder en el tiempo, a la concepción original, al comienzo de la era moderna, del fenómeno migratorio. Generalmente, la idea de las fronteras cerradas se considera, en sentido común, como la expresión, obvia y clara de un derecho legítimo, una especie de corolario de la soberanía, concebida como algo análogo a la propiedad: «esta es nuestra casa», es la idea actual, «y no queremos, para proteger nuestra propiedad y de la nuestra identidad, que ningún extraño ingrese en ella». Entonces, es útil recordar que este sentido común xenófobo –que es el principal responsable de las políticas actuales, dirigidas demagógicamente a interpretarlo, a apoyarlo y, de hecho, a nutrirlo– está en clara contradicción no solo con todos los principios proclamados de nuestra tradición liberal, de la igualdad a los derechos humanos y a la dignidad de la persona, pero también con el más antiguo derecho natural, hoy olvidado y removido de nuestra conciencia civil, pero proclamado en los orígenes de la civilización jurídica occidental: *ius migrandi*, es decir el derecho, precisamente, de migrar.

Mucho antes de la teorización hobbesiana del derecho a la vida y de la lockiana de los derechos a la libertad como la razón de ser del contrato social y del artificio estatal, este derecho –*ius migrandi*– fue configurado por el teólogo español Francisco de Vitoria, en su obra *Relecciones de Indis*, pronunciada en 1539 en la Universidad de Salamanca, como un derecho natural universal, fundamento del naciente derecho internacional moderno². A nivel teórico, su afirmación se insertaba en una grandiosa

² Francisco De VITORIA, *Relecciones sobre los indios y el derecho de guerra*, Espasa Calpe, Madrid, 1975, p. 88. Disponible en : <<https://goo.gl/hsGh4R>>. *De indis recenter inventis relectio prior* (1539), in *De indis et de iure belli relecciones. Relecciones theologicæ XII*, «The Classics of International Law», Oceana, New York 1964, sect. III, 1, p. 257: «Disertaré ahora acerca de los títulos legítimos e idóneos, por los que pudieron los bárbaros venir a poder de los españoles. 1. Primer título. El primer título puede llamarse el de la sociedad natural y comunicación. 2. Y acerca de esto, sea la primera conclusión: *Los españoles tienen derecho a viajar y permanecer en aquellas provincias, mientras no causen daño, y esto no se lo pueden prohibir los bárbaros*».

concepción cosmopolita de las relaciones entre los pueblos formando una especie de hermandad universal³. A nivel práctico, estaba claramente orientado a legitimar la conquista española del Nuevo Mundo: incluso con la guerra, sobre la base del principio *vim vi repellere licet*, donde al ejercicio de esos derechos edificantes se habría opuesto ilegítima resistencia⁴. Y la misma función se llevó a cabo por este derecho en los siguientes cuatro siglos, cuando se trató de legitimar la colonización del planeta por parte de las potencias europeas y sus políticas de robo y explotación.

Además, toda la tradición liberal clásica siempre ha considerado el *ius migrandi* un derecho fundamental. John Locke lo enunció como una especie de corolario del nexo entre autonomía individual, trabajo, propiedad generada por el trabajo y sobrevivencia, llegando a configurarlo como un elemento esencial de la misma legitimidad del capitalismo: «Dios ha dado el mundo a los hombres en común (...) ha dado el mundo para que el hombre trabajador y racional lo use; y es el trabajo lo que da derecho a la propiedad»⁵; sigue que «esa misma regla de la propiedad, a saber, que cada hombre solo debe posesionarse de aquello que le es posible usar, puede seguir aplicándose en el mundo sin perjuicio para nadie; pues hay en el mundo tierra suficiente para abastecer al doble de sus habitantes»⁶ y el trabajo siempre es accesible al menos «en alguna parte interior y desierta de América»⁷. Kant, a su vez, enunció aún más explícitamente no solo el

³ Del principio de «socialidad natural y comunicación entre hombres», sigue que «por derecho natural, son comunes a todos, el agua corriente, el mar, los ríos y los puertos y por derecho de gentes es lícito atracar en ellos. (*Inst., De rerum divisione*). De ello resulta que estas cosas son públicas y comunes, y que, por lo tanto, su uso no puede vedarse a nadie, y, por lo tanto, los bárbaros ofenderían a los españoles si se lo prohibieran en sus regiones». *Op. Cit., prob.* Décimo, p. 90.

⁴ «Si los bárbaros quisieran privar a los españoles de las cosas manifestadas más arriba, que les corresponden por derecho de gentes, como el comercio o las otras que hemos declarado, los españoles deben ante todo, con razones y consejos, evitar el escándalo, y mostrar por todos los medios que no vienen a hacerles daño, sino que quieren amigablemente residir allí y recorrer sus provincias... Pero si, a pesar de ello, los bárbaros no quieren consentir, sino que apelan a la violencia, los españoles pueden defenderse y hacer lo que sea conveniente para su seguridad, ya que es lícito rechazar la fuerza con la fuerza. Y no solo esto, sino también, si de otro modo no están seguros, pueden amunicionarse y construir fortificaciones» *Op cit.*, pp. 93-94. Sobre esta reconstrucción jurídica remito a Luigi FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Laterza, Roma - Bari 1997, cap. I.

⁵ Jonh LOCKE, *Due trattati sul governo. Secondo trattato*, Utet, Torino 1968, cap. V, cap. V, § 35, pp. 264-265. *Segundo Tratado sobre el gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*. Salus populi suprema lex esto, Alianza Editorial, Madrid, 2014, cap. V, § 34, p. 57.

⁶ *Op. Cit.*, § 36, p. 58.

⁷ *Ibidem*.

«derecho de emigrar»⁸, sino también el «derecho de inmigrar», que formuló como «el tercer artículo definitivo para la paz perpetua» y al que identifica con el principio de «una universal hospitalidad»⁹.

Está claro que este derecho fue, desde el principio, viciado por su carácter asimétrico. Aunque formalmente universal, era, de hecho, para el uso exclusivo de los occidentales, no siendo ciertamente posible su ejercicio por las poblaciones de los «nuevos» mundos, en detrimento de los cuales sirvió, por el contrario, para legitimar las conquistas y las colonizaciones. Sin embargo, el *ius migrandi* —el derecho a emigrar del propio país y, consecuentemente, el correlativo derecho de inmigrar a un país diferente— continuó siendo un principio elemental del derecho internacional consuetudinario, hasta que fue consagrado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948: «Toda persona —establece el artículo 13, párrafo 2, de la Declaración— tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país». Y el mismo principio ha sido retomado por casi todas las constituciones, incluida la italiana, que en el artículo 35, párrafo cuarto, establece que «la República reconoce la libertad de emigración».

Entonces, creo que siempre deberíamos recordar —en las escuelas, en el debate público, en la confrontación política— esta formulación clásica, cínicamente instrumental, del derecho de emigrar, porque su memoria puede, al menos, generar una mala conciencia en relación con la ilegitimidad moral y política, incluso antes que jurídica, de nuestras leyes y de nuestras políticas contra los inmigrantes. Esa asimetría, que de hecho hacía del derecho universal de emigrar un derecho solo de los occidentales en detrimento de las poblaciones de los nuevos mundos, hoy se ha derribado. Después de cinco siglos de colonización y robos, ya no son

⁸ «El sujeto (considerado como ciudadano) tiene el derecho de emigrar, porque el Estado no podría retenerlo como su propiedad». Immanuel KANT, *Principi metafisici della dottrina del diritto*, in *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Utet, Torino 1965, § 50, p.528.

⁹ Se trata, escribe Kant, «de derecho y no de filantropía, y hospitalidad (*Wirthbarkeit*) significa aquí el derecho de un extranjero a no ser tratado hostilmente por el hecho de haber llegado al territorio de otro», es decir «un derecho de visita, derecho a presentarse a la sociedad, que tienen todos los hombres en virtud del derecho de propiedad en común de la superficie de la tierra, sobre la que los hombres no pueden extenderse hasta el infinito, por ser una superficie esférica, teniendo que soportarse unos junto a otros y no teniendo nadie originariamente más derecho que otro a estar en un determinado lugar de la tierra». Immanuel KANT, *Sobre la paz perpetua*, Editorial Tecnos, Madrid, 1998, p. 27.

los occidentales los que emigran a los países pobres del mundo, sino que, al contrario, son las masas de personas hambrientas de esos mismos países que presionan nuestras fronteras. Y con el derribo de la asimetría se ha producido también un giro del derecho. Hoy que el ejercicio del derecho de emigrar se ha hecho posible para todos y además es la única alternativa de vida para millones de seres humanos, no solo se ha olvidado el origen histórico y el fundamento jurídico en la tradición occidental, sino que se reprime con la misma dureza feroz con que fue blandida en los orígenes de la civilización moderna con el propósito de conquista y colonización.

III. Racismo institucional

Desafortunadamente, las políticas y las leyes italianas y europeas contra la inmigración ignoran totalmente tanto el carácter estructural e imparable del fenómeno migratorio, como su contradicción con los valores en los que se fundan nuestras democracias, desde el derecho a la vida, la dignidad de la persona, hasta el principio de igual valor del trabajo. Estas leyes se basan en una discriminación por razones de identidad: en la exclusión de los inmigrantes como personas en sí ontológicamente ilegales, fuera de la ley a causa, precisamente, de sus diferencias por nacimiento. Por lo tanto, sirven para fortalecer, apoyar y fomentar la interacción que existe entre el derecho y el sentido común, entre las inclinaciones xenófobas y el racismo endémico presentes en el electorado de nuestros países.

De hecho, existe un nexo ambivalente entre integración e igualdad jurídica e, inversamente, entre desigualdad en los derechos y percepción de los que no tienen derechos, como desiguales e inferiores. Siempre ha sido así: en las relaciones de clase entre propietarios y obreros; en las relaciones de género entre hombres y mujeres; en las relaciones entre ciudadanos e inmigrantes extranjeros, obviamente si son pobres. También ayer, la inferioridad de la mujer¹⁰ y el proletario –hoy la inferioridad del inmigrante– fue legitimada en *sentido común* por su falta de derechos y, en

¹⁰ Sobre las diferentes formas de discriminación y subordinación de las mujeres, vinculadas a la teorización de su inferioridad, véase: Marina GRAZIOSI, *Infirmas sexus. La donna nell'immaginario penalistico*, en «Democrazia e diritto», 1993, 2, pp.99-143; Id., *Disparità e diritto. Alle origini della disuguaglianza delle donne*, en S. SCARPONI (ed.), *Diritto e genere. Analisi interdisciplinare e comparata*, Cedam, Padova 2014, pp. 7-50.

conjunto, se suponía que justificaban y daban fundamento a la misma falta de derechos. Se trata de una legitimación cruzada: de la idea de los sujetos más débiles como inferiores por la desigualdad jurídica, y de la desigualdad jurídica por la percepción racista o clasista o machista de los sujetos más débiles como inferiores. Si la igualdad y la común participación en los derechos son un factor de educación cívica, instando la percepción de lo diferente como igual, inversamente la desigualdad jurídica es un factor de des-educación, generando la imagen del otro como inferior, naturalmente, porque es inferior jurídicamente.

Es un círculo vicioso. Precisamente porque, sin derechos, el inmigrante es percibido como antropológicamente desigual. Y esta percepción racista, a su vez, legitima la discriminación en los derechos. Cuanto mayor es la exclusión social producida por la discriminación jurídica, tanto mayor es la demanda de leyes racistas y el consenso hacia ellas. Fomentar a nivel social el motín contra los migrantes es además una estrategia probada que une tanto las políticas populistas como las políticas liberales; las unas y las otras revierten directamente en el conflicto social: no la dirigen hacia los más fuertes sino hacia los más débiles, ya no como una lucha de clases de quien está abajo contra los que están arriba, sino como un conflicto de identidad de quién está abajo contra quien está aún más abajo.

Esta agresión venenosa hacia los sujetos más débiles, alimentada por el racismo institucional expresado por las leyes contra la inmigración, es el reflejo de una nueva, radical asimetría entre «nosotros» y «los otros» que sirve para reemplazar, en los procesos de formación de identidades colectivas, las viejas identidades y subjetividad de clase. Es la asimetría, jurídicamente formalizada, que se manifiesta en la defensa de nuestros niveles de vida, de nuestra seguridad y de nuestras identidades culturales no contaminadas, incluso a costa de la muerte de infinitas masas de seres humanos, percibidos como «diferentes» y, por lo tanto, enemigos, criminales, o peligrosos y, a su vez, inferiores. Se confirma, de este modo, la clara diagnosis del racismo formulada por Michel Foucault: más que la causa, el racismo es el efecto de las opresiones y violaciones institucionales de los Derechos Humanos; es la «condición», escribió Foucault, que hace

«aceptable la muerte» de una parte de la humanidad¹¹.

De hecho, podemos aceptar que decenas de miles de personas desesperadas sean rechazadas cada año en nuestras fronteras; que estén internadas sin más culpa que su hambre y su desesperación; que quizás se ahoguen en el intento de llegar a nuestros «paraísos democráticos», en tanto aceptemos apoyar el racismo. Además, este rol del racismo tiene un alcance general. Con el tiempo podemos tolerar que en los países pobres millones de personas mueran cada año por falta de agua o de comida, o por enfermedades no tratadas, ya que consideramos que todos ellos son *inferiores*. No es una casualidad que el racismo sea un fenómeno moderno, que se ha desarrollado después de la conquista del «nuevo mundo», cuando las relaciones con los «otros» se establecieron como relaciones de dominación y, por lo tanto, fue necesario justificarlas deshumanizando a las víctimas porque son «diferentes». Esa es la misma reflexión circular que en el pasado generó la imagen sexista de la mujer y aquella clasista del proletario como *inferiores*, porque solo de esta manera podía justificarse la opresión, la explotación y la falta de derechos. Riqueza, dominio y privilegio no se satisfacen con la imposición. Pretenden también una cierta legitimidad sustancial.

IV. Leyes racistas. La criminalización del estatus de inmigrante «ilegal»

Este racismo se ha desarrollado, en Italia como en otros países europeos, en dos niveles institucionales: en el nivel de la legislación, en contraste con la Constitución republicana, y en el nivel de la administración y de la praxis, que se encuentra en un nivel aún más abajo de ilegitimidad, siendo contraria con la misma legislación ordinaria.

Las leyes y las praxis expresadas por estas políticas –desde la criminalización de la misma condición de inmigrante irregular; los cientos de ordenanzas y circulares persecutorias, hasta los centros de internamiento para las repatriaciones– constituyen un conjunto de ilegalidades institucionales que amenaza las raíces de los fundamentos

¹¹ Michael FOUCAULT, *Defender la sociedad. Curso en el Collège de France* (1975-1976), traducción de Horacio Pons, Fondo de Cultura Económica de Argentina, Buenos Aires, 2001, p. 231. Disponible en: <<https://bit.ly/2HRhjSF>>.

de nuestra democracia. Su objetivo es poner, de hecho, fuera de la ley a la inmigración, condenarla a la clandestinidad y, por tanto, privar a los «inmigrantes ilegales» de todos los derechos exponiéndolos a toda forma de opresión y explotación. Sus efectos trágicos son los miles de personas que perdieron la vida intentando llegar a nuestras costas –más de treinta y cuatro mil personas en los últimos quince años, casi la mitad de ellos en los últimos cinco¹²–, víctimas de la inhumanidad de nuestros gobiernos, que olvidan la larga y dolorosa tradición de emigración de nuestro país.

A nivel legislativo se ha producido la ruptura más llamativa: el derecho de emigrar, teorizado por la cultura occidental y que sirvió para legitimar conquistas y colonizaciones, se ha invertido, aunque todavía vigente, en su opuesto. Su ejercicio, en Italia, se ha convertido en delito por la Ley N.º 94 de 15 de julio de 2009. Este ha sido el punto más bajo en la historia institucional de nuestra República. La criminalización de los inmigrantes clandestinos y la creación de la figura de la «persona ilegal» han marcado un salto cualitativo en la política de exclusión y provocado un cambio muy grave en el paradigma del derecho penal. Con esta ley –ciertamente la más indigna de la historia de la república Italiana– por primera vez, después de las leyes raciales de 1938, ha sido penalizado con la introducción del delito de inmigración, no un hecho sino un *estatus*, el de inmigrante clandestino. Esto viola todos los principios básicos del Estado de Derecho en materia penal: en primer lugar del principio de legalidad, en virtud del cual uno puede ser castigado solo *por lo que ha hecho* y no *por lo que es*, por actos ilegales y no por la propia *identidad*; en segundo lugar, el principio de igualdad, que excluye cualquier discriminación de las condiciones personales y sociales y la igual dignidad de las personas; finalmente, los principios de ofensa y culpabilidad, dado que la falta o incluso la pérdida del permiso de residencia a causa, por ejemplo, de un despido, no es en absoluto un comportamiento dañino y menos aún atribuible a la responsabilidad del inmigrante, cuya única culpa es ser extranjero irregularmente residente en Italia.

¹² Según los datos reportados en el sitio *Open migration*, solo en 2016 el número de muertos en mar fue de 4733, nunca tan alto desde que el Acnur, en 2008, comenzó a contarlos (<http://data2.unhcr.org/es/situaciones/Mediterráneo>); en los últimos quince años, 34 361 personas han muerto en el intento de penetrar en la fortaleza de Europa, de las cuales 4273 en 2015 y 3507 en 2014.

No solo eso. En Italia, la jurisdicción y competencia para el tratamiento de este tipo de delitos ha sido confiada a los jueces de paz (*giudici di pace*): por desconfianza hacia los *giudici togati*¹³, o peor aún porque esta materia –que trata sobre la vida y la dignidad de las personas y sus derechos fundamentales– se considera de importancia secundaria. A su vez, ha establecido una pena de reclusión de seis meses a tres años y la confiscación del inmueble, para quien a título oneroso dé alojamiento a un extranjero sin permiso de residencia, al momento de la estipulación del contrato de locación, condenando así a los inmigrantes a no tener un techo.

Por otro lado, el Reglamento de la UE N.º 603, del 26 de junio de 2013, introduce la obligación del recojo de las huellas dactilares de todos los inmigrantes. Además, el artículo 6 del Decreto Minniti N.º 13 de 2017, claramente inconstitucional por la violación del principio de igualdad, canceló la audiencia de la parte interesada, el contradictorio y también la apelación contra el decreto del tribunal que rechaza el recurso de los solicitantes de asilo: la vida de estas personas es obviamente poco importante para nuestro legislador. Por último, se aprobó un conglomerado de normas inhumanas, irresponsables e inconstitucionales, se trata del llamado «decreto-seguridad», impulsado por el ministro del Interior Salvini, que además de las medidas punitivas habituales ha reducido todas las formas de integración y, de hecho, ha suprimido el permiso de residencia por motivos humanitarios, lo que ha provocado la expulsión del sistema de protección para los solicitantes de asilo y refugiados (SPRAR) y de los centros de acogida extraordinarias (CAS) de 40 mil migrantes, arrojados a la calle como irregulares y destinados a alimentar la exclusión social y la delincuencia a ulterior beneficio de la política del miedo.

¹³ Nota de la traductora: en Italia, en la jurisdicción ordinaria, con el término juez «togato» se indica el magistrado de carrera que ejerce la función judicial (de juez o fiscal) por un período indeterminado, nombrado mediante concurso público. El juez «honorario», por otro lado, es el magistrado nombrado mediante procedimientos especiales y no vinculado al Estado por una relación de empleo público sino por un servicio honorario. Las funciones del juez honorario son temporales y la asignación se remunera de diferentes maneras según las funciones ejercidas (juez de paz, juez agregado, juez honorario de la corte, fiscal honorario adjunto, experto en la corte para el menor).

V. Derecho administrativo anti-humanitario. La *fascistización* del sentido común

Lo más desalentador es que estas leyes no fueron suficientes para satisfacer los impulsos racistas presentes en la sociedad y en la administración pública. Se ha desarrollado, en contraste con la misma legislación, una espesa maleza administrativa de reglas y de praxis persecutorias hecha, por un lado, de las circulares internas del ministro del Interior y, por el otro, de los llamados «pactos territoriales para la seguridad» y de las centenares de ordenanzas emitidas por los alcaldes, especialmente en los municipios gobernados por la *Lega Nord*. Así, sucede que muchos alcaldes exigen en sus ordenanzas, para la prestación de servicios públicos tales como el acceso a las escuelas, guarderías o viviendas sociales, requisitos y condiciones no previstos por la ley pero que, de hecho, son absolutamente obligatorios; o que simplemente discriminan a los extranjeros, impidiendo u obstaculizando su inscripción en la oficina de registro o los matrimonios con ciudadanos italianos o, como sucedió en el municipio de Lodi, el acceso a los niños al comedor y a otros servicios escolares por no certificar la ausencia de bienes poseídos en el extranjero; o que las circulares ministeriales requieren, por ejemplo, para la renovación del permiso de residencia, obligaciones, restricciones o certificaciones comunicadas a la parte interesada solo en el momento de su rechazo y quizás el día anterior a la fecha de caducidad¹⁴. La vida de un ser humano queda así abrumada por la ausencia de un sello u otra trivialidad, generalmente inútiles formalidades, y confían en la incertidumbre y arbitrariedad. Obviamente, todas estas medidas son teóricamente susceptibles de apelación, por violación de la ley, ante la jurisdicción administrativa. Pero está claro que el inmigrante –por desconocimiento, por el costo del juicio o simplemente por los tiempos ajustados impuestos por los plazos– no puede hacer valer sus derechos violados.

Este «sistema de gobierno por circulares», este «infra-derecho administrativo» como lo ha llamado Iside Gjergji, aunque en línea de principio subordinado a la ley y, por lo tanto, jurídicamente ilegítimo, es

¹⁴ Véase, la extensa casuística contenida en Iside Gjergji, *La socializzazione dell'arbitrio: alcune note sulla gestione autoritaria dei movimenti migratori in Italia*, en P. Basso (ed.), *Razzismo di stato. Stati Uniti, Europa, Italia*, Franco Angeli, Milano 2010, pp. 439-466.

mucho más efectivo y vinculante que las mismas leyes. Por dos razones: porque las oficinas administrativas locales, debido a la organización jerárquica de la Administración Pública, se sienten sujetas, más que a la ley, a estas circulares y estas ordenanzas, promulgadas, aunque sea ilegítimamente, por los órganos a los que están directamente subordinados; y porque estas mismas oficinas, a causa de la visión obtusamente burocrática que tienen en común todas las oficinas públicas, perciben siempre, inconscientemente, como legítimo mucho más el rechazo que la aceptación de cualquier instancia, mucho más la negación que el reconocimiento y la tutela de los derechos.

Finalmente, en 2018, con el gobierno actual formado por la alianza de los populistas, la política contra los inmigrantes ha adquirido un carácter ostentosamente inhumano y abiertamente ilegal, cambiando la imagen de Italia, en el pasado distinguida por el socorro de cientos de miles de náufragos con la operación *Mare Nostrum*, y hoy convertida en el líder de los países del grupo Visegrad. La primera acción de este gobierno ha sido uno de los actos más vergonzosos en la historia de la República: el cierre de los puertos inaugurado con el rechazo del *Aquarius* en el que se habían salvado 629 migrantes, de los cuales 123 eran menores no acompañados, 11 eran niños y 7 eran mujeres embarazadas. Ha seguido el bloqueo a otros barcos, que han sido dejados en el mar, con su carga de cientos de personas sufriendo, y luego la historia, en agosto, del barco *Diciotti*, donde fueron tomados de rehenes, durante diez días, 177 migrantes. Lo que ha sido una clara violación del principio de libertad personal establecido por el artículo 13 de la Constitución italiana y, por lo tanto, como sostuvo la *Procura de Agrigento*, un secuestro y un abuso de autoridad. El aspecto más grave y claramente subversivo de este crimen ha sido, además, el abierto reclamo hecho por el ministro, quien declaró que quería persistir en su cometido, con la evidente intención de alterar los fundamentos de nuestro Estado de derecho: ya no es la legalidad constitucional, sino el consentimiento electoral como fuente de legitimación de cualquier arbitrio, incluso si es delictuoso.

Este ostentoso desprecio por la legalidad y por los principios

elementales del derecho interno y del derecho internacional¹⁵ marcaron un ulterior salto de calidad de las políticas de este gobierno con respecto a las antiguas políticas anti-inmigrantes: la práctica de la exclusión, que en el pasado fue por lo menos negada y ocultada, es agitada por el actual populismo, por nuestro gobierno como por el presidente estadounidense Donald Trump y por los gobiernos europeos del llamado grupo de Visegrad, porque se ha demostrado que es una fuente de consenso fácil, especialmente de las clases más pobres y marginadas. Es un veneno destructivo introducido en la sociedad. Nuestro ministro del Interior, Salvini, no se limita a interpretar la xenofobia, sino que la alimenta y la amplifica, provocando dos efectos destructivos a los presupuestos de la democracia.

En primer lugar, una reducción del espíritu público y del sentido moral en la cultura de masas. Cuando la indiferencia por los sufrimientos y los muertos, la inhumanidad y la inmoralidad de fórmulas como «*prima gli italiani*» o «*la pacchia è finita*», en apoyo a la omisión de socorro, son practicadas y exhibidas por las instituciones, no son solo legitimadas, sino también son seguidas y alimentadas, se vuelven contagiosas y se normalizan. Estas políticas crueles están envenenando e impregnando de maldad la sociedad en Italia y en Europa. Están esparciendo miedo y odio por lo «diferente». Están deslegitimando, mediante la difamación a los que salvan vidas humanas, la práctica básica de socorro hacia los que están en peligro de vida. Están *fascistizando* el sentido común. Están devaluando, junto con el sentido de la igualdad y la dignidad de las personas por el hecho de ser personas, también los normales sentimientos de humanidad y solidaridad que forman el presupuesto básico de la democracia. Están, en suma, reconstruyendo los fundamentos ideológicos del racismo.

¹⁵ Antes de todo ha sido violado el artículo 593, 2º párrafo del código penal italiano, sobre la omisión de socorro. Ha sido violado el Convenio Internacional sobre Búsqueda y Salvamento Marítimo (SAR), hecho en Hamburgo el 27 de abril de 1979, en vigor en Italia desde el 22 de junio de 1985, que en el punto 2.1.9 impone la obligación de prestar los servicios de búsqueda y auxilio «más eficaces posibles», trayendo a los náufragos a un «puerto seguro», es decir, al puerto más cercano. Disponible en: <<https://bit.ly/2GR5uKn>>. Ha sido violado el «Texto Único sobre la inmigración» del 25 de julio de 1998, actualizado por ley número 3 del 11 de enero de 2018, cuyo artículo 19, párrafo 1, *bis* prohíbe el rechazo de menores extranjeros no acompañados (lett. a) y de las mujeres que están embarazadas o en los seis meses posteriores al embarazo (lett. d), y cuyo artículo 10, párrafo 4º, prohíbe los rechazos de todos los que pretenden solicitar asilo. Finalmente, ha sido violada la Convención de Ginebra sobre el estatus de los refugiados, cuyo ejercicio ha sido impedido a sus titulares por el cierre de nuestros puertos, equivalente a la práctica ilegal de los rechazos colectivos.

El segundo efecto no es menos grave y destructivo. Consiste en un cambio en las subjetividades políticas y sociales: ya no son las viejas subjetividades de clase, basadas en la igualdad y las luchas comunes por los comunes derechos, sino los nuevos sujetos políticos de tipo *identitario*, los italianos contra los migrantes, primero los italianos, como en los Estados Unidos primero los americanos, nosotros contra los extranjeros, las identidades nacionales unas contra otras, basadas en la identificación de las diferentes identidades como enemigas y en el cambio, repito, de las luchas sociales: ya no los pobres contra los ricos, sino los pobres contra los muy pobres y, sobre todo, los ciudadanos contra los migrantes, transformados en enemigos contra los cuales descargar la ira y la desesperación generadas por el crecimiento de la desigualdad y la pobreza. Las políticas contra los migrantes se combinan así con las políticas antisociales que, en los últimos años, han aumentado el desempleo y la precarización laboral causando la desintegración de las viejas formas de subjetividad política colectiva basadas en la igualdad de los derechos y la solidaridad entre iguales. Expresiones como «movimiento obrero», «conciencia obrera» y «solidaridad de clase», que por más de un siglo han sido fundamentales para el léxico de la izquierda, no están por casualidad fuera de uso. De hecho, han desaparecido, con la multiplicación de los tipos de relación laboral, la igualdad en los derechos y la subjetividad política y social de los trabajadores, los cuales, más que solidaridad en las luchas comunes, se ven obligados a competir entre sí.

Así, se han producido dos procesos convergentes: la desintegración, por las políticas libertarias de precarización laboral y de multiplicación de las desigualdades, de la tradicional subjetividad de clase basada en la igualdad y la solidaridad, a la incorporación, por las campañas xenófobas y más abiertamente reaccionarias, de nuevas subjetividades, basadas en la intolerancia hacia los diferentes, alimentada por las campañas de «seguridad pública» y por los sentimientos de miedo y rencor contra los migrantes como chivos expiatorios útiles de la creciente inseguridad social. Es sobre este cambio en la estructura de la sociedad, producido en estos años en Italia y en la mayoría de las democracias occidentales, que deberíamos sobre todo reflexionar. Es un cambio que está minando las bases sociales de la democracia. Las políticas, que en los últimos años han demolido el derecho laboral generalizando la precariedad y reemplazando la solidaridad por la competencia entre los trabajadores, han alterado y destruido

los fundamentos sociales del pluralismo político y, en particular, de la izquierda. Y son la base de todos los populismos, unidos por la referencia al pueblo como una entidad indiferenciada y cimentada, más allá de las desigualdades económicas y sociales, por la aversión por lo «diferente»: entonces por la negación del principio de igualdad en sus dos dimensiones, aquella formal o liberal del igual valor y respeto de todas las diferencias de identidad personal, consagrada en el primer párrafo del artículo 3 de la Constitución italiana, y aquella sustancial o social de la reducción de las desigualdades materiales promovida por el segundo párrafo del mismo artículo.

VI. Los efectos perversos de las políticas de exclusión

Todas estas normas –como las que se ocupan de impedir la reunificación familiar, o que aumentan los años necesarios para la obtención de un permiso de residencia, o que agravan los trámites burocráticos para la renovación del permiso, o que regulan las expulsiones sin prever el contradictorio y, por lo tanto, sin tener en cuenta las razones del inmigrante– no son sólo expresión de la crueldad legislativa. Expresan la imagen del inmigrante como una «cosa», «no-persona», cuyo único valor es la mano de obra de bajo costo para los trabajos demasiado duros, peligrosos o humillantes: un recurso, por lo tanto, para la economía nacional, un excelente negocio para los empresarios, un ahorro en los costos de toda la formación de la fuerza laboral, excepto un ser humano, titular de derechos igual que los ciudadanos.

Esta imagen del inmigrante como «una cosa» y el veneno racista que inyectó en el sentido común no es de ninguna manera un efecto no deseado por parte del legislador. Por el contrario, es exactamente la imagen y el veneno que estas leyes, por sus intenciones demagógicas, quieren transmitir e inculcar en la sociedad. Valen, aún más que por sus efectos en el mercado laboral, por su carga simbólica. Estas normas y estas prácticas no se limitan a reflejar el racismo generalizado en la sociedad, sino que son ellas mismas, normas y prácticas racistas –las de hoy, bien pueden llamarse «leyes raciales» como las de Mussolini, 80 años después, en la medida en que buscan fomentar y apoyar el racismo–. Ciertamente, también son funcionales a los intereses de los empleadores, ya que hacen posible la

máxima explotación y, en consecuencia, una devaluación general de todo el trabajo asalariado. Pero, sobre todo, reflejan y alimentan el estereotipo del inmigrante, delincuente construido por la demagogia de la «seguridad»: la tendencia a estigmatizar como peligrosos y potenciales criminales que ya no son individuos sobre la base de los crímenes cometidos, sino enteras categorías de personas sobre la base de su identidad y diferencia étnica.

Las campañas contra los inmigrantes están imbricadas con las campañas en favor de la seguridad, apoyándose mutuamente. Ambas se entrelazan por los prejuicios y los lugares comunes que fortalecen el miedo que los migrantes generan. El resultado es un imaginario racista, que ve a los inmigrantes como potenciales criminales, nuevos bárbaros y, al mismo tiempo, una amenaza a nuestra llamada identidad cultural y nacional. Además, la construcción de este imaginario no corresponde solo a un prejuicio racista. También sirve para construir identidades enemigas; movilizar a la opinión pública, especialmente la de los sujetos más débiles, respecto a los sujetos aún más débiles; para cambiar el sentido común en torno a la desviación y al derecho penal, instando a la alarma social no contra los delitos de los poderosos –la corrupción, los peculados, las grandes bancarrotas, las devastaciones del medio ambiente– sino contra la microcomercialización de la droga, los robos y, en general, los delitos callejeros cometidos por inmigrantes irregulares, que no es una casualidad que colmen las noticias televisivas, no menos que las cárceles.

Por lo tanto, debemos ser conscientes que las políticas y leyes producidas por este racismo institucional solo pueden agravar todos los problemas que pretenden resolver. Si bien nunca podrán detener la inmigración, tienen como único efecto el aumento exponencial del número de inmigrantes clandestinos y en exclusión social, inevitablemente criminógena. Empujando a los inmigrantes a la ilegalidad, los entregan al control de las mafias, acentuando desigualdades y exclusiones y, con ellos, el odio y la crítica del resto del mundo hacia Occidente, con la inevitable persistencia de la violencia y el terrorismo. Está claro que la condición de debilidad e inferioridad de los inmigrantes, especialmente si no cumplen con los requisitos administrativos que les exigen los Estados a los cuales arriban, termina inevitablemente –como lo demuestra la experiencia de todos los fenómenos migratorios, en primer lugar la emigración italiana

a los Estados Unidos a inicios del siglo pasado— por empujarlos a la ilegalidad y, en consecuencia, a la necesaria búsqueda de la solidaridad y de la protección de otros inmigrantes, especialmente compatriotas suyos con el peligro inminente de que puedan caer bajo el control de la mafia.

De hecho, las políticas de exclusión y represión en lugar de inclusión e integración equivalen a poderosos factores criminógenos: desde siempre, en sociedades marcadas como las nuestras por desigualdades crecientes, los que están excluidos de la sociedad civil y jurídica están expuestos a ser incluidos, como trabajadores delincuentes, en las comunidades «no civilizadas» y criminales, a su vez, dispuestas a reclutar e incluir a los que están excluidos y criminalizados por la sociedad civil. Por encima de todo, tratar a los inmigrantes islámicos como enemigos equivale hoy a convertirlos efectivamente en enemigos y, por lo tanto, entrar en el juego del terrorismo yihadista, que sobre la base de su autorrepresentación como enemigo, en guerra con Occidente, legitima su odio y sus asesinatos. Por ese motivo, debemos ser conscientes de la complementariedad y la convergencia entre la seguridad y la integración social. Una política de garantía de la seguridad requiere exactamente lo contrario de la exclusión social y de la invisibilidad producida inevitablemente por la clandestinidad: requiere políticas de inclusión, más que de exclusión, y la implementación del principio de igualdad en sus dos dimensiones, sobre la base de la garantía a los inmigrantes de todos los derechos fundamentales.

VII. La pérdida de la identidad democrática y civil de Occidente. Una perspectiva alternativa: los migrantes como pueblo constituyente de un nuevo orden mundial

Esta dureza de las políticas italianas y europeas sobre la inmigración está produciendo, como dije al comienzo, la deformación de la identidad de Europa: ya no es *la Europa de los derechos* que hasta hace unos años era un modelo para los progresistas de todo el mundo, sino una Europa dividida y deprimida, nuevamente en manos de los egoísmos nacionales, de los populismos xenófobos, de las rivalidades, de las recriminaciones, de los resentimientos, de los rencores, de los miedos y de las desconfianzas mutuas.

La Unión Europea, nació para poner fin al racismo, a las discriminaciones y al genocidio: no para dividir y excluir, sino para unificar e incluir, sobre la base de los valores comunes de igualdad, solidaridad, dignidad de la persona y de los derechos fundamentales de todos. Hoy está contradiciendo ese papel. Con las políticas de austeridad impuestas a los países miembros y la restricción de la libre circulación de las personas, y más que nunca de los migrantes, la Unión Europea está enfrentando a los Estados miembros entre sí, y dentro de los Estados a los pobres contra los inmigrantes, los penúltimos contra los últimos. Está multiplicando, con las leyes contra la inmigración, las desigualdades de *estatus*, por nacimiento, entre ciudadanos *optimo iure*, semiciudadanos más o menos establemente regularizados y clandestinos reducidos al *estatus* de personas ilegales o no-personas. Sobre todo, está permitiendo una masacre diaria de personas que huyen de la pobreza, de las guerras, del terror y de sus ciudades reducidas a escombros; que cada año miles de personas se ahoguen en el mar intentando llegar a Europa y que cientos de miles atesten nuestras fronteras contra las barreras y los alambres de púas, expuestos al frío y al hambre, dispersados y golpeados por nuestra policía.

Hoy la perspectiva de superar las fronteras y de una efectiva universalización de los derechos fundamentales parece una utopía. Sin embargo, debemos reconocer que la historia de la civilización es también una historia de utopías (buenas o malas) realizadas, mientras que, por el contrario, las fronteras, los muros y los alambres de púas son sólo los frágiles e inútiles signos de nuestra inseguridad; con esto nos engañamos para frenar un fenómeno imparable, pues pretendiendo proteger nuestras privilegiadas condiciones de vida separándonos del resto del mundo, evitamos enfrentar las causas de la emigración en masa provocada, en gran parte, por nuestras propias políticas.

Por encima de todo, debemos reconocer el desafío que hoy se abre para las fuerzas democráticas y para toda la cultura jurídica y política: llegar –sobre la base de un constitucionalismo mundial ya normativamente establecido con las muchas convenciones internacionales, pero todavía sin garantías– a un ordenamiento que rechaza finalmente la ciudadanía como *estatus* privilegiado –del que se derivan derechos no reconocidos a los no ciudadanos– instituyendo, por el contrario, una *ciudadanía universal*,

que supere la dicotomía «derechos del hombre-derechos del ciudadano», y reconozca a todos los hombres y todas las mujeres del mundo, como personas, los mismos derechos fundamentales. Aunque pueda parecer poco realista, esta perspectiva es, ciertamente, mucho menos utópica que la que enfrentó, hace poco más de dos siglos, el desafío a las desigualdades del *ancien regime* lanzado por las primeras declaraciones de los derechos y la utopía que animó el iluminismo jurídico y, sucesivamente, toda la historia del constitucionalismo y la democracia. Entonces queda claro que las políticas actuales no permiten ningún optimismo. Pero quizás sean precisamente estas políticas las que cultivan una utopía jurídica: la idea de que la presión de los excluidos en nuestras fronteras pueda ser enfrentada con las leyes y que las fronteras cerradas pueden coexistir con un futuro de paz. La verdadera oposición, por lo tanto, no es entre realismo y utopía, sino entre realismo de plazos cortos y realismo de plazos largos. Quiero decir que la hipótesis más irrealista de hoy es que la realidad pueda permanecer indefinidamente así como es: que podemos continuar, indefinidamente, fundando nuestras democracias y nuestros confortables y elevados niveles de vida, sobre el hambre y la miseria del resto del mundo y que la desigualdad pueda seguir creciendo indefinidamente. Todo esto es inverosímil.

Aunque es poco realista a corto plazo, el proyecto de un constitucionalismo internacional fundado en la igualdad de todos los seres humanos, ya dibujado por muchas cartas supranacionales de derechos, representa, a largo plazo, la única alternativa realista al futuro de las guerras, destrucciones ecológicas, fundamentalismos, racismos, conflictos interétnicos, ataques terroristas, aumento del hambre y de la miseria que surgirían de su fracaso.

En esta perspectiva, debemos reconocer que la migración y el creciente nomadismo de la población mundial –por la migración empujada por la necesidad, pero también por la migración no forzada– solo podrán rediseñar los espacios de la política y del derecho, desvinculándolos de los espacios nacionales y extendiéndolos a los espacios transnacionales. Y pondrán en agenda la cuestión política de la constitucionalización de la globalización: que no puede continuar consistiendo solo en la globalización de los mercados y capitales, en suma, en la sustitución actual de la soberanía de los estados por la soberanía anónima, impersonal e irresponsable de los

mercados financieros, –pero debe tomarse a largo plazo y prefigurarse a partir de ahora como el fundamento para una necesaria refundación de la política, del derecho y de la democracia sobre la base de la igualdad de todos en los derechos humanos, comenzando con el derecho al libre movimiento en el planeta. Por eso, ante los crecientes fenómenos de racismo y xenofobia que socavan las raíces de nuestras democracias, una política de inmigración antirracista debería tener el coraje de tomar en serio los principios de igualdad y dignidad de las personas y los derechos humanos establecidos en nuestra Constitución y en muchas Cartas internacionales de derechos, a partir del derecho de emigrar, en ellas proclamadas y, por lo tanto, al menos en perspectiva, aseguran la libertad de movimiento de las personas como la libertad de movimiento de las mercancías.

Una política racional, así como informada de la garantía de los derechos, debería asumirse realistamente, desde la conciencia que los flujos migratorios son fenómenos estructurales e irreversibles, fruto de la globalización salvaje promovida por el capitalismo actual, que ni las leyes ni los muros ni las policías fronterizas podrán detener, sino solo dramatizarla y situarla en la clandestinidad, entregando a los inmigrantes a la represión, a la explotación y control criminal. Por el contrario, debería tener el coraje de asumir el fenómeno migratorio como el auténtico *hecho constitutivo* del orden futuro, destinado, como instancia y vehículo de la igualdad, a revolucionar las relaciones entre los hombres y a refundar, a largo plazo, el orden internacional. Desde esta perspectiva, el derecho de emigrar equivaldría al *poder constituyente* de este nuevo orden global: ya que Occidente nunca abordará seriamente los problemas que están en el origen de la migración –las desigualdades, la pobreza, el hambre, las guerras, las devastaciones ambientales causadas en gran medida por sus mismas políticas– si no los siente como propios. Y nunca los sentirá como propios si no se siente amenazado directamente por el derecho de emigrar, es decir, por la presión demográfica que proviene de esos países y que no tendrá que enfrentar, después de haber ocupado primero con sus conquistas y sus robos y luego con sus promesas al mundo entero, el escape de sus mundos devastados, de las poblaciones desesperadas que hoy están presionando en sus fronteras. Los derechos fundamentales, como enseña la experiencia, nunca caen desde arriba, sino que se afirman solo cuando la presión de aquellos que están excluidos a las puertas de quienes están

incluidos se vuelve irresistible.

Finalmente, una política informada sobre la igualdad y la garantía de la dignidad y los derechos fundamentales de todos debería tener el coraje de ver en el pueblo mestizo y oprimido de los migrantes, con sus infinitas diferencias culturales, religiosas y lingüísticas, la prefiguración de la humanidad futura como el único pueblo global, inevitablemente mestizo porque se formó por el encuentro y la contaminación de más nacionalidades y de más culturas, sin más diferencias privilegiadas o diferencias discriminadas, sin más ciudadanos o extranjeros porque todos comparten un único estatus, el de persona humana, y por el reconocimiento pacífico de la igual dignidad de todas las diferencias.

Por eso, creo que debemos pensar en los pueblos migrantes como el *pueblo constituyente* de un nuevo orden mundial. Ya que los terribles efectos del cierre de las fronteras de los países ricos –las dolorosas odiseas de quienes huyen de la pobreza, de las guerras o de las persecuciones; los miles de muertos cada año intentando llegar a nuestras costas; las decenas de miles personas expulsadas de Argelia a las que dejaron vagar y morir en el desierto del Sahara; aquellas encerradas en condiciones inhumanas en el infierno de las prisiones libias; los miles de migrantes que acuden a nuestras fronteras contra las barreras y los alambres de púas, expuestos al frío y al hambre; los sufrimientos infligidos a ellos por parte de nuestros gobiernos, como las segregaciones y las separaciones de los niños de sus padres ordenadas en los Estados Unidos o el diseño de muros fronterizos o la repatriación forzada de los *dreamers*, o las expulsiones de inmigrantes irregulares que viven desde hace años en nuestros países– son los horrores de nuestros tiempos que impondrán a los constituyentes del futuro un nuevo *nunca más*: la afirmación y la garantía de la libertad de movimiento en el planeta de todos los seres humanos, el *ius migrandi* precisamente como un «derecho» auténtico a tener derechos, condición elemental de la indivisibilidad y de la efectividad, incluso antes de todos los demás derechos de la persona hoy proclamados en muchas Cartas de los derechos que forman parte de nuestro derecho internacional pero sistemáticamente violados. Se establecería así el presupuesto básico de un constitucionalismo global. Se cerraría el medio milenio del falso universalismo de los derechos humanos inaugurado con la proclamación del derecho a emigrar para el

uso exclusivo de las políticas de conquista de Occidente.

Debemos saber que la alternativa a nuestra propuesta formulada líneas arriba, sería un futuro de regresión global, marcado por la explosión de las desigualdades, de los racismos y de los miedos y, al mismo tiempo, de la violencia, de las guerras, de los terrorismos y de la inseguridad general.

Los estándares internacionales sobre derechos humanos de la niñez migrante y la opinión consultiva de la Corte Interamericana

 FELIPE GONZÁLEZ MORALES*

Sumario

I. Introducción. **II.** Procedimientos para identificar necesidades de protección internacional de niñas y niños migrantes y, en su caso, adoptar medidas de protección especial. **III.** Garantías de debido proceso aplicables en procesos migratorios que involucran a niñas y niños. **IV.** La detención de niños y niñas por su situación migratoria irregular. **V.** Medidas de protección integral y garantías para su aplicación. **VI.** Principio de no devolución (*non-refoulement*). **VII.** Conclusiones.

Resumen

La creciente intensidad y diversidad de los flujos migratorios en el continente americano en la última década, ha situado al colectivo de los niños, niñas y adolescentes (NNA) migrantes en una posición de especial vulnerabilidad. Se trata de un colectivo particularmente afectado por graves violaciones a los derechos humanos en contextos de migración irregular, cuyos reclamos suelen pasar desapercibidos debido a su falta de acceso a la justicia. En este contexto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expidió una opinión consultiva bajo el título «Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.»

El artículo revisa los principales temas desarrollados en la referida opinión consultiva, incluyendo una serie de aspectos relativos a las garantías de un debido proceso en los procedimientos de inmigración, refugio y deportación de niños migrantes. Especial atención se pone a la cuestión de la detención, así como a la conexión entre interés superior del niño, vida familiar y procedimientos de deportación de niños migrantes.

Además, el trabajo revisa otras iniciativas sobre la materia llevadas a cabo por el Sistema Internacional de Derechos Humanos en los últimos años, permitiendo situar a la opinión consultiva en el marco de un abordaje

* Relator especial sobre derechos humanos de los migrantes de las Naciones Unidas. Profesor de Derecho Internacional Público en la Universidad Diego Portales (Chile).

sistemático del problema.

Palabras clave

Niñez migrante, derechos humanos, debido proceso, interés superior del niño/a, sistema interamericano

Abstract

The increasing intensity and diversity of migration flows in the Americas over the last decade has placed migrant children in a position of acute vulnerability. This collective is particularly affected by grave human rights violations in contexts of irregular migration, whose complaints are usually invisible due to the lack of access of justice. In this context, the Inter-American Court of Human Rights issued an Advisory Opinion entitled «Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in need of International Protection.»

This article reviews the principal topic addressed by the above mentioned Advisory Opinion, including a series of aspects concerning due process in immigration, refugee and deportation proceedings of migrant children. Special attention is given to the issue of detention, as well as to the connection between the best interests of the child, family life and deportation of migrant children.

In addition, this article reviews other initiatives undertaken on this matter by the International System of Protection of Human Rights over the last years, so as to place the Advisory Opinion within the framework of a systemic approach of the topic.

Keywords

Migrant children, human rights, due process, best interests of the child, Inter-American system.

I. Introducción

La creciente intensidad y diversidad de los flujos migratorios en el continente americano en la última década ha situado al colectivo de los niños, niñas y adolescentes (NNA) migrantes en una posición de especial vulnerabilidad. Como lo documentan numerosos informes y estudios, se trata de un colectivo particularmente afectado por graves violaciones a los derechos humanos en contextos de migración irregular, cuyos reclamos suelen pasar desapercibidos debido a su falta de acceso a la justicia.

Tanto a nivel de los mecanismos de derechos humanos de Naciones Unidas –tales como el Comité de Derechos del Niño, la Relatoría Especial

sobre derechos humanos de los migrantes y el Comité sobre Trabajadores Migratorios, entre otros—, como a nivel de los sistemas regionales, existe una significativa atención al tema. Más recientemente, durante la elaboración del Pacto Mundial sobre Migración de la ONU, la cuestión de la niñez migrante ocupó un sitio protagónico en los debates.

En este contexto, el Instituto de Derechos Humanos del Mercosur, uno de cuyos ejes de trabajo es el tema migratorio, resaltó al interior de ese organismo la necesidad de que se presentara una solicitud de opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, «la Corte», «la Corte Interamericana» o «la Corte IDH») respecto de la situación de los derechos de los integrantes del mencionado colectivo¹. La opinión fue solicitada por cuatro estados del Mercosur: Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Luego de darle el trámite correspondiente, la Corte Interamericana expidió la opinión consultiva en 2014, bajo el título «Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional»². La opinión consultiva desarrolla un enfoque de derechos humanos en materia de políticas migratorias y tiene en especial consideración el principio del interés superior del niño.

Esta iniciativa se inserta dentro de un conjunto de acciones emprendidas en la materia por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Se trata de la tercera opinión consultiva emitida por la Corte Interamericana en relación con los derechos de los migrantes³ y se suma a una serie de casos decididos por dicho tribunal respecto del tema. Igualmente, la Comisión Interamericana ha abordado tanto la situación de los migrantes, en general, como de la niñez migrante, en particular, por medio de sus diversos mecanismos, tales como casos, medidas cautelares, informes de países e informes temáticos. El monitoreo de la situación de

¹ La Corte Interamericana posee dos ámbitos de competencia: uno contencioso, por medio del cual resuelve casos acerca de los Estados que han reconocido su jurisdicción, y otro consultivo, a través del cual emite opiniones con dicho carácter, que interpretan la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos interamericanos o aplicables en los Estados de la OEA en materia de tales derechos.

² CORTE IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión consultiva OC-21/14, 19 de agosto de 2014.

³ Las anteriores fueron CORTE IDH, *El derecho a la Información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, OC-16/99, 1 de octubre de 1999 y CORTE IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, OC-18/03, 17 de septiembre de 2003.

la niñez migrante emprendido por la comisión de manera sistemática se refleja en la presente década en sus informes temáticos sobre los migrantes en EE.UU. y México, así como en los informes generales sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, Honduras, República Dominicana y el propio México⁴.

A ello cabe añadir que en 2015 la Comisión Interamericana publicó un informe centrado específicamente en la situación de la niñez migrante en EE.UU. El informe fue el resultado de una visita efectuada por la comisión en un momento muy álgido del flujo de niños y niñas migrantes a ese país⁵. Cabe hacer notar que al momento de la solicitud de la opinión consultiva aún no se producía el incremento significativo de la migración infantil desde Centroamérica (especialmente desde los tres países del denominado Triángulo Norte: El Salvador, Guatemala y Honduras) hacia Estados Unidos, que tuvo lugar desde mediados de 2013 hasta 2014; no obstante, la preocupación por las violaciones a los derechos humanos de ese colectivo existía desde antes y fue por ello que se planteó la mencionada solicitud. La opinión consultiva misma, en cambio, fue expedida en 2014, cuando dicho incremento ya se había producido.

Este trabajo revisa los principales temas desarrollados en la citada opinión consultiva, que se refieren a una serie de aspectos relativos a las garantías de un debido proceso en los procedimientos de inmigración, refugio y deportación de niños migrantes. Especial atención se pone a la cuestión de los procedimientos para determinar la necesidad de protección internacional de este colectivo, a las garantías de debido proceso aplicables en materia migratoria a niños y niñas, a la detención de niños migrantes –abordada de manera específica por la opinión consultiva–, así como a la relevancia del principio de no devolución –atendida la conexión entre interés superior del niño, vida familiar y procedimientos de deportación de niños migrantes–.

⁴ Véanse al respecto los siguientes informes de la COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Informe sobre inmigración en Estados Unidos: detenciones y debido proceso* (2011); *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México* (2014); *Situación de los derechos humanos en Guatemala: diversidad, desigualdad y exclusión* (2015); *Situación de derechos humanos en Honduras* (2015); *Situación de derechos humanos en República Dominicana* (2015); *Situación de derechos humanos en México* (2015).

⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Refugiados y Migrantes en Estados Unidos: Familias y Niños No Acompañados*, 24 de julio de 2015.

II. Procedimientos para identificar necesidades de protección internacional de niñas y niños migrantes y, en su caso, adoptar medidas de protección especial

En este aspecto, la consulta por parte de los estados a la Corte versa sobre los riesgos que acechan a los derechos de los niños y niñas migrantes, sobre el conocimiento de las necesidades de protección y sobre la adopción de las medidas necesarias para dicha protección. En este sentido, se reconoce por la Corte el derecho subjetivo a buscar refugio y asilo a todas las personas, es decir, la facultad que toda persona tiene para hacer efectivo ese derecho amparado por la norma jurídica⁶.

Aunque su alcance es interamericano, la Opinión Consultiva N.º 21 (OC-21) se entronca en la larga tradición que América Latina posee en materia de asilo, y que está plasmada en los principales instrumentos interamericanos de derechos humanos. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre establece en su artículo XXVII que «Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales.» Este instrumento continúa siendo relevante en la materia, puesto que en él se basa la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para decidir casos y en general emitir pronunciamientos acerca de Estados Unidos, el mayor receptor de migrantes entre los Estados de la OEA (y del mundo).

57

Posteriormente, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos se consagra también el derecho de asilo (numeral 7 del artículo 22), y en el numeral 8 de dicha disposición se establece que «[e]n ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.» Como se aprecia, el Pacto de San José de Costa Rica contiene una norma expresa que consagra el principio de no devolución, más allá del reconocimiento del derecho de asilo.

⁶ Artículo 22.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo XXVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Un tercer instrumento muy relevante a nivel americano es la Declaración de Cartagena de Derecho de los Refugiados, adoptada en 1984. Aunque la Declaración de Cartagena no es propiamente un instrumento del Sistema Interamericano, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) la endosó al año siguiente, llamando a los Estados miembros a implementarla. En esencia, la definición que propone la Declaración de Cartagena, conocida como «definición ampliada» del concepto de refugiado, incorpora elementos objetivos, y apunta que ella debiera ir más allá de las situaciones de «fundado temor» a que se refiere la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de Naciones Unidas de 1951, de manera que incluya «a las personas que han huido de sus países porque su vida, 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»⁷.

Pues bien, teniendo en cuenta la normativa nacional e internacional, la Corte afirma que «el derecho a buscar y recibir asilo en el marco del sistema interamericano se encuentra configurado como un derecho humano individual a buscar y recibir protección internacional en territorio extranjero, incluyendo con esta expresión el estatuto de refugiado según los instrumentos pertinentes de las Naciones Unidas o las correspondientes leyes nacionales, y el asilo conforme a las diversas convenciones interamericanas sobre la materia»⁸.

Los motivos que impulsan a las personas a solicitar protección internacional son diversos, tales como la violencia generalizada, la agresión extranjera y los conflictos internos. En la actualidad, se advierten nuevos patrones de desplazamiento que también deben tenerse en cuenta (crimen organizado transnacional y la violencia asociada a la actuación de grupos no estatales), por lo que es tendencia actual avanzar hacia una definición más incluyente para responder mejor a las necesidades de protección.

En este sentido, la definición de refugiado originariamente

⁷ Declaración de Cartagena, Sección III, conclusión tercera.

⁸ Opinión consultiva OC-21/14, 19 de agosto de 2014, párrafo 74.

responde a las necesidades de protección de las personas adultas, por lo que es necesario tener en cuenta los especiales factores que empujan a los niños y niñas a buscar protección, como son el reclutamiento, la trata y la mutilación genital femenina. Esto implica tener en cuenta, a la hora de interpretar, la definición de refugiado, la edad y el género.

El Estado receptor tiene deberes específicos a la hora de responder al derecho del refugiado, lo cual implica una correcta evaluación de la solicitud y del riesgo en caso de devolución. Para ello, los estados están obligados a evaluar la situación, a otorgar garantías de seguridad y privacidad y a adoptar las medidas de protección especial necesarias. Así, la Corte estima que «el establecimiento de procedimientos de identificación de necesidades de protección es una obligación positiva de los estados y el no instituirlos constituiría una falta de debida diligencia»⁹.

Con el fin de cautelar los derechos del niño y la niña y satisfacer sus necesidades de protección, para proceder a un tratamiento adecuado y adoptar medidas pertinentes, la Corte subraya la necesidad de no impedir el ingreso de niños y niñas extranjeros al territorio nacional, de no exigir documentación que no pueden tener y de enviarlos al personal responsable de dicha evaluación. También la Corte recomienda la creación de una base de datos de los niños y niñas que ingresan en el país, a fin de facilitar la protección de sus derechos.

59

La Corte insta a los estados a realizar la evaluación inicial con mecanismos efectivos, teniendo en cuenta el principio del interés superior del niño o niña y otorgando garantías de seguridad y privacidad.

Para realizar esta evaluación de forma efectiva, la Corte precisa que el mecanismo procedimental llevado a cabo por los estados debe tener como objetivos prioritarios los siguientes:

1. *Tratamiento acorde a su condición de niña o niño y, en caso de duda sobre la edad, evaluación y determinación de la misma*

Es importante determinar la edad del individuo, pues en el caso de un menor de 18 años el Estado debe dispensarle un tratamiento prioritario y diferenciado. Por ello, en caso de duda sobre la edad, debe tenerse en

⁹ *Ibidem*, párrafo 82.

cuenta la madurez psicológica del individuo y, si no es posible determinarla exactamente, debe darse al individuo el tratamiento establecido para la condición de niño o niña.

2. Determinación de si se trata de una niña o un niño no acompañado o separado

Dicha determinación debe ser abordada con carácter preferente y con garantías diferenciadas dada la especial vulnerabilidad de la condición de los niños, que presentan mayores riesgos hacia su vida, supervivencia y desarrollo.

Los motivos que se puede aducir para solicitar la condición de refugiado son de atención prioritaria cuando se trata de una niña o un niño no acompañado o separado, más aún en el caso de las niñas. Por ello, la Corte insta a los estados a prever medidas de mayor protección en estos casos con el fin de combatir la trata infantil, fortaleciendo la investigación, la protección de las víctimas y las campañas de información y difusión.

60

Es especialmente necesario, según la Corte, para la consecución de dicho fin, implementar un control de frontera con funcionarios especializados que identifique a las personas que posiblemente sean víctimas de trata infantil.

3. Determinación de la nacionalidad de la niña o del niño o, en su caso, de su condición de apátrida

Tal y como se establece en la opinión consultiva, apátrida es «toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación». La Corte remarca la especial situación de vulnerabilidad que la apatridia supone para las personas, por lo que se establece el deber de los estados de identificar, prevenir y proteger a la persona apátrida. Especial importancia merece la cuestión en las niñas y los niños migrantes, respecto a los cuales el Estado tiene la obligación de determinar dicha condición para asegurar su protección.

4. Obtención de información sobre los motivos de su salida del país de origen, de su separación familiar si es el caso, de sus vulnerabilidades y cualquier otro elemento que evidencie o niegue su necesidad de algún tipo de protección internacional

La obtención de información es necesaria para resolver la situación individual de cada niño o niña de forma efectiva, a fin de otorgarles protección. Dicha información debe versar, además, sobre factores personales, tales como la historia personal, su condición de salud, física y psicológica, el entorno ambiental en que se desarrolló la migración y el género. En este sentido, cuando la información obtenida alerta de la especial protección requerida por la niña o el niño es obligatorio hacerles saber que tienen derecho a solicitar y recibir asilo, lo cual, a interpretación de la Corte, «garantiza el acceso efectivo a un procedimiento justo y eficiente para determinar la condición de refugiado, de modo tal que la persona solicitante del estatuto de refugiado sea oída por el Estado al que se solicita, con las debidas garantías mediante el procedimiento respectivo»¹⁰.

5. *Adopción, en caso de ser necesario y pertinente de acuerdo con el interés superior de la niña o del niño, de medidas de protección especial*

Tras recabar la información necesaria, corresponde al Estado determinar las medidas de protección pertinentes para asegurar la vida, supervivencia y desarrollo de la niña o niño. Para ello, es necesario tener siempre en cuenta el principio del interés superior de la niña o del niño, su condición física y psicosocial, su género y su cultura.

61

Respecto a las niñas o niños en situación de no acompañados o separados de su familia, debe valorarse dicha condición y proceder a la reunificación o reagrupación familiar en caso de considerarse la mejor opción, a la vista del principio del interés superior de la niña o del niño.

Tal y como hemos mencionado anteriormente, las niñas y niños víctimas o víctimas potenciales de trata se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad, por lo que los estados deben protegerlos ante el riesgo de ser susceptibles de una nueva victimización, prestarles asistencia médica y jurídica, así como proteger su identidad y privacidad. En suma, teniendo presente el principio del interés superior de la niña o del niño, los Estados deben ofrecer todas las medidas pertinentes para su protección, incluso respecto a vivienda, asesoramiento y asistencia generalizada, educación y permanencia en el país.

¹⁰ *Ibidem*, párrafo 98.

Por último, para que todo ello se cumpla con la mayor efectividad posible, es necesario que los estados estructuren correctamente las competencias debidas a cada órgano estatal que permiten la coordinación institucional a la hora de otorgar medidas de protección.

III. Garantías de debido proceso aplicables en procesos migratorios que involucran a niñas y niños

En esta sección, la Corte define el derecho al debido proceso como el «conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos»¹¹; lo que implica una justicia formal y material, un juicio justo y una solución justa.

Las garantías mínimas al debido proceso se aplican a cualquier persona, con independencia de su edad y condición de estancia en el país, lo que significa que incluso una persona migrante en situación irregular en un país se encuentra en situación de igualdad con otros justiciables para defender sus derechos e intereses. Por tanto, el Estado debe respetar y asegurar dichas garantías mínimas en todo proceso, las cuales se recogen en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención. En lo que concierne a los niños y las niñas, existen algunas garantías diferenciadas respecto al adulto migrante, lo que implica que el proceso debe estar adaptado y ser accesible para ellos.

Así, en el caso de las niñas y los niños migrantes, las garantías aplicables conllevan la adopción de medidas especiales para asegurar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad, garantizar un efectivo debido proceso y velar porque el interés superior del niño sea primordial en cualquier decisión adoptada.

Por otro lado, al distribuir competencias a diferentes órganos estatales en los procesos migratorios, es posible vulnerar otros derechos fundamentales cuando se adoptan ciertas medidas de protección. En este sentido, la Corte establece como prioritario el respeto a los derechos

¹¹ *Ibidem*, párrafo 109.

fundamentales, para lo cual regula garantías que deben regir en todo proceso migratorio concerniente a los niños y las niñas. Así, la Corte especifica las siguientes garantías:

1. *Derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio*

La notificación de la existencia de un proceso es un derecho que tiene todo migrante. En el caso de las niñas y los niños, la notificación debe hacerla un personal capacitado, de forma tal que comprenda lo que sucede y mediante su opinión se pueda garantizar el ejercicio del derecho a la defensa de la niña o el niño. Igualmente, es necesaria la notificación sobre el fallo del proceso a efectos de recurso y de conocimiento de la situación jurídica en la que se encuentra la niña o el niño migrante.

2. *Derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado*

El juez debe actuar siempre con imparcialidad e independencia y el funcionario administrativo debe tomar decisiones que se rijan por la legalidad. En el caso de las niñas y los niños migrantes, debido a su especial situación, resulta imprescindible que los procesos en los que se encuentren involucrados se lleven a cabo por un personal especialmente capacitado para garantizar las necesidades de protección y en consonancia con el interés superior del niño.

3. *Derecho de la niña o niño a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales*

La finalidad del derecho a ser oído es resolver el proceso de acuerdo con el mejor interés de la niña o del niño, cuya opinión prevalecerá a la de los padres o tutores. Todo ello se debe realizar a través de los medios pertinentes que su edad o condición física requieran y con el conocimiento de las medidas de protección procesal que el derecho les reconoce.

4. *Derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete*

Con el fin de garantizar el derecho a ser oído y siendo primordial el interés superior del niño en todo proceso, la asistencia de un traductor

y/o intérprete se considera una garantía procesal mínima. Especialmente en el caso de niñas o niños pertenecientes a comunidades indígenas, esta garantía debe ser respetada a fin de otorgar una protección efectiva.

5. *Acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular*

Se trata de un derecho de especial importancia a la hora de recabar la información necesaria para determinar la decisión que se adecúe mejor al interés superior de la niña o del niño. En este sentido, el funcionario consular tiene la obligación de velar por los intereses de la niña o del niño y, en caso de que se produzca la repatriación del niño, asegurarle asistencia y cuidado a su regreso.

6. *Derecho a ser asistido por un representante legal y a comunicarse libremente con dicho representante*

Toda niña y niño involucrado en un proceso migratorio tiene derecho a asistencia jurídica gratuita mediante la figura del representante legal, lo que es considerado por la Corte como una obligación de los estados.

64

Se trata de una garantía mínima esencial para llevar a cabo una atención especializada para cada niña o niño migrante, de modo que se garantice un efectivo acceso a la justicia y se respete su interés superior.

7. *Deber de designar a un tutor en caso de niñas o niños no acompañados o separados*

Debido a la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las niñas o niños no acompañados o separados, se requiere por la Corte (para iniciar el proceso judicial o administrativo pertinente) nombrar un tutor competente lo antes posible, como garantía procesal indispensable para el interés superior del niño.

El tutor nombrado se debe mantener hasta la mayoría de edad del niño, hasta que abandone el territorio o hasta que cese la causa por la cual fue nombrado. En este tiempo, el tutor debe actuar con conocimiento de los aspectos que existen en la vida del niño, y será además el vínculo entre ellos y los organismos estatales, para lo cual ha de tener capacidades

especializadas a fin de conseguir asegurar y proteger el interés superior de la niña o del niño.

Dicho nombramiento debe estar sujeto a una continua evaluación que permita conocer la buena práctica de la tutoría para el fin que se pretende y otorgar al niño mecanismos de protección acordes a su especial situación de vulnerabilidad.

8. *Derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña o del niño y sea debidamente fundamentada*

El deber de fundamentación de las decisiones adoptadas resulta imprescindible para respetar el fin del derecho al debido proceso. De esta forma, se protege el derecho de la persona a ser juzgada por la razón que motiva el proceso y se evita la arbitrariedad de las decisiones.

Dicha fundamentación debe recoger los hechos, los motivos y las normas que conforman la decisión adoptada y, en el caso de las niñas y niños, debe constar la forma en que se tuvieron en cuenta sus opiniones y la evaluación de su interés superior, los cuales se encuentran íntimamente ligados¹².

65

9. *Derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos*

Toda persona tiene derecho a recurrir las decisiones que se adopten en los procesos migratorios, especialmente cuando fallen a favor de la expulsión o deportación del país o denieguen el permiso de ingreso o residencia.

Este derecho cobra especial relevancia en los procesos de los niños y las niñas migrantes que consideren que su derecho a ser oídos y su derecho de participación no han sido tenidos en cuenta en la decisión y, por tanto,

¹² Lo anterior se cita en la opinión consultiva emitida por la Corte, en palabras del Comité de los Derechos del Niño, bajo el siguiente tenor: «no es posible una aplicación correcta del artículo 3 [interés superior] si no se respetan los componentes del artículo 12 [derecho a participar y que su opinión sea tenida en cuenta]». Del mismo modo, el Comité añade que «el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida». Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12 «El derecho del niño a ser escuchado»*, 2009, párrafo 74.

el principio del interés superior del niño no ha sido prioritario en dicha decisión.

En este sentido, el ejercicio del derecho a recurrir la decisión debe tener efectos suspensivos, es decir, el fallo no debe ser ejecutado hasta resolverse el recurso en la instancia pertinente para así proteger de forma efectiva los derechos de las niñas y los niños.

10. *Plazo razonable de duración del proceso*

Por último, debido a la especial situación en la que se encuentran las niñas y los niños migrantes, los procesos migratorios deben iniciarse con la mayor celeridad posible, sin incurrir en demora. El proceso debe tener la duración necesaria para evaluar correctamente y decidir conforme al principio del interés superior del niño o la niña, siempre teniendo presente la situación en la que se encuentran y el impacto que una dilación excesiva puede causar en su integridad personal.

IV. La detención de niños y niñas por su situación migratoria irregular

En los últimos años se ha venido produciendo en los países de la Organización de Estados Americanos (OEA) una tendencia hacia la descriminalización de la migración irregular. Anteriormente, en una cantidad importante de países ella estaba tipificada como delito. La Corte Interamericana, en su sentencia en el caso «Vélez Loor» contra Panamá, se hizo eco de este problema y señaló explícitamente que ello era contrario al Pacto de San José de Costa Rica y a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre¹³. Este proceso de *descriminalización* ha venido acompañado en la mayoría de los estados de una eliminación o al menos de una reducción de la detención migratoria. Sin embargo, en los dos principales estados receptores de migrantes de la OEA –Estados Unidos y México–, la tendencia ha sido la opuesta y la detención migratoria se ha incrementado, a pesar de que en ambos países la migración irregular no constituye un delito sino una infracción administrativa. Esto ha conducido además a la situación paradójica de que dichas personas, al no hallarse

¹³ CIDH, *Caso «Vélez Loor» vs. Panamá (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia de 23 de noviembre de 2010.

detenidas en virtud de cargos penales, poseen menos derechos procesales –en términos de acceso a la justicia, derecho a la defensa, recursos judiciales disponibles, etc.– que en el pasado. La Corte y la Comisión Interamericana han sostenido reiteradamente que la detención migratoria debiera ser aplicada solo excepcionalmente y que deben procurarse medidas alternativas a ella. La Corte señala esto nuevamente en la OC-21.

Respecto de la detención de niños y niñas por razones migratorias, también han sido Estados Unidos y México los dos países que la han aplicado más extensamente. En la década pasada se llevaron a cabo una serie de iniciativas desde la sociedad civil para que EE.UU. concluyera con el uso de ella. En esa misma dirección, cuando la Comisión Interamericana visitó en julio de 2009 Texas y Arizona, en el marco de una visita sobre detención y debido proceso de los migrantes, puso la atención sobre la necesidad de cerrar el último centro de detención masiva de familias y niños, el de «Don T. Hutto», en Texas. El centro fue cerrado algunos meses después. Sin embargo, al producirse algunos años más tarde un incremento significativo de la niñez migrante a EE.UU., comenzaron a abrirse nuevamente centros de detención de niños migrantes y sus familias. La comisión visitó uno de ellos, el de Karnes, en Texas, como refleja su informe citado sobre la visita. Desde luego, la ausencia de centros de detención de niños y sus familias no había sido un factor para el incremento de la migración infantil, ya que esta tuvo lugar cuatro años después de que cerrara «Don T. Hutto». Una vez que la migración infantil disminuyó, retornando a las cifras históricas, dichos centros permanecieron en operación y continúan funcionando. Al concluir su visita de 2014, la comisión puso de relieve que «[e]n el caso de personas vulnerables, como los niños y niñas, y las familias con niños y niñas, Estados Unidos debería adoptar medidas legislativas para asegurar que no sean puestas en detención migratoria»¹⁴. En el informe posterior a la visita, la Comisión resaltó que la detención de niños por razones migratorias es incompatible con los instrumentos interamericanos de derechos humanos¹⁵.

¹⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA, Comunicado de Prensa N° 110/14, de 2 de octubre de 2014, disponible en <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2014/110.asp>>.

¹⁵ La CIDH señala en dicho informe que «la privación de libertad de NNA [niños, niñas y adolescentes] por motivos migratorios no puede ser entendida como una medida que responde al interés superior del niño. Múltiples estudios han documentado que la detención tiene efectos negativos y duraderos en el desarrollo físico y mental y que conduce a la aparición o empeo-

La pregunta formulada al respecto en la solicitud de opinión consultiva se refería a la interpretación que debería darse conforme a la Convención Americana y a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, así como al principio de *última ratio* de la detención en los procedimientos migratorios, tanto cuando se trate de niñas y niños que se hallan junto a sus progenitores como cuando se trata de niñas o niños no acompañados o separados de sus progenitores.

La opinión consultiva expresa al respecto que la interrogante «parte de dos premisas fundadas en el derecho internacional de los derechos humanos y acogidas por la jurisprudencia de esta Corte, esto es, (i) el principio de *última ratio* de la privación de libertad de niñas y niños y (ii) la exigencia de motivar la necesidad de recurrir a medidas privativas de libertad de carácter cautelar por infracciones a la ley migratoria, como medida excepcional»¹⁶.

En tal virtud, la Corte establece que «la medida de privación de libertad, si bien puede perseguir una finalidad legítima y resultar idónea para alcanzarla, al conjugar los criterios desarrollados y en virtud del principio de interés superior de la niña o del niño (...) la privación de libertad de niñas o de niños por razones exclusivas de índole migratoria excede el requisito de necesidad, toda vez que tal medida no resulta absolutamente indispensable a los fines de asegurar su comparecencia al proceso migratorio o para garantizar la aplicación de una orden de deportación. Aunado a ello, la Corte es de la opinión que la privación de libertad de una niña o niño en este contexto de ninguna manera podría ser entendida como una medida que responda a su interés superior»¹⁷. El tribunal añade que existen medidas menos gravosas que podrían ser idóneas para alcanzar el fin que se persigue y que responderían al interés superior de la niña o del niño. La Corte concluye sobre este punto enfatizando que «la privación de libertad de un niño o niña migrante en situación irregular, decretada por esta única

ramiento de cuadros tales como la ansiedad, la depresión y el daño psicológico y emocional». Comisión Interamericana de Derechos Humanos, «*Refugiados y migrantes en Estados Unidos: Familias y niños no acompañados Loor*», *Op. Cit.*, párrafo 80. Se han eliminado dos notas a pie de página contenidas en el texto original.

¹⁶ CIDH, OC-21, *Op. Cit.*, párrafo 148.

¹⁷ *Ibidem*, párrafo 154. Se han eliminado del texto original dos referencias a pie de página.

circunstancia, es arbitraria, y por ende, contraria tanto a la Convención como a la Declaración Americana»¹⁸.

La Corte aborda en seguida la cuestión de la privación de libertad de las niñas y los niños que se encuentran no acompañados o separados de su familia. Sostiene que dicha privación transgrede el derecho internacional de los derechos humanos, «pues bajo esta óptica el Estado se encuentra obligado a promover en forma prioritaria las medidas de protección especial orientadas en el principio del interés superior de la niña o del niño, asumiendo su posición de garante con mayor cuidado y responsabilidad»¹⁹.

Finalmente, el tribunal interamericano concluye observando sobre esta materia que «los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas o niños que se encuentran junto a sus progenitores, así como de aquellos que se encuentran no acompañados o separados de sus progenitores, para cautelar los fines de un proceso migratorio ni tampoco pueden fundamentar tal medida en el incumplimiento de los requisitos para ingresar y permanecer en un país, en el hecho de que la niña o el niño se encuentre solo o separado de su familia, o en la finalidad de asegurar la unidad familiar, toda vez que pueden y deben disponer de alternativas menos lesivas y, al mismo tiempo, proteger de forma prioritaria e integral los derechos de la niña o del niño»²⁰.

V. Medidas de protección integral y garantías para su aplicación

Dado que, como señala la Corte Interamericana, la detención por razones migratorias de niños y niñas resulta incompatible con el derecho internacional, se aboca en seguida, en su opinión consultiva, en el tipo de

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ *Ibíd.*, párrafo 157. Se han eliminado dos referencias a pie de página. La Corte también cita al Comité de Derechos del Niño, que ha precisado que «[e]n aplicación del artículo 37 de la Convención y del principio del interés superior del niño, no debe privarse de libertad, por regla general, a los niños no acompañados o separados de su familia. La privación de libertad no podrá justificarse solamente porque esté solo o separado de su familia, ni por su condición de inmigrante o residente. [...] Por consiguiente, debe hacerse todo lo posible, incluso acelerar los procesos pertinentes, con objeto de que los menores no acompañados o separados de su familia sean puestos en libertad y colocados en otras instituciones de alojamiento» (COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, *Observación General N°6, «Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen»*, 2005).

²⁰ *Ibíd.*, párrafo 160.

medidas que pueden adoptarse legítimamente respecto de unos y otras. En este sentido, como una cuestión general, la Corte establece que la implementación de las mismas no debiera hallarse a cargo de las autoridades migratorias, sino de otra área administrativa, con especialización en materia infantil y juvenil, y haciendo incapié en que «en este ámbito, debería prevalecer la aplicación del sistema de protección de la infancia con sus servicios asociados por sobre las instituciones que ejercen el control migratorio»²¹. Y es que, si bien es rol del Estado diseñar el marco legislativo e institucional para aplicar las medidas alternativas a la detención, no puede perderse de vista que su objetivo principal es la atención y cuidado de niños y niñas.

La Corte enfatiza que las medidas deben concebirse como de aplicación prioritaria, tener como objetivo central la protección integral de los derechos del niño y la niña, conforme a una evaluación individualizada y atendiendo al interés superior, y «deben ser concebidas justamente por oposición a lo que se entiende por una medida privativa de libertad y conllevar un nivel menor de lesividad en los derechos de la persona, como por ejemplo la notificación periódica a las autoridades o la permanencia en centros de alojamiento abiertos o en un lugar designado»²².

Al respecto, la opinión consultiva remite al Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, que se refiere a la necesidad de que se adopten cuidados especiales para niños y niñas, así como a los artículos 19 de la Convención Americana y VII de la Declaración Americana, que señalan, respectivamente, que los niños y niñas deben recibir «medidas especiales de protección» y «protección, cuidados y ayuda especiales». Para la Corte, en consecuencia, las medidas de protección deben definirse en la lógica de protección integral, es decir, «deben propender al pleno disfrute de todos los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y en otros instrumentos aplicables, en especial el derecho a la salud, a una alimentación adecuada, a la educación, así como al juego y a las actividades recreativas propias de su edad»²³. La Corte agrega que tales

²¹ *Ibidem*, párrafo 166, añadiendo que ello encuentra también fundamento en lo sostenido por el Comité de Derechos del Niño.

²² *Ibidem*, párrafo 162, que hace referencia además a lo afirmado en el mismo sentido por el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de Naciones Unidas.

²³ *Ibidem*, párrafo 164.

medidas deben orientarse hacia la promoción del bienestar y el desarrollo de la niña o del niño «a través de tres ejes principales: (i) la satisfacción de las necesidades materiales, físicas y educativas básicas, (ii) el cuidado emocional y (iii) la seguridad en tanto protección efectiva contra cualquier tipo de abuso, explotación o forma de violencia»²⁴.

Lo anterior implica –continúa la Corte– una obligación para el Estado, de regular esta situación, disponiendo de «un conjunto de medidas que procuren los fines indicados, la cual se orienta en dos direcciones: por un lado, impone en el ámbito de competencia del órgano legislativo el deber de establecer, a través de la expedición de normas, un abanico de medidas que cumplan con los lineamientos descritos y, por el otro, sujeta al juez o al funcionario competente a aplicar dichas medidas en el marco de su esfera de actuación, de conformidad con el interés superior»²⁵.

La opinión consultiva se refiere también a la situación de los niños no acompañados o separados, que demandan de los estados obligaciones específicas para atender las características propias de dicha situación. Si bien –reconoce el tribunal interamericano– no existe una normativa específica para la protección de niñas y niños en situación de irregularidad migratoria, deben tenerse en consideración las directrices sobre modalidades alternativas de cuidado a niñas y niños²⁶, ya que contienen pautas acerca del acogimiento de niñas y niños en el extranjero, y en particular para aquellos no acompañados o separados. La Corte prescribe que «[d]ado que los Estados deben garantizar que la niña o niño tenga un lugar adecuado donde alojarse, resulta pertinente tener en cuenta las referidas directrices en relación con las modalidades de acogida. En este sentido, se deben priorizar soluciones basadas en la familia o la comunidad antes que la institucionalización. Los Estados –añade la Corte– se encuentran, además, obligados a adoptar las medidas necesarias tendientes a la determinación de

²⁴ *Ibídem*.

²⁵ *Ibídem*, párrafo 165.

²⁶ La Corte, en el párrafo 167 de su opinión consultiva, hace referencia a la *Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional*, Asamblea General de las Naciones Unidas, A/RES/41/85, adoptada el 3 de diciembre de 1986, y a las «Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños», Asamblea General de las Naciones Unidas, A/RES/64/142, adoptada el 18 de diciembre de 2009.

la identidad y composición familiar de la niña o del niño en tal situación; localizar a su familia y propender a su reunificación familiar, teniendo en cuenta su opinión e interés superior, y velar por la repatriación voluntaria y segura a su país de origen. En caso de no ser posible esto último, otras soluciones duraderas debieran tenerse en cuenta»²⁷.

La Corte establece que se debe reglamentar el procedimiento para hacer efectivas las medidas de protección, procurando que se respete una serie de garantías mínimas: «contar con una autoridad administrativa o judicial competente; tomar en cuenta las opiniones de niñas y niños sobre su preferencia; velar por que el interés superior de la niña o del niño sea una consideración primordial al tomar la decisión; y garantizar el derecho a revisión de la decisión en caso de considerarse que no es la medida adecuada, la menos lesiva o que se está utilizando de forma punitiva»²⁸.

La opinión consultiva concluye enfatizando que «las niñas y los niños migrantes y, en particular aquellos en situación migratoria irregular, quienes se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad, requieren del Estado receptor una actuación específicamente orientada a la protección prioritaria de sus derechos, que debe ser definida según las circunstancias particulares de cada caso concreto, es decir, si se encuentran junto con su familia, separados o no acompañados, y atendiendo a su interés superior»²⁹.

VI. Principio de no devolución (*non-refoulement*)

Se trata de una materia que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha abordado anteriormente, tanto bajo el mecanismo de casos como del de medidas urgentes. En este sentido, resaltan en la jurisprudencia interamericana dos sentencias de los últimos años, las expedidas en los casos de la Familia Pacheco Tineo contra Bolivia³⁰ y en el de Personas

²⁷ *Ibidem*, párrafo 167. Se han eliminado tres notas a pie de página de texto original.

²⁸ *Ibidem*, párrafo 169. Se han eliminado tres referencias a la Observación General No. 14, «Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial», del Comité de Derechos del Niño, que la Corte Interamericana emplea como fuente al respecto de estos aspectos.

²⁹ *Ibidem*, párrafo 170.

³⁰ CIDH, *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia de 25 de noviembre de 2013.

Dominicanas y Haitianas expulsadas contra República Dominicana³¹. En la Comisión son numerosas las medidas cautelares emitidas, especialmente respecto de Estados Unidos, en aplicación del principio de *non-refoulement*. Un caso de especial interés es el de Andrea Mortlock³², en el cual la Comisión adoptó una medida cautelar para que EE.UU. suspendiera la deportación de una ciudadana jamaicana que vivía con VIH/sida y respecto de la cual se temía fundadamente que si era expulsada a su país de origen no continuaría recibiendo el tratamiento médico de triterapia, lo que la conduciría a la muerte. Su deportación fue finalmente suspendida.

Como afirma la Corte Interamericana en su opinión consultiva en análisis, las disposiciones de los instrumentos interamericanos respecto del derecho de asilo y del principio de no devolución deben ser complementadas con los artículos 1.1 (que establece los deberes del Estado de respetar y garantizar los derechos humanos); 5 (integridad personal); y 19 (derechos del niño) de la Convención Americana. El tribunal realiza una interpretación sistemática de las mencionadas disposiciones de los instrumentos interamericanos con los principios y normas establecidas en la Convención sobre Derechos del Niño y otros tratados internacionales.

73

Sobre estas bases, la Corte subraya que «concuera con el Comité de los Derechos del Niño en cuanto a que [e]l retorno al país de origen sólo podrá contemplarse en principio si redunda en el ‘interés superior’ por lo que se encuentra prohibido cuando produce un ‘riesgo razonable’ de traducirse en la violación de los derechos humanos fundamentales del [niño o niña] y, en particular, si es aplicable el principio de no devolución»³³.

De allí que frente a las obligaciones que impone al Estado el Derecho Internacional, debe «al menos, entrevistar a la persona, dándole la debida oportunidad de exponer las razones que lo asistan en contra de la devolución, y realizar una evaluación previa o preliminar a efectos de determinar si existe o no ese riesgo y, de constatarse, no debería ser

³¹ CIDH, Caso *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 28 de agosto de 2014.

³² Comisión Interamericana, *Andrea Mortlock vs. EE.UU.* (Admisibilidad y Fondo), Caso 12.534, 2008.

³³ CIDH, OC-21, *Op. Cit.*, párrafo 231.

devuelto a su país de origen o donde exista el riesgo»³⁴; se añade, en el caso de niñas y niños, el que determine su interés superior conforme a los procedimientos precitados.

La opinión consultiva también subraya que las obligaciones estatales se extienden más allá de las situaciones en que se haya determinado que concurren los requisitos para garantizar el estatus de refugiado, incluyendo de este modo las situaciones en que debe concederse al niño la protección internacional de carácter complementario. En este sentido, la Corte Interamericana cita al Comité de los Derechos del Niño, cuando precisa que «[s]i no se cumplieran los requisitos para obtener la condición de refugiado al amparo de la Convención de 1951, los niños separados o no acompañados disfrutarán de la protección complementaria disponible en la medida determinada por sus necesidades de protección [incluyendo] la obligación [estatal] de atender las necesidades específicas de protección del niño no acompañado y separado de su familia»³⁵.

74

De todo lo anterior, la opinión consultiva deduce que debe garantizarse en la mayor medida posible que los niños y niñas gocen de todos los derechos humanos reconocidos en el territorio perteneciente o sujeto a la jurisdicción del Estado, lo cual incluye los derechos que presuponen la estancia legal.

La Corte concluye la sección relativa al principio de no devolución estableciendo que conforme a la interpretación sistemática de los instrumentos internacionales relevantes, «cualquier decisión sobre su devolución al país de origen o a un tercer país seguro sólo podrá basarse en los requerimientos de su interés superior, teniendo en cuenta que el riesgo de vulneración de sus derechos puede adquirir manifestaciones particulares y específicas en razón de la edad»³⁶.

VII. Conclusiones

La opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Hu-

³⁴ *Ibidem*. Ambas citas son del párrafo 232.

³⁵ *Ibidem*, párrafo 241, citando al Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*.

³⁶ *Ibidem*, párrafo 242.

manos sobre niñez migrante, se emitió en uno de los momentos críticos de la situación de este colectivo vulnerable en las Américas. Como se ha descrito en este trabajo, ello ocurrió en uno de los *peaks* de la migración infantil hacia EE.UU. desde los países del triángulo norte centroamericano, lo cual implicaba, además, una situación muy compleja de tránsito, especialmente a través de México.

Con posterioridad a ello, la migración infantil retornó a sus cifras históricas, para luego volver a incrementarse, y se ha llegado a adoptar medidas extremas –como la separación de los niños de sus familias por parte de Estados Unidos en 2018–. Además, algunas de las políticas y prácticas adoptadas en el momento más álgido continúan en vigor, especialmente las que se refieren a la detención de niños y niñas por razones migratorias.

De allí la actualidad de la opinión consultiva sobre la niñez migrante, ya que a través de la interpretación sistemática que en ella se efectúa, que tiene en consideración los instrumentos relevantes tanto del Sistema Interamericano como del Sistema de Naciones Unidas, proporciona parámetros de mucha relevancia en la materia, que, conforme a las obligaciones contraídas por los Estados de la OEA, debieran ser aplicados en el diseño de las políticas públicas en la materia, así como en la implementación práctica de dichas políticas.

Comunidade e seus outros Comunidad y sus otros

 GABRIEL GUALANO DE GODOY*

Sumario

I. Cosmopolitismo Liberal. **II.** Condições da Hospitalidade. **III.** Direito a Ter Direitos. **IV.** Considerações Críticas ao Cosmopolitismo Liberal.

Resumen

En un diálogo con las teorías contemporáneas de la democracia, Seyla Benhabib propone un debate sobre la idea de pertenencia a una comunidad política y membresía justa. Desde una perspectiva normativa, Benhabib cuestiona la definición de quiénes serían los miembros de una comunidad política y cuáles son los criterios de juicio moral que las llamadas democracias liberales han utilizado para definir quiénes son sus ciudadanos. El resultado del trabajo de Benhabib parece relevante para ofrecer una base teórica para la recepción de solicitantes de asilo, refugiados y apátridas, mientras que sirve como la síntesis de un modelo de cosmopolitismo liberal. Este texto pretende abordar los argumentos centrales de Benhabib, para, en un segundo movimiento, discutirlos críticamente.

Palabras clave

Cosmopolitismo, hospitalidad, ciudadanía, asilo, apátrida.

* Advogado, Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); Mestre em Direito e Sociedade pela London School of Economics and Political Science (LSE); Doutor em Teoria do Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

Abstract

In a dialogue with contemporary theories of democracy, Seyla Benhabib proposes a debate on the idea of just membership to a political community. From a normative perspective, Benhabib questions the definition of who would be the members of a political community and what are the moral judgment criteria that the so-called liberal democracies have used to define who are their citizens. The result of Benhabib's work seems relevant to offer a theoretical basis for the reception of asylum seekers, refugees and stateless persons, while serving as the synthesis of a liberal cosmopolitanism model. This paper intends to approach Benhabib's central arguments, for, in a second movement, discuss them critically.

Keywords

Cosmopolitanism, hospitality, citizenship, asylum, statelessness.

I. Cosmopolitismo Liberal

78

Em um diálogo com teorias contemporâneas da democracia, Seyla Benhabib propõe um debate sobre a ideia de pertencimento justo a uma comunidade política. A partir de uma perspectiva normativa, Benhabib problematiza a definição de quem seriam os membros de uma comunidade política e quais seriam os critérios de julgamento moral que as chamadas democracias liberais têm utilizado para definir quem são os seus cidadãos e em que medida os outros de uma comunidade podem ser acolhidos. O resultado do trabalho de Benhabib parece relevante por oferecer base teórica para o reconhecimento de solicitantes de asilo, refugiados e apátridas, ao mesmo tempo em que serve de síntese de um modelo de cosmopolitismo liberal.

A imigração coloca em evidência a colisão direta entre o direito dos indivíduos de atravessar fronteiras, na esteira dos artigos 13 e 14 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e o direito ao autogoverno de uma comunidade política, nos termos do artigo 21 da mesma Declaração ¹. Ou seja, o direito de um cidadão deixar seu país de

¹ No campo dos direitos humanos existe claramente um direito universal do indivíduo dei-

origem não garante que outro Estado vá aceitar seu ingresso e permanência; nesse novo território, esse sujeito migrante, por ser não cidadão, será estrangeiro, será o outro dessa comunidade.

O sistema de proteção internacional (que para os juristas inclui o Direito Internacional dos Direitos Humanos, Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Refugiados) favorece esses dois princípios, mas não é capaz de reconciliá-los de maneira adequada na prática. Em uma época na qual a soberania do Estado nos domínios econômico, militar e tecnológico parece sofrer erosão e as fronteiras nacionais começam a ser vistas como mais permeáveis aos estrangeiros, os direitos dos não cidadãos seguem em risco e continuam a ser utilizadas normativas, tecnologias de poder e um gerenciamento policial baseado na ideia de segurança nacional para manter afastados de uma comunidade aqueles que ocupam o lugar do «outro», entre eles solicitantes de asilo, refugiados e apátridas². Nessa linha de raciocínio, passa-se a problematizar o tema a partir do discurso paradigmático que pretende resolvê-lo: o do cosmopolitismo liberal. Como representante dessa matriz de pensamento

xar sua comunidade de origem, o que não lhe garante, em contrapartida, garantia de ingresso e permanência com o mesmo *status* em outro Estado:

«Artigo 13º:

Toda a pessoa tem o direito de livremente circular e escolher a sua residência no interior de um Estado.

Toda a pessoa tem o direito de abandonar o país em que se encontra, incluindo o seu, e o direito de regressar ao seu país.

Artigo 14º:

Toda a pessoa sujeita a perseguição tem o direito de procurar e de se beneficiar de asilo em outros países.

[...] Artigo 21º

Toda a pessoa tem o direito de tomar parte na direção dos negócios, públicos do seu país, quer diretamente, quer por intermédio de representantes livremente escolhidos.

Toda a pessoa tem direito de acesso, em condições de igualdade, às funções públicas do seu país.

A vontade do povo é o fundamento da autoridade dos poderes públicos: e deve exprimir-se através de eleições honestas a realizar periodicamente por sufrágio universal e igual, com voto secreto ou segundo processo equivalente que salvaguarde a liberdade de voto».

² O conceito jurídico de refugiado protege pessoas que cruzaram fronteira internacional para fugir de perseguição, conflitos armados e graves violações de direitos humanos. Ele está positivado no art. 1º da Convenção de Genebra de 1951 Relativa a *Status* dos Refugiados, bem como na lei brasileira de proteção a refugiados, nº 9474/1997, como se lê a seguir: «Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país».

O conceito de apátrida aparece no art. 1º, §1º da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954, que considera como apátrida pessoa não reconhecida como nacional de nenhum Estado: «Para os efeitos da presente Convenção, o termo 'apátrida' designará toda pessoa que não seja considerada seu nacional por nenhum Estado, conforme sua legislação».

será analisado o livro, ainda sem tradução para o português, *The rights of others*³, de Seyla Benhabib.

A autora defendeu o federalismo cosmopolita como solução teórica exatamente para a dualidade existente entre o liberalismo, entendido como filosofia universalista dos direitos individuais, e a soberania do *demos*, ou seja, soberania de uma comunidade política democrática, que, por definição, requer a sua própria delimitação. As leis do *demos* são feitas por um povo e afetam apenas os membros de uma comunidade política determinada, ou seja, seus cidadãos; sendo assim, o paradigma do *demos* estaria vinculado com os direitos de cidadania, mas não necessariamente com os direitos universais.

A reflexão da Professora da Universidade de Yale merece particular atenção por ser um esforço filosófico de fundamentação da proteção dos direitos de estrangeiros como os outros de um certo Estado. Em um diálogo com teorias contemporâneas da democracia, Benhabib propõe um debate sobre a ideia de pertencimento justo a uma comunidade política (*just political membership*). A partir de uma perspectiva normativa, Benhabib problematiza a definição de quem seriam os membros de uma comunidade política e quais seriam os critérios de julgamento moral que as chamadas democracias liberais têm utilizado para definir quem são os seus cidadãos. Trata-se de uma releitura de Immanuel Kant e Hannah Arendt para oferecer base teórica para a acolhida de solicitantes de asilo, refugiados e apátridas.

Ao recuperar a abordagem de Hannah Arendt sobre o direito a ter direitos, Benhabib investiga o paradoxo relativo aos direitos humanos serem reconhecidos e protegidos apenas em virtude de serem direitos do cidadão. Indivíduos que não têm acesso à cidadania seriam excluídos do *demos* e terminariam em uma situação de absoluta vulnerabilidade. Arendt percebe que a figura do Estado-nação e as definições essencialistas de comunidade política seriam responsáveis por esse drama.

Na tentativa de construir sua alternativa, Benhabib sustenta que o direito a ter direitos, entendido como direito de cidadania, não deve ser deixado ao arbítrio dos Estados. Vale dizer: o direito a ter direitos não deve

³ Seyla BENHABIB, *The Right of Others: Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

excluir uma reflexão moral. Entretanto, Benhabib não se posiciona em defesa da cidadania global, mas em defesa de uma perspectiva cosmopolita de cidadania.

Benhabib assume um diálogo com as correntes neokantianas de pensamento sobre justiça global. No entanto, ela percebe certo déficit democrático dessas propostas. De acordo com Benhabib, as teorias neokantianas evitam o problema da reivindicação por estrangeiros de pertencimento a uma comunidade política diferente.

Ao se deparar com as mudanças no campo da cidadania experimentadas pela União Europeia e pelos Estados Unidos da América, Benhabib afirma que a «desagregação da cidadania» ainda está longe de ser considerada como uma verdadeira expressão do cosmopolitismo, mas espera que essa seja a janela para um futuro próximo. Ao analisar os contextos europeu e estadunidense, a solução a ser esboçada ilustra a necessidade de diálogo constante, de iterações democráticas, no sentido de repetição democrática, ou, em sua expressão original, *democratic iterations*. Isso a permite reelaborar o próprio conceito de cidadania: reapropriar-se da origem de um conceito significa que a cada repetição democrática pode ser rearticulada a ideia anterior de cidadania ao ponto em que uma forma de variação emerge.

81

Trata-se de uma aposta na perspectiva cosmopolita de cidadania. A noção de iterações democráticas é um conceito-chave de Benhabib, que segue de perto a teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas, para quem os direitos humanos são definidos a partir da dinâmica de comunicação entre os seres implicados no discurso. Seguindo tal pensamento, as pessoas devem justificar e discutir, assim como ouvir os «outros», no momento de definir seus direitos. A cidadania, nessa perspectiva, deve construir-se e reconstruir-se a si própria por meio da prática comunicativa⁴.

Para Benhabib, o federalismo cosmopolita seria a chave teórica que permitiria escapar às dificuldades de ordem democrática ainda presentes na proposta de um «governo mundial». O federalismo cosmopolita mantém

⁴ Benhabib propõe uma «política jusgenerativa» (*jusgenerativepolitics*) como sinal de um espaço de interpretação e intervenção entre normas transcendentais e a vontade das maiorias democráticas. Seyla BENHABIB, *The Right of Others: Aliens, Residents and Citizens*, Op. Cit., p. 131.

tanto a diversidade de comunidades políticas democráticas como seu nexo com o respeito devido aos direitos humanos (e, assim, o devido respeito ao direito de cidadania). Nesse sentido, a definição de si apresentada por uma comunidade política não deve fugir à responsabilidade moral para com as pessoas em geral, sejam ou não consideradas como cidadãs. Tampouco pode ser evitado o diálogo aberto com aqueles outros que buscam ingressar em uma comunidade política. Por fim, Benhabib defende que as fronteiras dos Estados resultem de fato mais porosas.

Por essa razão, a comunidade política, para Seyla Benhabib, não deve confundir *ethnos* com *demos*, ou seja, a comunidade não deve permitir que sua definição de si mesma seja essencialista, criticando dessa forma a estática do nacionalismo cultural.

Em certa medida, o pensamento de Benhabib parece em sintonia com a defesa habermasiana de um patriotismo constitucional, resultando em um esforço importante para uma concepção não homogênea de *demos* e para a fundamentação da proteção devida pelos Estados aos estrangeiros, entre eles solicitantes de asilo, refugiados e apátridas.

II. Condições da Hospitalidade

Immanuel Kant situou as condições da hospitalidade universal no âmbito do Direito Cosmopolita, aquele cujas relações são estabelecidas entre indivíduos e Estados estrangeiros ⁵. Inaugura-se, com isso, um novo campo do Direito, diferente do direito público (pois o direito público interno regula as relações entre Estado e cidadãos) e do direito internacional (ou direito público externo, que regula as relações entre os Estados).

No texto político de Kant «Para a paz perpétua: um esboço filosófico», ressaltam-se três condições definitivas para haver paz duradoura entre os Estados. A primeira condição é que a Constituição Civil de cada Estado deve ser republicana. A segunda é que o Direito das Gentes (ou das Nações) deve ser fundado em um Federalismo de Estados livres.

⁵ *Ibíd.*, p. 25.

Por último, o Direito Cosmopolita deve restringir-se às condições da hospitalidade universal⁶. Esse ponto é fundamental, pois, por exemplo, para Celso Lafer, a hospitalidade universal é um princípio de *jus cogens*, uma norma peremptória de Direito Internacional. Desse modo, há uma relevância em retornar a esse dever de hospitalidade para pensar a prática dos direitos humanos no Brasil.

De acordo com Kant, a hospitalidade⁷ deve ser encarada como um direito, não como filantropia. No sentido kantiano, hospitalidade é o direito de um estrangeiro, apesar de não ser cidadão, não ser tratado de forma hostil, ou seja, como inimigo. A hospitalidade kantiana aparece definida como o «direito de um estrangeiro, por conta de sua chegada à terra de um outro, de não ser tratado hostilmente por esse»⁸. Logo, em Kant existe uma defesa de um direito de visita, de um direito do estrangeiro à residência temporária num outro Estado. Essa observação acompanha uma reflexão de Kant sobre a expansão ultramarina e a busca de novos mercados por diferentes países da Europa, pois *ius cosmopoliticum* «tem a ver com a possível união de todas as nações com vistas a certas leis universais para o possível comércio entre elas»⁹. Mercantilismo, cosmopolitismo e colonialismo parecem possuir uma afinidade, um ponto de articulação.

Seyla Benhabib retorna ao *ius visitationis* formulado por Kant para argumentar que os estrangeiros devem ter não apenas o direito de estabelecer contato com a população de um outro Estado, mas também o direito de reivindicar sua permanência, dadas certas condições. Logo, fica claro desde o início que Benhabib se situa dentro de uma perspectiva condicionada do direito de hospitalidade. O direito de um visitante não ser tratado de forma hostil é retomado por Benhabib, que demonstra como o *status* de visitante permanente é um privilégio especial que a soberania republicana pode consagrar a certos estrangeiros que habitam seu território, realizam determinadas funções, representam suas entidades políticas e se comprometem a um acordo de longo prazo. Para Benhabib, não fica claro

⁶ Immanuel KANT, *A paz perpétua*, tradução de J. Guinsburg, Perspectiva, São Paulo, 2004, p. 50.

⁷ Seyla BENHABIB, *The Right of Others: Aliens, Residents and Citizens*, *Op. Cit.*, p. 25.

⁸ Immanuel KANT, *A paz perpétua*, tradução de Marco Zingano, Porto Alegre, L&PM, 2011, p. 37.

⁹ Immanuel KANT, *A metafísica dos costumes*, tradução de Edson Bini, Bauru, Edipro, 2008, p. 194.

no discurso de Kant se as relações entre pessoas e nações envolvem atos excessivos, que vão além do dever moral, ou se implicam um certo tipo de reivindicação moral sobre o reconhecimento dos direitos da humanidade na pessoa do outro.

O argumento utilizado pelo filósofo alemão para justificar o direito de todo homem de se apresentar perante uma outra sociedade estaria baseado em um direito de propriedade comum da Terra. Como a superfície da Terra não é ilimitada, os conceitos do Direito de um Estado e do Direito das Nações levam Kant ao conceito de um Direito Cosmopolita. Dessa maneira, seria injusto negar o direito de hospitalidade, desde que fosse possível concedê-lo de forma pacífica e sem prejudicar a vida e o bem-estar dos habitantes nativos e o próprio Estado. Porém, todo latino-americano sabe muito bem as implicações desse ponto de vista e as consequências do direito de hospitalidade em um contexto que culmina não em intercâmbio comercial, mas em colonização.

Kant visava a uma condição de mundo em que seres humanos pudessem integrar uma ordem civil, numa condição legal de pertencimento. Ampliando esse modelo, Kant chegou a pensar em algo como um «congresso permanente de Estados», em que uma coalizão voluntária de Estados permitiria o exercício de cidadania dentro de comunidades delimitadas¹⁰.

O projeto de paz perpétua kantiano contribuiu para a visualização de duas concepções distintas de soberania, praticamente impulsionando a transição de uma para outra: do regime soberano de Westfália para um modelo internacional baseado na ideia liberal de soberania. O primeiro modelo prevê os Estados como sendo livres e iguais. Há uma autoridade que se sobrepõe aos sujeitos dentro de um território delimitado, mas as relações entre outros Estados soberanos são estabelecidas de forma voluntária, com base nas alianças e afinidades. O segundo modelo diz que a igualdade formal entre os Estados requer princípios e valores comuns, tais como o respeito aos direitos humanos e ao Estado de Direito, bem como o

¹⁰ Immanuel KANT, *A metafísica dos costumes*, *Op. Cit.*, p. 193. Para que o Estado seja republicano, é preciso respeitar algumas condições: a liberdade *a priori* dos membros de uma sociedade (enquanto homens); a igualdade jurídica entre todos os membros de uma comunidade (enquanto cidadãos), e uma única legislação comum (a Constituição republicana).

respeito à autodeterminação democrática¹¹.

De acordo com Benhabib, quando a soberania de um Estado-nação viola os direitos humanos de parte de sua população, fala-se em um tipo de obrigação moral generalizada para repreender essas ações. Ampliando esse raciocínio, Benhabib buscou propor que o direito ao pertencimento ou associação seja considerado um direito humano, exatamente segundo os princípios de uma moral universalista.

Nas democracias modernas, os direitos de seus cidadãos repousam sobre os direitos do homem. Tais Estados atuam em nome dos princípios universais que se encontram limitados a uma determinada comunidade civil¹². Sob o regime de autogoverno, cada um seria, ao mesmo tempo, autor das leis e sujeito a elas.

Benhabib admite que sempre haverá conflitos na história do pensamento político, ou seja, divergências entre liberalismo e democracia, e até mesmo entre constitucionalismo e soberania popular. Isso porque a intenção dos liberais é vincular a vontade soberana a uma lista de direitos humanos por meio de um compromisso prévio. Já os democratas defendem a necessidade de renegociação e reinterpretação dos direitos pelo povo soberano. Este paradoxo da legitimidade democrática possui a lógica de que cada ato de autolegislação também seja um ato de autoconstituição.

Conforme Benhabib, mesmo em um regime democrático, os membros plenos de uma organização soberana se distinguem dos outros que estão sob proteção, mas que não gozam de todos os direitos.

Para Kant, a cidadania está ligada à liberdade natural, igualdade jurídica e independência civil. Uma comunidade civil é composta por indivíduos que possuem cidadania «ativa» e «passiva»¹³. Contudo, no sistema kantiano, mesmo que um cidadão passivo não tenha independência civil, sua condição de liberdade e igualdade como humano impõe que sua vontade também encontre reflexo na lei, pois «somente a vontade geral

¹¹ Seyla BENHABIB, *The Right of Others: Aliens, Residents and Citizens*, Op. Cit., pp. 40-41.

¹² *Ibidem*, p. 43.

¹³ Immanuel KANT, *A metafísica dos costumes*, Op. Cit., p. 157.

unida do povo pode legislar»¹⁴.

De acordo com Benhabib, os estrangeiros representariam hoje um grupo que não usufrui de todos os direitos de um cidadão¹⁵. Para ela, uma democracia liberal deve atenuar esse problema mediante renegociação e reiteração democrática de compromissos com os direitos humanos. Essa seria, para a autora, a melhor solução para uma fundamentação dos direitos dos outros de uma comunidade.

Lendo Kant, tudo se passa como se o estrangeiro gozasse do direito de hospitalidade apenas como visitante (*Besucher*), mas não como hóspede (*Gast*). Vale a pena sublinhar que essas duas palavras em alemão são usados em geral como sinônimos, o que faz com que seja difícil separar para quem o direito de hospitalidade realmente se endereça. *Besuchsrecht* seria o direito de «permanência temporária» de um indivíduo em um país estrangeiro, e *Gastrecht* o «direito de ser um visitante permanente»¹⁶.

86

Seguindo tal linha de pensamento, Benhabib procura analisar a fronteira entre esses direitos se perguntando se seria possível que um visitante se tornasse um membro político de um governo republicano. Para ela, hóspedes (*guests*) deveriam ser igualmente autorizados pelo direito de associação, assim como os visitantes são autorizados pelo direito de hospitalidade. Ambos deveriam ser considerados como direitos humanos universais da moralidade.

Mas se na prática «país a ser visitado» e «país anfitrião» implicam responsabilidades diferentes dos Estados, essa questão se torna problemática, especialmente quando os estrangeiros indocumentados – ou seja, aqueles que só teriam direito à visita – desfrutam de serviços e direitos que somente os hóspedes teriam.

Nessa linha de raciocínio, a aplicação do Direito dos Refugiados demonstra como os Estados ainda oferecem a admissão meramente temporária para um estrangeiro não esperado (visitante), e admissão

¹⁴ *Ibidem*, p. 156.

¹⁵ Seyla BENHABIB, *The Right of Others: Aliens, Residents and Citizens*, *Op. Cit.*, pp. 46-47.

¹⁶ *Ibidem*, p. 27-29.

potencialmente permanente somente ao estrangeiro convidado (hóspede).

O percurso de Benhabib exigiu-lhe um retorno a Kant para uma articulação entre o direito de hospitalidade e a possibilidade de reivindicação por parte de estrangeiros de um critério justo de pertencimento político a outro Estado. Isso fez com que ela pudesse mobilizar uma defesa da ideia de cidadania cosmopolita, sem a necessidade de se comprometer com uma ampliação do próprio direito de hospitalidade, que não pode ser oposto pelo estrangeiro contra a soberania do Estado de acolhida. Ou seja: Benhabib logrou inserir o critério de pertencimento justo como debate necessário para uma teoria normativa da justiça aberta aos outros de um Estado. Contudo, seus argumentos ainda não reconciliam plenamente soberania e direitos humanos, e advogam a favor de um conceito limitado de hospitalidade, uma hospitalidade condicional¹⁷.

III. Direito a Ter Direitos

Benhabib também precisou retornar à Hannah Arendt para articular o fim do modelo de Westfália com uma reflexão sobre «o direito a ter direitos». Assim ela pode oferecer uma comparação entre as discussões de Kant e Arendt relacionadas aos conflitos inerentes às relações internacionais entre Estados.

87

Segundo Hannah Arendt, «Esta nova situação, na qual a ‘humanidade’ assumiu de fato um papel antes atribuído à natureza ou à história, significaria nesse contexto que o direito de ter direitos, ou o direito de cada indivíduo de pertencer à humanidade, deveria ser garantido pela própria humanidade»¹⁸.

Os fenômenos do mal político, dos refugiados e apátridas representariam um dos problemas mais preocupantes do século XX. A decadência do sistema de Estados-nação na Europa, muito claro durante as duas Guerras Mundiais, foi radicalmente afetada pelo totalitarismo. Para Arendt, o fenômeno da apatridia exemplifica a perda de todos os

¹⁷ Seyla BENHABIB, *The Right of Others: Aliens, Residents and Citizens*.

¹⁸ Hannah ARENDT, *As origens do Totalitarismo*, São Paulo, Companhia das Letras, 1989, p 332.

direitos, não só de cidadania, como também dos direitos humanos mais fundamentais, culminando em uma perda da própria humanidade do homem.

Na intenção de colonizar a África, as nações europeias violaram todos os limites morais que normalmente regulariam o exercício do poder. Para Arendt, a destruição do consentimento dos cidadãos se deu por meio de decisões administrativas encobertas e manipulações imperialistas, da fragilidade dos princípios de direitos humanos para governar as relações entre os seres humanos e da instrumentalização do Estado-nação para a ganância das classes burguesas.

Com a dissolução de impérios multiétnicos e multinacionais, surgiram os Estados-nação, que não contavam com homogeneidade religiosa, linguística, nem cultural. Houve vários acordos elaborados com diversos governos que se comprometiam a garantir igualdade civil e política, a liberdade cultural e econômica e tolerância religiosa às minorias, àqueles outros dentro do Estado. Porém, não ficou clara a definição de minoria nacional, e, conseqüentemente, à medida que os Estados eram sucedidos por outros, a proteção desses direitos deixava de ser aplicada.

Práticas de desnaturalização e desnacionalização em massa contra minorias consideradas indesejáveis acarretaram discórdia e sucessivas crises políticas dentro do sistema da Liga das Nações, acirrando-se os conflitos emergentes entre minorias nacionais, e a hipocrisia na aplicação pelos Estados dos tratados de minorias. Como consequência desse cenário turbulento, milhões de pessoas passaram a ser apátridas e refugiadas.

Arendt denomina direito a ter direitos exatamente aquele direito que cada indivíduo tem de pertencer à humanidade¹⁹. Para Benhabib, o uso do termo «direito» pode servir para invocar um imperativo moral, por exemplo, no caso de um direito moral ao pertencimento ou um tratamento compatível. O termo «direito» também pode ter uso jurídico-civil, o que pressupõe uma relação triangular entre a pessoa que tem direito aos direitos, os demais sobre os quais esta obrigação cria um dever, e a proteção dessa reivindicação de direitos e sua aplicação, por meio de algum órgão

¹⁹ Hannah ARENDT, *As origens do Totalitarismo*, Op. Cit.

competente²⁰.

O reconhecimento do pertencimento é garantido pela própria humanidade do sujeito, mesmo que estrangeiro. Em uma leitura de Kant, essa obrigação é moral, pois ela legitima o dever de um indivíduo ser tratado pelos demais conforme os padrões de dignidade humana: todo homem é um fim em si mesmo. É isso que está no fundo dos direitos fundamentais.

Para Benhabib, o direito da humanidade na pessoa do outro requer um dever recíproco de admissão na sociedade civil e aceitação da liberdade limitada pela legislação civil, de forma que haja uma compatibilidade da liberdade de cada indivíduo, sob uma lei universal.

Articulando os pensamentos de Kant e Arendt, Benhabib defende a possibilidade de reivindicação por parte de um estrangeiro de tornar-se membro de uma comunidade e, conseqüentemente, ter direitos civis, sendo julgado igualmente por suas ações e opiniões²¹.

O sistema do Estado-nação gerou injustiças e exclusão porque as tensões entre os direitos humanos e o princípio da soberania nacional são constitutivas desse modelo. Arendt critica o nacionalismo ao dizer que se trata de um pensamento pré-político, pois quanto mais as ideologias nacionalistas destacam aspectos da identidade que precedem a política, mais a igualdade dos cidadãos se fundamenta na semelhança presumida²².

Arendt reconheceu a existência de limitações do Estado-nação ao criticar a vontade de se pensar em uma nação homogênea. Para que o Estado pudesse alcançar a verdadeira soberania democrática e assegurar uma justiça para além das fronteiras, era necessário superar o modelo de Estado homogêneo e centralizado. Para Benhabib, Arendt não seguiria o modelo do Estado-nação para analisar o processo de constituição das comunidades democraticamente soberanas. De acordo com Benhabib, deve levar-se em consideração a formação do povo democrático em seu processo histórico-cultural contínuo, assim como a experimentação reflexiva com a

²⁰ Seyla BENHABIB, *The Right of Others: Aliens, Residents and Citizens*, Op. Cit.

²¹ *Ibidem*.

²² Hannah ARENDT, *As origens do Totalitarismo*, Op. Cit.

identidade coletiva em um processo de iterações democráticas²³.

Partindo desse pressuposto, Benhabib acredita que houve grandes avanços no Direito Internacional em relação à descriminalização dos movimentos migratórios, com destaque à inclusão de pessoas que fogem de injustiça ou de perseguição em seus países de origem nos sistemas de proteção internacional aos refugiados e apátridas. Para Benhabib, o direito a ter direitos é o reconhecimento do estatuto universal da personalidade de cada ser humano, independentemente de sua nacionalidade. Isso garante a fundamentação da proteção devida a solicitantes de asilo, refugiados e apátridas.

Tanto Immanuel Kant quanto Hannah Arendt se depararam com o mesmo problema conceitual envolvendo reivindicações morais universalistas. Em síntese: ele justificou o dever moral ligado à garantia de acolhida do estrangeiro, ou o direito de hospitalidade, e ela demonstrou como a perda da comunidade impactou a própria humanidade do homem, ou seu direito a ter direitos.

90

Em relação ao direito humano ao pertencimento, tanto Kant quanto Arendt podem ser relidos como autores que tentaram, mas não conseguiram chegar a uma solução que acomode o dilema entre os cidadãos e os não cidadãos. No entendimento de Seyla Benhabib, há meios de corrigir as desigualdades econômicas, sociais e culturais sem a necessidade de um Estado recusar-se a acolher estrangeiros. As democracias liberais devem aceitar o processo de naturalização, ou seja, admitir a reivindicação da cidadania. Para Benhabib, é possível estipular alguns critérios para essa adesão²⁴. Nessa linha de pensamento, os apátridas e refugiados não podem ser tratados como um grupo de indivíduos impedidos permanentemente de se associarem a uma comunidade política

Assim como não se pode permitir que indivíduos se tornem voluntariamente apátridas, um Estado soberano não pode negar perpetuamente pertencimento. Pode-se estipular certos critérios de pertencimento, mas não do tipo que faça com que os outros terminem permanentemente barrados de se tornarem membros de sua

²³ Seyla BENHABIB, *The Right of Others: Aliens, Residents and Citizens*, *Op. Cit.*

²⁴ *Ibidem*.

comunidade política. Os regimes teocráticos, autoritários, fascistas e nacionalistas o fazem, mas as democracias liberais não o deveriam²⁵.

A autora sustenta que o direito fundamental de liberdade de comunicação permite justificar o direito humano ao pertencimento e interferir em políticas que acarretem desnaturalização.

De acordo com a tradição liberal, o direito de deixar um país de origem ou de emigrar é um direito natural fundamental, pois o ser humano é um ser autônomo e tem o direito de aceitar ou rejeitar tais pré-condições do exercício de sua liberdade. Como os cidadãos são livres, o Estado liberal não pode tornar impossíveis as condições de saída – como negar emissão de passaporte, visto ou imposição de taxas de saída abusivas. Aqui está a fundamentação liberal para o direito de migrar, tão discutido hodiernamente.

Historicamente, são múltiplas as causas da migração: pobreza, conflitos, desastres naturais; e o resultado disso pode implicar o aumento do número de deslocados, solicitantes de asilo, refugiados. Segundo Benhabib, Estados têm mais liberdade para determinar as condições de entrada de imigrantes do que quando se trata de refugiados e asilados²⁶. Em geral, as nações têm obrigações morais para com as pessoas em situação de refúgio e asilo; já as signatárias da Convenção de Genebra de 1951 sobre o *Status* de Refugiado têm deveres legais. Esse é exatamente o caso do Brasil, que é parte do tratado e tem legislação específica sobre a matéria.

Nenhum indivíduo pode ser impedido de aderir permanentemente a uma comunidade sem fundamento. Para Benhabib, há critérios que envolvem certas qualificações, habilidades e recursos para determinar se o indivíduo pode tornar-se membro, sem negar sua liberdade comunicativa. As condições mais relevantes são duração da estada, competência linguística, habilidades laborais e financeiras. A reivindicação de um direito de ingresso e de pertencimento por um outro em geral implica, de modo correlato,

²⁵ *Ibidem*, p. 135: «Just as you cannot render individuals stateless at will, nor can you, as a sovereign state, deny them membership in perpetuity. You may stipulate certain criteria of membership, but they can never be of such a kind that others would be permanently barred from becoming a member of your polity. Theocratic, authoritarian, fascist, and nationalist regimes do this, but liberal democracies ought not to».

²⁶ Seyla BENHABIB, *The Right of Others: Aliens, Residents and Citizens*, *Op. Cit.*

uma vontade de saber do Estado em relação a esse estrangeiro que está buscando adesão. Para Benhabib, as condições de naturalização devem ser feitas com um procedimento transparente e disponível para todos, no qual não haja criminalização do indivíduo e sim, a garantia de um devido processo.

O direito ao pertencimento, com Benhabib, implica respeito aos direitos civis e políticos como direitos humanos. Benhabib sugere que o direito ao pertencimento vai além da legislação específica de cidadania de um país²⁷.

Há inúmeras variações de organização do poder em povos democráticos. Do ponto de vista moral, Benhabib acredita que seria censurável a ausência de um procedimento para estrangeiros se tornarem cidadãos plenos, isto é, se a naturalização não fosse permitida haveria violação ao direito humano de associação. Alguns governos podem exigir exame de idioma por escrito ou oral, outros podem exigir um período mínimo de residência.

Sendo assim, esse direito humano não é apenas um dever moral abstrato, porque tem sido incorporado, cada vez mais, em regimes existentes por meio de várias práticas e instituições. Conforme Benhabib, diante do nível de integração dos não cidadãos em regimes de direitos, a cidadania nacional deixou de ser a única base para a atribuição de direitos.

Benhabib, ao analisar as transformações contemporâneas referentes à cidadania, tanto na Europa quanto nos Estados Unidos da América, ainda nota contradições. Por um lado, afirma-se a importância da cidadania nacional; mas, por outro, minimiza-se a distinção entre o estatuto legal dos cidadãos e estrangeiros. Isso tem como consequência a desagregação do modelo unitário de cidadania. Para ela, seria mais interessante apreciar a natureza contraditória do presente se houver uma ideia mais clara das transformações institucionais atuais no domínio dos direitos de associação, ou pertencimento. Essa reflexão, que ainda guarda uma perspectiva «euroamericana», parece ser interessante também no contexto do Mercosul, em que a circulação de cidadãos dos países do bloco foi permitida e o

²⁷ *Ibidem*.

acesso a um procedimento de residência permanente facilitado²⁸.

Quando Benhabib pensa no «direito dos outros», ela percebe os riscos de uma sociedade teoricamente mais porosa e aberta aos estrangeiros se não lhes forem garantidos na prática também o acesso aos direitos políticos²⁹.

Ademais, Benhabib frisa que, apesar de todos os avanços e desenvolvimentos, solicitantes de asilo ainda se deparam com a negação do direito a ter direitos. Por exemplo: apesar do disposto no artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais de proteger a vida, liberdade e propriedade dessas pessoas, os direitos de mobilidade, emprego e de associação continuam sendo cerceados, gerando-se uma total dependência da vontade do Estado soberano para a concessão mesmo de permanência temporária a refugiados.

Ao comentar a desagregação da cidadania nos Estados Unidos da América³⁰, Benhabib relembra que muitos imigrantes, principalmente irregulares, ingressam nas forças armadas e põem em risco suas vidas com o intuito de conseguir cidadania estadunidense.

93

A morte de vários estrangeiros que se tornaram militares levou à proposição de projetos para lhes conceder cidadania póstuma, beneficiando, em alguns casos, seus cônjuges e filhos. Alguns legisladores sugeriram a concessão imediata aos migrantes integrantes das forças armadas e outros sugeriram o estabelecimento de um prazo mínimo para o processo. Contudo, parece extremamente complicado um modelo de cidadania em que aqueles indivíduos dispostos a morrer por um país consigam apenas *post mortem* o reconhecimento de seu pertencimento àquela comunidade política³¹.

De acordo com Benhabib, ao contrário de exemplos da União

²⁸ Seyla BENHABIB, *The Right of Others: Aliens, Residents and Citizens*, Op. Cit.

²⁹ *Ibidem*, p.146.

³⁰ Seyla BENHABIB, *The Right of Others: Aliens, Residents and Citizens*, Op. Cit., pp. 213-221.

³¹ *Ibidem*, p. 214: «Those who carry out the ultimate sacrifice for the democratic people by giving their lives for it are not always its members in good standing».

Europeia, a desagregação norte-americana não está ligada ao direito de voto para residentes legais. A concepção de cidadania, para os estadunidenses, permanece notavelmente unitária no nível da concessão de direitos políticos, por considerarem a naturalização uma condição prévia para voz política³².

A globalização, na medida em que aumenta a intensidade e a interconexão das ações humanas em todo o mundo, resulta na criação de novas situações e novas lógicas de representação³³.

Há uma ligação fundamental entre autogoverno democrático e representação territorial. Isso se dá porque as democracias promulgam leis que deveriam vincular àqueles legitimamente autorizados; a legitimidade democrática não pode se estender para além do *demos*, circunscrito nele mesmo como um povo soberano sobre um determinado território. Num ideal de democracia sempre haverá diálogo controverso entre *demos* e outras organizações representativas sobre os limites de sua jurisdição e autoridade. As polêmicas decorrentes desse diálogo complexo entre representantes do povo eleitos democraticamente, o Judiciário e outros atores civis e políticos não têm fim. Por meio desses debates, as representações democráticas podem se reconstituir para, por exemplo, anistiar migrantes irregulares.

Benhabib defende como solução para o impasse uma fundamentação da justiça com base em um universalismo moral e um federalismo cosmopolita. A autora propõe não fronteiras abertas, mas sim porosas, em que um processo de admissão de estrangeiros seja mais flexível. Ela argumenta, ainda, que as leis que regem a naturalização devem se sujeitar às normas de direitos humanos, rejeitando a negação do acesso ao processo de naturalização. A melhor proposta encontrada pela autora para abordar a complexa questão da adesão política no novo século foi traduzida nas ruas pelos próprios movimentos de migrantes: «nenhum ser humano é ilegal»³⁴.

³² *Ibidem*, p. 215.

³³ *Ibidem*, p. 218.

³⁴ Seyla BENHABIB, *The Right of Others: Aliens, Residents and Citizens*, *Op. Cit.*, p. 221.

IV. Considerações Críticas ao Cosmopolitismo Liberal

Para Benhabib, numa sociedade democrática, liberal e cosmopolita, o caminho para a cidadania deve estar aberto a um diálogo sobre os laços associativos e de pertencimento, por meio do qual mesmo um indivíduo estrangeiro possa se mostrar capaz de exercer a cidadania e digno de recebê-la. Ainda que o Direito Internacional fosse apto a conceder o «direito humano à cidadania» aos imigrantes, para a Professora de Ciência Política da Universidade de Yale, a moralidade da imigração resta evidente se as condições de vida no país nativo de uma pessoa colocarem em risco sua existência. Ademais, para Benhabib, nesse exemplo, o direito à sobrevivência do estrangeiro deve pesar tanto quanto o direito do novo país de controlar suas fronteiras. Contudo, é preciso defender um peso maior à questão da luta por sobrevivência do sujeito. E à luta do estrangeiro para ocupar uma posição de sujeito, de sujeito político, sujeito da política. Apenas nesses termos pode ser repensado o próprio campo político. Isso começa reconhecendo-se os limites de um cosmopolitismo dependente do Estado, a marca da violência no domínio do Direito dos Refugiados e a necessidade de sua abertura ao incerto, ao incalculável, ao que independe da identidade.

95

Para Jacques Derrida, é preciso recuperar a herança kantiana do cosmopolitismo e, ao mesmo tempo, romper com ela. Isso é possível a partir de uma outra perspectiva sobre a hospitalidade. Para ele, a palavra hospitalidade está ligada à ideia de anfitrião, de dono da casa, tanto no sentido daquele que detém a propriedade quanto daquele que recebe o convidado, que lhe dá boas-vindas, que define as condições e as regras da própria hospitalidade: «a soberania do poder, a *potestas* e a posseção do hospedeiro continuam aquelas do *paterfamilias*, do senhor da casa, do ‘dono do lugar’»³⁵.

O anfitrião, aquele que oferece a hospitalidade do lar, atua como

³⁵ «Segundo a cadeia que agora nos é familiar (*hosti-pet-s, potis, potest, ipse*, etc.), a soberania do poder, a *potestas* e a posseção do hospedeiro continuam aquelas do *paterfamilias*, do senhor da casa, do ‘dono do lugar’, como o chama Klossowski. E se traduz a mesma palavra de duas maneiras, tanto é ‘estrangeiro’ quanto ‘hóspede’». Jacques DERRIDA, *Anne Dufourmantelle convidada Jacques Derrida a falar da hospitalidade*, tradução de Antonio Romane, São Paulo, Escuta, 2003, p. 37.

quem exerce soberania sobre o espaço e sobre os bens que oferece a um estranho. Esse oferecimento reafirma sua autoridade na medida em que as regras da hospitalidade devem ser respeitadas pelo hóspede. Nesse sentido, estão delineadas a autolimitação e a contradição no coração do conceito de hospitalidade.

Com Derrida, a superação do modelo de Benhabib se apoia no imperativo da oferta de uma hospitalidade hiperbólica. Mas, se isso acontecer, haverá potencial transgressão das leis da hospitalidade, de suas condições, de suas normas, dos direitos e deveres que se impõem aos que oferecem e aos que recebem a hospitalidade.

Logo, para Derrida, há uma antinomia não dialetizável entre as leis da hospitalidade e a Lei da hospitalidade. Na verdade, a hospitalidade pura é uma «lei sem lei», uma lei sem imperativo, pois não pode ser exigida por um dever, ela deve ser oferecida graciosamente a alguém, como verdadeira dádiva³⁶.

96

A hospitalidade absoluta é incondicional, pois pressupõe que se abra a porta de casa mesmo ao outro totalmente desconhecido. Trata-se de oferecer um lugar sem convite, aberto à contingência da visitação, sem se exigir reciprocidade nem mesmo identidade de quem pede passagem, ou permanência.

A hospitalidade corrente demanda, desde logo, o nome, a origem, os documentos do estrangeiro. O nome se liga com a noção de família, de pertencimento a um grupo, a um Estado, de ser capaz de identificação, de atribuição de direitos e deveres.

Pode-se atrelar, então, a hospitalidade vigente ao domínio do poder. Poder que o hospedeiro tem de eleger e escolher seus convidados, aqueles a quem ele decide oferecer asilo, direito de visita ou hospitalidade. Para Derrida, «não há hospitalidade sem finitude, a soberania só pode ser exercida filtrando-se, escolhendo-se, portanto excluindo e praticando-

³⁶ Jacques DERRIDA, Anne Dufourmantelle convida Jacques Derrida a falar da hospitalidade, *Op. Cit.*

se violência»³⁷. Daí surge certa marca da injustiça no limiar do direito à hospitalidade.

Derrida conclui que a hospitalidade permanece sempre na fronteira de si mesma, chegando a se transformar na própria fronteira, no limite da questão e sua aporia. A Lei da hospitalidade constitui, assim, o princípio transpolítico do político e da hospitalidade, porque, como crê Derrida, não somos definidos pela cidadania, vínculo estatutário com o Estado-nação. Nessa toada, seria preciso pensar uma ética da hospitalidade além do Estado e além do cosmopolitismo.

Pensar a hospitalidade sem condições é interrogar uma comunidade apoiada na figura do estrangeiro como dispositivo político fundamental para a construção da identidade mediante a diferença³⁸. Para Derrida, a filosofia tradicional da hospitalidade deve ser revisada e desconstruída a partir de uma democracia por vir, um questionamento profundo do pertencimento e do direito a ter direitos fundado na cidadania e no Estado. Isso significa repensar o demos como simultaneamente a singularidade incalculável de qualquer um (antes de qualquer sujeito e além da cidadania, do povo e do Estado) e a universalidade do cálculo racional e da igualdade perante a lei (do laço social de estar junto, com ou sem contrato)³⁹. A desconstrução da forma-Estado promete que, um dia, essa não mais será a última palavra sobre o político. Nesse sentido, democracia por vir não significa uma democracia futura que será presente, mas uma promessa da existência do impossível inscrita na própria democracia⁴⁰.

³⁷ E diz, ainda: «Esse conluio entre a violência do poder ou a força da lei (*Gewalt*), de um lado, e a hospitalidade, de outro, parece dever-se, de maneira radical, à inscrição da hospitalidade num direito, essa inscrição sobre a qual falamos ao longo das sessões anteriores». *Ibidem*, p. 49.

³⁸ Ana Paula PENCHASZADEH, *Política y hospitalidad: disquisiciones urgentes sobre la figura del extranjero*, Buenos Aires, Eudeba, 2014, p. 28.

³⁹ Giovanna BORRADORI, Jacques DERRIDA, Jürgen HABERMAS, *Filosofia em tempo de terror: diálogos com Jürgen Habermas e Jacques Derrida*, tradução de Roberto Muggiati. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 2004, p. 130.

⁴⁰ A hospitalidade em Derrida não se trata nem de uma ideia reguladora, já que rompe com o possível e a teleologia, nem de uma utopia. É preciso pensá-la nesse campo da promessa da hospitalidade. Giovanna BORRADORI, Jacques DERRIDA, Jürgen HABERMAS, *Filosofia em tempo de terror: diálogos com Jürgen Habermas e Jacques Derrida*, p. 141.

Sobre migraciones y Constitución Extranjeros e inmigrantes en la Constitución española de 1978

 JAVIER DE LUCAS*

Sumario

I. Introducción. **II.** El régimen constitucional de atribución de derechos a los extranjeros. **III.** Sobre la relevancia de la condición de extranjero desde el punto de vista de la titularidad de derechos y libertades. **IV.** Sobre el reconocimiento de derechos políticos y el principio de reciprocidad.

Resumen

Como en el resto de los países de la Unión Europea, la Constitución española no contempla específicamente el estatus jurídico de los inmigrantes (a diferencia de los refugiados), lo que obliga a estudiar las disposiciones sobre extranjería y el desarrollo de la jurisprudencia constitucional en materia de reconocimiento de derechos. En esta contribución al monográfico de la RPDC, me centro en el análisis de los apartados 1 y 2 del artículo 13, núcleo de esas disposiciones constitucionales.

Palabras clave

Derechos de los inmigrantes, estatuto de extranjería, Constitución española.

Abstract

My contribution to this monographic issue of the RPDC consists of an analysis of paragraphs 1 and 2 of article 13 of the Spanish Constitution of 1978, which is the core of the constitutional provisions on foreigner's status. As in the rest of the EU countries, the Spanish Constitution does not specifically contemplate the legal status of immigrants (unlike refugees), which requires studying the provisions on foreigners and the development of constitutional jurisprudence in matters of recognition of rights.

Keywords

Rights of migrants, foreigners, Spanish Constitution.

* Catedrático de Filosofía del Derecho y director del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Valencia (España).

El autor agradece a Carmen Jódar por su colaboración en la preparación de este artículo.

I. Introducción

En España, como es sabido, la Constitución de 1978, al igual que la de la inmensa mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea (en adelante, UE), no contempla disposiciones específicas en materia de inmigración ni sobre los derechos (y deberes) de los inmigrantes¹. Además, como sucede con el resto de los Estados de la UE, España no ha ratificado el texto normativo que establece el estándar jurídico internacional en materia de derechos de los trabajadores inmigrantes y sus familias, la Convención de la ONU de 1990, por lo que no es procedente la remisión interpretativa a esa Convención, conforme a lo dispuesto en el artículo 10.2.

La Constitución dedica el primer capítulo del Título I («De los derechos y deberes fundamentales») a la condición de extranjería y al reconocimiento de la de ciudadanía española, bajo el rótulo «De los españoles y los extranjeros»². Y es en los apartados 1 y 2 del artículo 13 donde se contempla específicamente el sistema de reconocimiento de derechos³, que fue objeto de análisis en una importante Sentencia del

¹ No sucede así por lo que se refiere a los refugiados, puesto que a ese respecto, en cuanto Estado parte del Convenio de Ginebra, la Constitución española, tal y como dispone el artículo 10.2 de la misma Constitución (las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España) remite al artículo 14 de la Declaración universal y al Convenio de Ginebra de 1951 así como al Protocolo de Nueva York, y también al Convenio Europeo de derechos fundamentales.

² Ha de tenerse en cuenta que, de acuerdo con la sistemática jurídica tradicional en los países de codificación, esta materia estaba regulada en el Código Civil y aun después de la Constitución hay que referirse a la respuesta que ofrece el Código que, a su vez, ha sido objeto de reformas para adaptarlo a las disposiciones constitucionales y a la reforma de la propia Constitución. La primera de ellas, en 1981, tuvo por objeto a una colectividad históricamente vinculada a nuestro país, los judíos sefardíes de origen español, a los que se equipara con los nacidos en países iberoamericanos y en Filipinas. Nueve años después, la ley 18/1990 ofreció la vía expedita de acceso a la nacionalidad (solo con dos años de residencia legal) a los hispanoamericanos, a quienes ostentan la nacionalidad filipina, ecuatoguineana, andorrana y a los descendientes sefardíes expulsados en 1492. La tercera reforma, mediante la ley 36/2002, facilitó el acceso a la nacionalidad por opción a descendientes de españoles en primer grado. La cuarta (mediante la disposición adicional séptima en el Ley 52/2007, popularmente conocida como «Ley de Memoria Histórica»), concedió el acceso a la nacionalidad a descendientes de la emigración española en primer y segundo grado.

³ Artículo 13:

1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.

2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23,

Tribunal Constitucional, la Sentencia 107/1984, de 23 de noviembre, en la que se plantea por primera vez el encaje constitucional de los derechos de los extranjeros, desde la sola base de los preceptos constitucionales.

Ha sido el legislador ordinario quien ha desarrollado el régimen de derechos de los extranjeros desde esa base constitucional, aunque en realidad el desarrollo legislativo se ha hecho siempre en atención a la creciente presencia de inmigrantes y no tanto en lo relativo al resto de los extranjeros. Los títulos de las sucesivas leyes conocidas en España como leyes de «extranjería» así parecen establecerlo⁴. Pero del estudio de su contenido se deduce con toda claridad que el objetivo específico es la respuesta a la llegada y presencia de los inmigrantes que, en un período extraordinariamente rápido, si lo comparamos con otros países europeos de tradición de recepción migratoria (Francia, Alemania, el Reino Unido), cobró una importancia creciente y, sobre todo, se ha constituido de forma recurrente en una herramienta partidaria en la contienda electoral, aunque no como probablemente vamos a tener que afrontarlo los europeos al final de la segunda década del siglo XXI, sobre el que se asoman sombras de fenómenos que creíamos superados desde el final de la Segunda Guerra Mundial.

II. El régimen constitucional de atribución de derechos a los extranjeros

La cuestión decisiva, a efectos de mi análisis, es *qué derechos han de reconocerse al extranjero (insisto, al inmigrante), comenzando por derechos fundamentales, y cuáles no*. De cómo se resuelva depende también la respuesta a un asunto que, a mi juicio, es asimismo de primordial

salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.

⁴ Una visión sintética de la evolución legislativa en veinte años en esta materia puede encontrarse en el artículo Mikel MAZKIARAN, «Recorrido por las leyes de extranjería en España», en *Revista Mugak*, 2004, núm. 29. Volveré sobre ello en el siguiente apartado. De momento, me interesa subrayar que la primera de esas leyes de extranjería (Ley orgánica 7/1985, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España) es también el primer intento de respuesta al fenómeno de la transformación de un país de emigración como lo había sido España, en un país que aparece como punto de tránsito y aun de destino de los movimientos migratorios de procedencia sobre todo latinoamericana y en segundo término, magrebí y subsahariana (a lo que hay que añadir un contingente de ciudadanos de países de la Europa del este, que es particularmente importante en el caso de los rumanos, aunque estos ya son hoy ciudadanos de la UE). Todo eso, además, en el contexto de un cambio decisivo para España: su ingreso en la CEEE mediante el Tratado de Adhesión firmado solo unos pocos días antes.

importancia, la titularidad de los derechos políticos. Pues bien, todo ello nos obliga a analizar lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 13, porque es en ese apartado (en el juego del artículo 14 con lo dispuesto en el mencionado 13.1) en el que a mi juicio se sientan las bases de la cuestión. Y, desde luego, de ello depende también la respuesta a la pregunta sobre los derechos políticos, a la que responde el apartado 2 del mismo artículo 13.

III. Sobre la relevancia de la condición de extranjero desde el punto de vista de la titularidad de derechos y libertades

Como he anticipado y conforme a una sistemática cuya lógica parecería difícilmente reprochable, el capítulo primero del Título I de la Constitución empieza la casa por los cimientos, esto es, trata de establecer quiénes son los sujetos de «los derechos y los deberes fundamentales» a los que se refiere el enunciado del propio título. Pero esa lógica, en realidad, se quiebra desde el momento en que en ese capítulo primero no se incluye el presupuesto clave de la atribución de la titularidad. A mi juicio, es el artículo 14 en realidad (aunque se encuentra desplazado al capítulo segundo del mismo título) el que establece el presupuesto del que nace una tesis comúnmente admitida de forma pacífica y aun tenida como un postulado, es decir, supuestamente evidente: la atribución diferenciada de derechos y deberes fundamentales obedece a la condición de nacionalidad, al precisar que la igualdad ante la ley se refiere solo a los españoles, de donde se deduce que *solo los españoles son los titulares de la plenitud de derechos y libertades*.

Luego, como veremos, a esta condición de nacionalidad como justificación de la desigualdad (discriminación justificada) se unirá en términos de principio la condición administrativa del inmigrante, que permitirá establecer un trato diferenciado en punto de derechos fundamentales a quienes tengan una residencia legal, frente a quienes se encuentren en una situación de irregularidad administrativa, mal enunciada en términos de *ilegalidad*, que permite hablar de *inmigrantes ilegales*. En puridad, esta justificación de un trato discriminatorio se apoya en una estratagema legal, que consiste en establecer que no se trata tanto de configurar estatus diferenciados entre inmigrantes regulares (legales) e irregulares (ilegales), sino en precisar que solo quienes se encuentran en la condición de regularidad administrativa pueden *ejercer* sus derechos. Esta distinción, en

realidad, a juicio de buena parte de la doctrina, conduce al vaciamiento del contenido esencial de derechos de los inmigrantes irregulares (tal y como hizo el legislador en la LO 8/2000, respecto a los derechos de reunión, manifestación, asociación, sindicación, huelga, y educación no obligatoria), pero el Tribunal Constitucional en su STC 236/2007 y siguientes no anuló esos preceptos –salvo en el caso de la huelga y la educación no obligatoria– sino que estableció que el legislador debía modificar su regulación.

Pues bien, de conformidad con ese presupuesto, el enunciado del capítulo primero de este Título reza literalmente «de los españoles y los extranjeros», y dedica sus tres artículos a establecer cuándo y bajo qué condiciones se es español y, por tanto, cuáles son las consecuencias de la condición *negativa* (el que no es español) del extranjero. Se aborda así no solo la precisión de la noción de nacionalidad, regulada tradicionalmente en el Código Civil, sino el alcance de la dicotomía básica en política, la distinción entre ciudadano y extranjero, en punto a establecer *qué derechos deben ser reconocidos a los extranjeros*. Por cierto, cabría ya apuntar que el enunciado de este primer apartado del artículo 13 no es del todo coherente, al hablar solo de «las libertades públicas que garantiza el presente Título», cuando ese Título I habla de «derechos fundamentales», y no solo de «libertades públicas».

103

De cualquier forma, como ya he apuntado, a mi entender la razón de la *diferencia de respuesta constitucional* (que consiste en una desigualdad pretendidamente justificada por obvia) se encontraría en el enunciado del artículo 14 de la Constitución. Aunque esa previsión del artículo 14 se concreta en los dos párrafos del artículo 13, los que nos dan la clave para saber cuál es esa *diferencia de respuesta*, esto es, de qué derechos (no) son titulares los extranjeros⁵ (aunque esa explicación debe completarse con lo dispuesto en el artículo 23, como veremos en el apartado II).

En realidad, la concreción de la diferencia en un listado de derechos ha sido precisada en primer lugar a través de la evolución legislativa

⁵ Téngase en cuenta, en todo caso, que la concreción de la diferencia de atribución, en punto a los derechos políticos, se enuncia en un artículo diferente, el artículo 23 de la Constitución, que dispone:

1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.
2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.

que arranca de la Ley Orgánica 7/1985, la primera *Ley de derechos y libertades de los extranjeros en España*, que fue inmediatamente criticada por su carácter restrictivo de los derechos y su enfoque preferentemente policial, consecuencias directas de una reacción de desconocimiento y prejuicio ante el hecho inédito de los flujos migratorios, que son enfocados en términos de riesgo, si no pura y simplemente de amenaza. Esta ley, tras ser objeto de la STC 115/1987, dio paso a la Ley Orgánica 4/2000, cuyo enunciado deja entrever lo que vengo comentando desde el primer momento: que en realidad no se ocupa tanto de los extranjeros sino de los inmigrantes, como evidencia la cláusula añadida al final de su propio enunciado, «Ley orgánica de los derechos y libertades de los extranjeros en España y de su integración social». Esta ley, que fue modificada por las sucesivas Leyes Orgánicas 8/2000, 11/2003, 14/2003 y 2/2009, está ya abiertamente orientada a la gestión de la política migratoria en el marco, a su vez, de la política migratoria europea; esto es, la adaptación de nuestra normativa a las directrices comunitarias en la materia.

De cualquier forma, el listado en que se concreta la diferencia en punto a derechos de los extranjeros en España es obra de una jurisprudencia constitucional amplia, que tiene como punto de partida la reiterada STC 107/1984 a la que ya he hecho referencia, previa al desarrollo legislativo ordinario y que establece la doctrina básica al distinguir, como veremos, tres categorías de derechos que permiten concretar la diferencia entre la titularidad de derechos reconocida a los españoles y la que se atribuye a los extranjeros. Esa STC 107/1984 es completada por dos STC decisivas desde el punto de vista del establecimiento de los derechos de los extranjeros en España, la STC 115/1987, que limita la configuración legal de los derechos de los extranjeros, al imponer la referencia al contenido esencial de derechos que queda fuera del alcance de la acción del legislador y sobre todo por la STC 236/2007, que es la que trata de establecer con mayor detalle los criterios desde los cuales se puede concretar la lista de derechos fundamentales de los extranjeros en España. Ese núcleo ha sido desarrollado a través de un buen número de sentencias del Tribunal Constitucional que en este comentario no podemos pormenorizar.

Como acabo de recordar, el punto de arranque de esta doctrina constitucional es la STC 107/1984, que establece la distinción entre tres categorías de derechos a la hora de precisar la mencionada diferencia y,

sobre todo, deja claro que la clave de bóveda es la interpretación literal del artículo 14. En efecto, en esa Sentencia se afirma que «cuando el art. 14 de la Constitución proclama el principio de igualdad, lo hace refiriéndose con exclusividad a ‘los españoles’» y explícitamente sostiene que «...no existe prescripción ninguna que extienda tal igualdad a los extranjeros». El triple «cesto» de derechos distingue entre derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (artículo 10.1 CE), que son comunes a españoles y extranjeros, obviamente. Otros son los derechos que dependen de la configuración legal, esto es, de lo que dispongan los tratados y las leyes (aunque no libremente, como precisará en su posterior STC 115/1987). Finalmente, hay derechos que expresamente son reservados a los españoles y vedados a los extranjeros.

En esta Sentencia no se concretan qué derechos entran en cada categoría. Eso ha sido obra del desarrollo legislativo, de la incidencia de algunos tratados (singularmente el de Maastricht que afectará al enunciado del número 2 del artículo 13, como recordaré en el epígrafe IV) y de la propia jurisprudencia constitucional. Ambos desarrollos han venido guiados por los principios establecidos en las dos primeras STC a las que me he referido (107/1084 y 115/1987): la identificación de los derechos comunes a españoles y extranjeros con los inherentes a la noción o principio de dignidad y la referencia al contenido esencial de los derechos, indisponible a la acción de configuración legal por parte del legislador ordinario. De acuerdo con ello, entrarían en el «cesto» de derechos comunes a españoles y extranjeros los derechos a la vida, integridad física, a la intimidad, a la libertad ideológica, a la libertad y la seguridad (artículo 17 CE), reunión, manifestación, asociación, tutela judicial efectiva, educación, sindicación, huelga y protección de datos personales.

Pese a que no se trata de un núcleo reducido, reitero que esa vinculación es criticable por cuanto su concreción parece reductiva: piénsese en que el derecho al trabajo no es entendido como inherente a la dignidad. Serían derechos de configuración legal por ejemplo el derecho a la libertad de residencia y de desplazamiento, el derecho al trabajo, el derecho a un régimen público de Seguridad Social o el derecho a la protección de la salud (objeto de una polémica regulación el RD 16/2012, convalidado por el propio TC en la STC 139/2016, 33/2017, 63/2017, 64/2017, 97/2017 y 98/2017, con votos particulares de interés

en todas ellas). Veremos en el epígrafe IV lo que se refiere a los derechos exclusivos de los españoles, y muy concretamente el derecho al sufragio.

De esa inicial *taxonomía constitucional* deriva una compleja construcción del estatuto del extranjero en punto a derechos –incluso a los derechos fundamentales–, obra no solo del desarrollo legislativo sino de la activa jurisprudencia constitucional del TC. Sucede, a mi juicio, que ese desarrollo legislativo está en cierta medida lastrado, insisto, por un interés que modifica la categoría constitucional del «extranjero», el de construir el *estatuto jurídico de los inmigrantes* (desde una construcción jurídica a su vez restrictiva de la noción de inmigrante, reducida a los extranjeros no comunitarios que inmigran a nuestro país por razones laborales). Ese es el contenido básico de la mayor parte de lo que, de una manera muy engañosa, conocemos como *legislación de extranjería* y que en realidad es, en su mayor proporción, *legislación migratoria*.

Añadiré algo más. En mi opinión, resulta obvio que la remisión al artículo 14 es una explicación formal, técnico-jurídica, pero no la clave última de esta construcción jurídico constitucional, que no reside en el artículo 14, sino en los presupuestos de lo que dicho precepto enuncia. La cuestión decisiva es ¿por qué no rige el principio de igualdad entre extranjeros y españoles en punto al reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales? Se me dirá que es muy sencillo: obviamente, porque los constituyentes parten del *partipris* comúnmente aceptado como un postulado, que impone el principio de discriminación (justificada, por supuestamente evidente), esto es, que los extranjeros, en su condición negativa, es decir, *qua no ciudadanos* (españoles), no pueden, no deben tener los mismos derechos que los españoles.

Ningún jurista en su sano juicio, se nos dice, discutiría el carácter pacífico de esa aseveración tanto en el Derecho y como en la jurisprudencia comparadas, incluso en la doctrina, al menos la constitucional. La dicotomía ciudadano/extranjero proveía esa respuesta en términos de evidencia, bien que progresivamente matizada gracias a la evolución del Derecho internacional de los derechos humanos y a cierta corriente del *soi-dissant* (neo) constitucionalismo, la que representa sobre todo Luigi Ferrajoli, que postula extender los principios e instituciones del Estado de Derecho y la democracia que tienen por clave la primacía del reconocimiento y garantía de los

derechos humanos, al orden internacional, lo que va más allá de la dimensión de cláusula interpretativa del artículo 10.2, según señalaré de inmediato.

Esapretensión, como es obvio, supone una considerable reformulación de la categoría de soberanía (el enunciado en términos de antinomia entre soberanía y derechos humanos ya fue anticipado entre nosotros por Juan Antonio Carrillo Salcedo) comenzando por la Declaración de 1948 y los Pactos de derechos de 1966 que establecen el principio general de titularidad universal de derechos y libertades en ellos enunciados, con independencia de la condición de ciudadanía. El artículo 10.2 de la Constitución consagra esa «cláusula interpretativa» de especial trascendencia a este respecto («Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España»). En un sentido no tan amplio del reclamado por Ferrajoli, un sector de la doctrina interpreta que existe lo que suele calificarse como «estándar mínimo internacional» que supondría una cierta superación de la radical diferencia comúnmente atribuida a la dicotomía básica entre nacional/extranjero y que tendría su reflejo en esos derechos que, al vincularse a la noción de dignidad, serían comunes a ambas categorías, como establece la referida STC 107/1984. Sin negar que esa es una precisión acorde con la doctrina constitucional de nuestro TC, señalaré que es más que cuestionable que la vinculación a la noción de dignidad humana se limite a ese primer «cesto» de derechos.

En cualquier caso, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha dejado claro que los derechos y libertades proclamados en los tratados internacionales no adquieren estatuto constitucional sino en cuanto no estén recogidos en la Constitución (STC 36/1991 y otras: SSTC 64/1991, 372/1993, 41/2002). En particular, la STC 326/2007 establece que esa interpretación «contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos», lo que, en el fondo, puede dar mayor alcance a lo que una interpretación estricta considera pura herramienta hermenéutica.

En cualquier caso, lo que me interesaba proponer en este epígrafe —a título de pista, y no solo, aunque también, de cara a la discusión de una posible reforma constitucional—, es que ese apartado 1 del artículo 13 (al menos si lo consideramos desde una perspectiva iusfilosófica y de filosofía

política, que es desde la que escribo) debería obligarnos a una reflexión de carácter más amplio sobre el criterio y alcance de la distinción entre ciudadano y extranjero, e incluso sobre la noción misma de extranjero y sobre el fundamento de la atribución de derechos, al menos en lo que se refiere a los «derechos inviolables que son inherentes a la dignidad de la persona», de conformidad con la fórmula empleada en el artículo 10.1 de la Constitución: ¿realmente debemos aceptar la restricción de los derechos inherentes a la dignidad de la persona tal y como ha sido construida por la jurisprudencia constitucional desde la liminar Sentencia 107/1984.

Lo que trato de apuntar es que, a mi juicio, la condición de extranjería y su estatuto jurídico, es decir, el reconocimiento de derechos que lleva aparejada, es una de las cuestiones en las que el Título I del texto constitucional presenta aspectos más polémicos, porque los propios presupuestos de la distinción entre ciudadanos y extranjeros y aun las consecuencias jurídicas atribuidas a esta, una de las dicotomías capitales del orden jurídico y político, parecen en entredicho como consecuencia de la vertiginosa transformación producida, de un lado, por el momento que vive el proceso de globalización al filo de cumplir el primer cuarto del siglo XXI y, de otro, por la integración de España en la Unión Europea. Los constituyentes no pudieron prever el alcance de esas dos transformaciones que, evidentemente, son a su vez de rango diverso.

108

Por eso he sostenido en varios trabajos que se podría aplicar hoy a las categorías constitucionales de ciudadano y extranjero la metáfora de Beck sobre los conceptos *zombie*: cualquiera que esté al tanto de los debates sobre la ciudadanía en los últimos veinte años sabe, con Bauböck, Cahrens, Sayad, Soysal, Habermas, o Kymlicka, que, ya hablemos de ciudadanía diferenciada, múltiple o ciudadanía transnacional, de ciudadanía postnacional, ciudadanía cosmopolita, o de ciudadanía plural e inclusiva, la vieja dicotomía debe ser revisada y con ella, la atribución de derechos en los términos clásicos de esa dicotomía. En buena medida, la existencia de una nueva manifestación de ciudadanía, lo que denominamos «ciudadanía europea» (del Tratado de Maastricht de 1992, a lo que disponen los artículos 18 a 25 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el Título V de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE), y el reconocimiento de la necesidad de un estatus equiparable entre los ciudadanos y los extranjeros que disponen de un estatus de residente permanente o de larga duración

(Directiva 2003/109/CE), dos aportaciones que debemos al Derecho de la Unión, suponen etapas en el establecimiento de esa superación de la dicotomía. La clave sigue siendo la plena equiparación, y es aquí donde topamos con el *coto vedado*, el reconocimiento de derechos políticos únicamente a los españoles, que responde al núcleo de la dicotomía ciudadano/extranjero, que fue objeto de una revisión de suma importancia (sobre todo simbólica, pero de indiscutibles consecuencias prácticas) que obligó a reformar el número 2 del artículo 13, como veremos a continuación.

IV. Sobre el reconocimiento de derechos políticos y el principio de reciprocidad

De la mencionada taxonomía constitucional de derechos de los españoles y de los extranjeros se desprendía que los extranjeros quedaban excluidos de los derechos políticos, significativamente del derecho al sufragio activo y pasivo, así como del derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 23: «1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. 2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes».

109

Pues bien, la actual redacción del número 2 del artículo 13, como es sabido, es el fruto de la primera reforma constitucional, en 1992 (publicada en el BOE el 28 de agosto de ese año), de conformidad a su vez con lo establecido en el artículo 93 de la Constitución. Como se recordará, la razón de esta reforma fue dar un paso hacia la categoría de *ciudadanía europea*, tal y como proponía el Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992 (Tratado de Maastricht), que a su vez modificó el artículo 8.B.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957, con el objeto de extender el derecho de sufragio en las elecciones locales de cada Estado miembro a los nacionales de los otros Estados de la Unión que residan en él. El Tribunal Constitucional, consultado sobre el particular, dejó claro en su Declaración de 1 de julio de 1992 que dicho reconocimiento del derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales era contrario a la redacción original del número 2 del artículo 13 (que solo contemplaba la posibilidad de extender a los extranjeros la titularidad del derecho de sufragio activo),

y por consiguiente, de conformidad con lo establecido en el artículo 95.1 de la Constitución, debía procederse a una reforma constitucional.

La modificación llevó a la redacción vigente que, como se observa, no afectó al principio o cláusula de reciprocidad que continúa vigente para los nacionales de terceros Estados en relación a dichas elecciones y muy en particular de forma sin duda criticable, a inmigrantes en los que concurra la condición de residentes de larga duración quienes, pese a su vinculación estable, que supone la condición de vecindad, no pueden ejercer tal derecho salvo que su propio Estado así se lo reconozca a los españoles, lo que conduce a situaciones de discriminación, a mi juicio, injustificables.

Sin duda, el principio de reciprocidad aquí contemplado responde a un principio básico que regula las relaciones entre los Estados pero, en mi opinión, perturba considerablemente la lógica de reconocimiento de los derechos fundamentales, en particular respecto a los extranjeros residentes estables extracomunitarios, los inmigrantes. En efecto, conduce a situaciones de discriminación injustificable por tres razones que he tratado de explicar en un buen número de trabajos en los que, desde hace tiempo, reclamo la extensión de los derechos políticos y aun la orientación de las políticas migratorias hacia el objetivo de hacer asequible la adquisición de la ciudadanía plena para los inmigrantes, incluso sin necesidad del proceso de naturalización en su dimensión excluyente de la doble ciudadanía.

110

De un lado y este me parece el argumento más importante, porque una discriminación en un derecho fundamental inherente a la dignidad de la persona: si aceptamos la definición aristotélica del ser humano como *animal político*, es indiscutible que el de participación política a través del sufragio activo y pasivo es uno de esos derechos inherentes, tal y como afirmara Hannah Arendt y han recordado algunos de los más agudos sociólogos y politólogos de las migraciones, como Abdelmalek Sayad: existir es existir políticamente. No tiene sentido que quien contribuye a la construcción social y cumple con las obligaciones establecidas en las leyes (las sufre, por así decirlo) no pueda tener voz a la hora de discutir esas leyes (por la vía de la representación política). Solo quien tiene reconocida la capacidad de intervenir como sujeto en la vida política puede conseguir situar en la agenda política –en la legislativa– sus preocupaciones y necesidades. Los derechos políticos se convierten

así en la llave para poder reclamar y ejercitar el resto de los derechos.

De otro, porque si condicionamos el reconocimiento de un derecho fundamental a un requisito ajeno al sujeto como es la voluntad política de su Estado de origen de reconocer tales derechos a los ciudadanos españoles, estamos sometiendo el reconocimiento de un derecho fundamental del sujeto a una condición absolutamente ajena a su condición y a sus posibilidades. La lógica de la reciprocidad implica que el derecho de voto quede condicionado al lugar de nacimiento de una persona. Significa que la voluntad de residir y pertenecer a una sociedad de forma estable no es lo determinante, porque no da derecho a formar parte de la comunidad política: condiciona este derecho a unos acuerdos que son ajenos a la situación de las personas que han acreditado mediante su residencia estable, su voluntad de estar.

Finalmente, porque se introducen así situaciones de discriminación inaceptables entre los propios extranjeros residentes estables extracomunitarios, produciendo nuevos criterios de estratificación entre los extranjeros. El condicionamiento de los derechos políticos a la reciprocidad, en unos casos hace imposible su ejercicio y en otros lo convierte en algo muy improbable. En efecto, quedan fuera del reconocimiento de dichos derechos las personas que provienen de países con los que el Gobierno español actualmente no puede firmar ese tipo de acuerdos, sencillamente porque sus gobiernos no tienen interés prioritario en reconocer derechos políticos a los escasos residentes españoles, o porque su legislación expresamente prevé lo contrario. En definitiva, resulta evidente cómo esta condición genera situaciones de desigualdad, de discriminación injustificada, entre personas inmigradas, según su origen nacional. Si se piensa en el caso de la cantidad de extranjeros de origen marroquí, pakistaní o chino residentes establemente en España, la discriminación injustificada salta a la vista.

He sostenido y lo reitero aquí que hoy, en Estados democráticos que deben regirse por el principio de pluralismo inclusivo, en el contexto de globalización y multiculturalidad, la ciudadanía debe vincularse a la residencia efectiva, esto es, a la voluntad de pertenecer establemente, acreditada básicamente a través de la residencia legal estable, más que a la nacionalidad para convertir oficialmente en ciudadanos a quienes ya de facto forman parte de nuestra sociedad. En eso consiste la integración: en

llevar la igualdad a ese derecho fundamental que es la participación política.

El derecho de asilo en los casos de trata con fines de explotación sexual: análisis jurisprudencial desde una visión sensible al género

 MARÍA CONCEPCIÓN TORRES DÍAZ*

Sumario

I. Contextualización. **II.** Objetivos. **III.** El derecho de asilo y la trata con fines de explotación sexual: estado de la cuestión. 3.1. Análisis normativo. 3.2. Análisis conceptual. 3.3. Análisis jurisprudencial. 3.4. Cuestiones conflictivas. **IV.** Consideraciones finales. **V.** Bibliografía.

Resumen

La Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria introduce como motivo de persecución para el reconocimiento del derecho de asilo la persecución por motivos de género. En concreto, dicha norma incorpora en su artículo 7 el siguiente párrafo: «Asimismo, en función de las circunstancias imperantes en el país de origen, se incluye a las personas que huyen de sus países de origen debido a fundados temores de sufrir persecución por motivos de género y, o, edad, sin que estos aspectos por sí solos puedan dar lugar a la aplicación del presente artículo». Por su parte, el artículo 46 del mismo cuerpo legal reconoce a las víctimas de trata con fines de explotación sexual como beneficiarias de la protección internacional. Pues bien, en el marco del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 y, en concreto, en el marco de los artículos 3, 60 y 61 de dicho texto legal, el presente trabajo analiza los términos de la aplicación e interpretación normativa en materia

* Abogada y profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Alicante (España).

de asilo a nivel jurisprudencial en casos de persecución por motivos de género y, específicamente, en supuestos de trata con fines de explotación sexual. En concreto, el análisis se centra en las sentencias del Tribunal Supremo (Sala Contencioso-administrativo) en recursos de casación ante resoluciones administrativas denegatorias de asilo en casos de trata con fines de explotación sexual. Se busca establecer (1) los términos en los que se interpreta y/o aplica la norma en materia de solicitud de asilo y/o protección subsidiaria en los casos delimitados anteriormente, (2) los motivos y/o razones de la denegación de asilo y/o justificación y (3) la posible evolución y/o cambio de criterio desde el punto de vista de una interpretación sensible al género *por mor* de lo preceptuado en el Convenio de Estambul. La finalidad última del presente estudio es reflexionar críticamente sobre propuestas de mejoras en el abordaje de este tipo de casos atendiendo al marco normativo vigente y/o, en su caso, la valoración de propuestas de cambios legislativos en aras de garantizar la eficacia normativa en materia de protección y tutela de los derechos de las mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual.

Palabras clave

Derecho de asilo, protección subsidiaria, trata con fines de explotación sexual, derecho antidiscriminatorio, violencia de género, aplicación e interpretación normativa sensible al género.

Abstract

Law 12/2009 of October 30, regulating the right to asylum and subsidiary protection introduces persecution on grounds of gender as a reason for persecution for the recognition of the right to asylum. In particular, this article incorporates the following paragraph in article 7: «Likewise, depending on the prevailing circumstances in the country of origin, people fleeing from their countries of origin are included due to well-founded fears of persecution for reasons of gender and, or, age, without these aspects alone can give rise to the application of this article». For its part, article 46 of the same legal body recognizes victims of trafficking for the purpose of sexual exploitation as beneficiaries of international protection. Well, in the framework of the Council of Europe Convention on the prevention and fight against violence against women and domestic violence, made in Istanbul on May 11, 2011 and, specifically, within the framework of articles 3, 60 and 61 of said legal text, this work analyzes the terms of the application and normative interpretation in terms of asylum at the jurisprudential level in cases of

persecution for reasons of gender and, specifically, in cases of trafficking for the purpose of sexual exploitation. Specifically, the analysis focuses on the judgments of the Supreme Court (Contentious-Administrative Chamber) in appeals of cassation before administrative decisions denying asylum in cases of trafficking for the purpose of sexual exploitation. It seeks to determine (1) the terms in which the norm is interpreted and/or applied as regards asylum application and/or subsidiary protection in the cases outlined above, (2) the reasons and / or reasons for the denial of asylum and/or justification and (3) the possible evolution and/or change of criteria from the point of view of a gender-sensitive interpretation by virtue of the provisions of the Istanbul Convention. The ultimate purpose of this study is to reflect critically on proposals for improvements in the approach to this type of case, taking into account the current regulatory framework and/or, where appropriate, the evaluation of proposals for legislative changes in order to guarantee regulatory effectiveness in this area. of protection and protection of the rights of women victims of trafficking for the purpose of sexual exploitation.

Keywords

Asylum law, subsidiary protection, trafficking for the purpose of sexual exploitation, anti-discrimination law, gender violence, application and gender-sensitive normative interpretation.

115

I. Contextualización

El estudio *El Asilo en España. La protección internacional y los recursos del sistema de acogida* (2016), de la Defensoría del Pueblo, recoge –en el apartado «presentación»– la necesidad de atender con especial diligencia las solicitudes de asilo relativas a menores, a personas con discapacidad y a víctimas de trata de seres humanos. En este punto, se alude a la importancia de una atención y abordaje especializado sobre la materia por parte de las y los profesionales implicados. Una especialización que requiere de un abordaje sensible al género, específicamente en casos de trata con fines de explotación sexual. Máxime si lo que se busca es la protección efectiva y la tutela de los derechos de las mujeres solicitantes de asilo. Lo expuesto obliga a referirnos al Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia

doméstica¹, en donde se insta sin ambages a incorporar la perspectiva de género² como criterio de interpretación en la aplicación de las normas de protección internacional. Especial atención cabe prestar al texto de los artículos 60 y 61 del mentado documento que se extractan a continuación:

Artículo 60. Solicitudes de asilo basadas en el género

1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que la violencia contra la mujer basada en el género pueda reconocerse como una forma de persecución en el sentido del artículo 1. A (2) del Convenio, relativo al estatuto de los refugiados de 1951 y como una forma de daño grave que da lugar a una protección complementaria o subsidiaria.

2. Las Partes velarán por la aplicación a cada uno de los motivos del Convenio de una interpretación sensible al género y porque los solicitantes de asilo puedan obtener el estatuto de refugiado en los casos en que haya quedado establecido que el riesgo de persecución está basado en uno o varios de esos motivos, conforme a los instrumentos pertinentes aplicables.

3. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para desarrollar procedimientos de acogida sensibles al género y servicios de apoyo a los solicitantes de asilo, así como directrices basadas en el género y procedimientos de asilo sensibles al género, incluidos los relativos a la obtención del estatuto de refugiado y a la solicitud de protección internacional.

Artículo 61. La no devolución

1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo

¹ Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia sobre las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (BOE, núm. 137, de 6 de junio de 2014). Disponible en: <<https://goo.gl/tioAcg>>.

² La dicción literal del artículo 6 del Convenio de Estambul es del siguiente tenor: «Las Partes se comprometen a incluir un enfoque de género en la aplicación y evaluación del impacto de las disposiciones del presente Convenio y a promover y aplicar de manera efectiva políticas de igualdad entre mujeres y hombres y el empoderamiento de las mujeres».

necesarias para respetar el principio de no devolución, conforme a las obligaciones existentes derivadas del derecho internacional.

2. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las víctimas de violencia contra la mujer necesitadas de protección, con independencia de su condición o de su lugar de residencia, no puedan ser devueltas en circunstancia alguna a un país en el que su vida pudiera estar en peligro o en el que pudieran ser víctima de torturas o de penas o tratos inhumanos o degradantes.

Teniendo en cuenta los preceptos anteriores, resulta de interés acotar conceptualmente la expresión «trata con fines de explotación sexual.» Una delimitación conceptual que parte de la indefinición –a nivel internacional– de lo que cabe entender por «explotación sexual». Aspecto que no resulta menor desde el punto de vista de su abordaje jurídico y, sobre todo, desde el punto de vista del análisis de casos en supuestos de solicitud y reconocimiento del derecho de asilo y/o protección subsidiaria por motivos de género. En este sentido, resulta significativo partir del concepto de trata recogido a nivel normativo interno en el Código Penal³. La dicción literal del párrafo primero del artículo 177 bis del Código Penal es del siguiente tenor

1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes:

³ Téngase en cuenta las modificaciones introducidas en el Código Penal tras la aprobación de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En este sentido conviene precisar que si bien es con la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de julio, cuando se introduce y tipifica el delito de trata de seres humanos dicha tipificación se lleva a cabo con anterioridad a la Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo. El texto íntegro de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, Disponible en: <<https://bit.ly/1tszrab>>.

- a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad.
- b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía.
- c) La explotación para realizar actividades delictivas.
- d) La extracción de sus órganos corporales.
- e) La celebración de matrimonios forzados.

Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso.

Especial atención cabe prestar al tema del consentimiento en la medida en que es el propio artículo 177 bis en su párrafo tercero el que precisa que el consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero del mentado precepto.

Llegados a este punto, y antes de centrar los objetivos del presente estudio, resulta obligado precisar los elementos nucleares de la trata de personas y, específicamente, de la trata con fines de explotación sexual. Con respecto a la trata de personas cabe reseñar los siguientes aspectos: (1) la trata no es consentida, sin perjuicio de que pueda haber un consentimiento inicial obtenido mediante coacción, engaño o abuso, (2) la trata no siempre lleva de suyo un cruce ilegal de fronteras ya que puede haber víctimas de trata que no sean personas extranjeras en situación administrativa irregular, (3) la trata requiere –en todos los supuestos– de la intencionalidad de explotar a las víctimas y (4) la trata –desde el punto de vista delictual– es de carácter personalísimo (sin olvidar que también se deriva una responsabilidad estatal en el marco de la diligencia debida), ya que atenta contra derechos fundamentales (y humanos) que inciden directamente en la subjetividad jurídica y política de las personas.

Expuesto lo anterior, en el ámbito de la trata con fines de explotación sexual, la definición de Marta Fontenla⁴ resulta reseñable en la medida en que identifica la trata con fines de explotación sexual como todo medio para proveer de mujeres y niñas el mercado de la prostitución. Denuncia

⁴ Véase la definición de Marta FONTENLA en APRAMP (2011), *La Trata con fines de explotación sexual*, pp. 23. En línea, Disponible en: <<https://bit.ly/2GH9qe4>>. De la misma autora consúltese Marta FONTENLA «La prostitución, la trata de mujeres y niñas, y la ley: ¿derechos de las humanas o seguridad del Estado?», *Revista Mora*, núm.14, 2008, pp. 152-155. Disponible en: <<https://bit.ly/2TnEe9F>>

cómo la prostitución «(...) no es un acto individual de una mujer o de un grupo de mujeres», sino que es una práctica social «(...) en la que cualquier mujer, en algún momento, puede estar incluida». A tenor de lo anterior, sucintamente, cabría realizar cuatro consideraciones esenciales en relación con la trata con fines de explotación sexual:

a) Con respecto a la intencionalidad de explotar a las víctimas, esta se centra en la explotación de la sexualidad ajena por lo que cabría incluir como tales a la pornografía y la prostitución desde los postulados de los *Critical Legal Studies* o *Feminist Jurisprudence* cuyas representantes paradigmáticas son, entre otras, Bartett⁵, Butler⁶, Facio⁷, Mackinnon⁸, Olsen⁹ y Smart¹⁰. No obstante, estos aspectos no siempre resultan pacíficos en todas sus dimensiones;

b) Con respecto al carácter personalísimo de este tipo de delitos, en casos de trata con fines de explotación sexual el abordaje desde la dimensión de género se torna esencial. Máxime porque obliga a tener en cuenta la sexuación de los sujetos de derechos y sus implicaciones en todos los ámbitos relacionales de las personas. Desde esta óptica de análisis la identificación de la afectación de la trata a derechos específicos de las mujeres resulta esencial, a saber: derecho a la autonomía corporal, derechos sexuales y derechos reproductivos, etc.

c) Con respecto a la responsabilidad estatal en el marco de la diligencia debida, la trata con fines de explotación sexual –en tanto que violencia de género– supone una discriminación por razón de sexo y, por tanto, el Estado tiene la obligación de actuar a fin de perseguir y erradicar este tipo de prácticas.

⁵ Katharine BARLETT y Rosanne KENNEDY (eds.), *Feminist legal theory: readings in law and gender*, Boulder, Westview Press, 1991.

⁶ Judith BUTLER y Joan SCOTT (eds.), *Feminist theorize the political*, New York, Routledge, 1992.

⁷ Alda FACIO, «Hacia otra teoría crítica del Derecho», en Gioconda HERRERA, *Las fisuras del patriarcado. Reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, Seminario «Género y Derecho: reflexiones desde la teoría y la práctica», Ecuador, FLACSO, 2000, pp. 15-44.

⁸ Catharine MACKINNON, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, Cambridge Harvard University Press, 1987.

⁹ Frances OLSEN (eds.), *Feminist legal theory*, England, Dartmouth Publishing, 1995.

¹⁰ Carol SMART, *Feminism and the power of law*, London, Routledge, 1989.

d) Por último, en lo que atañe a la denegación de asilo o no reconocimiento del mismo (o de protección subsidiaria) por parte de las autoridades estatales a nivel administrativo y/o judicial, cabría apuntar que su no reconocimiento podría implicar (en determinadas situaciones) supuestos de discriminación interseccional (o múltiple) a la que aluden, entre otras, Crenshaw¹¹, Rey¹² y Sheppard¹³, en tanto que se está ante situaciones en donde confluyen e interactúan distintos supuestos de discriminación, potenciándose mutuamente los efectos negativos y perjudiciales, pudiéndose advertir un nuevo tipo de discriminación con autonomía propia¹⁴. En el caso de la trata con fines de explotación sexual los tipos de discriminación simultáneos que cabría identificar indiciariamente serían: (1) mujer, (2) extranjera o perteneciente a otra etnia y (3) víctima de trata con fines de explotación sexual.

Para finalizar esta apartado introductorio es preciso incluir algunos datos relacionados con la trata de personas y, específicamente, con la trata de personas con fines de explotación sexual extractados de la Memoria de la Fiscalía General del Estado¹⁵ correspondiente a 2017. En este sentido, cabe reseñar que de 229 atestados incoados por parte de la Policía Nacional, Guardia Civil y Policías Autonómicas por trata de personas: 207 expedientes corresponden a trata con fines de explotación sexual; 15, a explotación laboral; 4, con fines de mendicidad, y 3, a matrimonios

¹¹ Kimberly CRENSHAW, «Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine», en *Feminist Theory and Antiracist Politics*, University of Chicago Legal Forum, 1989, pp. 139-167.

¹² Fernando REY MARTÍNEZ, «La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 28, 2008. pp. 251-283.

¹³ Coleen SHEPPARD, *Multiple Discrimination in the World of Work*, Ginebra, International Labour Organization, 2011.

¹⁴ Con respecto a la discriminación interseccional y/o múltiple véase el párrafo 1 del artículo 4 de la Recomendación General nº 25 de la CEDAW en donde se precisa lo siguiente: «Las mujeres pertenecientes a algunos grupos, además de sufrir discriminación por el hecho de ser mujeres, pueden ser objeto de múltiples formas de discriminación por otras razones, como la raza, el origen étnico, la religión, la incapacidad, la edad, la clase, la casta u otros factores. Esa discriminación puede afectar a estos grupos de mujeres principalmente, o en diferente medida o en distintas formas que a los hombres. Quizá sea necesario que los Estados Parte adopten determinadas medidas especiales de carácter temporal para eliminar esas formas múltiples de discriminación contra la mujer y las consecuencias negativas y complejas que tiene».

¹⁵ Memoria de la Fiscalía General del Estado (2017), Disponible en: <<https://bit.ly/2oV90tj>>.

forzados. Con respecto a los datos sobre las víctimas: 978 casos son de trata con fines de explotación sexual; 92 casos son por explotación laboral; 22, por explotación para la mendicidad, y 3, por matrimonio forzados. En lo que atañe al sexo de las personas víctimas de trata con fines de explotación sexual, en un 96,11% las víctimas son mujeres y en un 91,53% son extranjeras.

II. Objetivos

Los párrafos introductorios del presente estudio permiten delimitar los objetivos del mismo, pudiéndose focalizar los siguientes ítems o parámetros de análisis:

Desde la reflexión crítica sobre la posición de las mujeres ante las narrativas y discursos jurídicos, esto es, desde la posición de las mujeres en y ante el Derecho¹⁶. Desde este prisma los objetivos del estudio se centran en dilucidar en qué términos se aplican e interpretan los criterios a observar en supuestos de solicitud de asilo y protección subsidiaria en casos de trata con fines de explotación sexual. El análisis se centra, básicamente, en el relato jurídico de las sentencias del Tribunal Supremo –Sala de lo Contencioso-administrativo– en recursos de casación ante denegaciones de asilo por parte de la administración.

121

Desde la reflexión crítica sobre la construcción de las mujeres como sujetos jurídico/políticos y, por tanto, desde la crítica jurídica a la eficacia normativa de las leyes –en general– cuando se obvia la perspectiva de género como criterio interpretativo en el Derecho¹⁷ y como garantía específica de los derechos de las mujeres¹⁸. Desde esta óptica de análisis los postulados del derecho antidiscriminatorio se tornan esenciales en tanto permiten ampliar el espectro de las situaciones de discriminación en aras

¹⁶ María Concepción TORRES DÍAZ, «Las mujeres ‘en’ y ‘ante’ el Tribunal Constitucional», En *Agenda Pública: analistas de actualidad*. Disponible en: <<https://bit.ly/2Spxd7T>>.

¹⁷ María Concepción TORRES DÍAZ, «El sustento constitucional de la impartición de Justicia desde la perspectiva de género», en *Revista Peruana de Derecho Constitucional, Mujer y Constitución*, núm. 10, 2018. Tribunal Constitucional, pp. 181-214.

¹⁸ María Concepción TORRES DÍAZ, «Iusfeminismo y agravante por razón de género, ¿dónde estamos?», en *Agenda Pública: analistas de actualidad*, 2017, Disponible en: <<https://bit.ly/2GJS0BQ>> Véase también María Concepción TORRES DÍAZ, «Justicia y género: de la teoría iusfeminista a la práctica judicial», *Blog de la Revista Catalana de Dret Públic*, 2017, Disponible en: <goo.gl/14Xsdk>.

de identificar jurídicamente supuestos de discriminación directa, indirecta, interseccional (o múltiple) y estructural (o sistémica) y sus implicaciones a nivel normativo-legal y jurisprudencial.

Desde la reflexión crítica en torno a los discursos jurídicos en relación al cuerpo de las mujeres¹⁹ como cuerpo «objeto» —que no sujeto— susceptible de transacción y/o utilización en tanto que cuerpo destinado a satisfacer necesidades sexuales ajenas. Desde este planteamiento cabe cuestionar el modelo normativo de lo humano²⁰ que permea en las normas jurídicas apostándose por su revisión y/o reformulación desde el feminismo jurídico como teoría crítica del Derecho y con los derechos.

III. El derecho de asilo y la trata con fines de explotación sexual: estado de la cuestión

3.1. Análisis normativo

En este apartado resulta obligado referir sucintamente —consciente de no citar todas las existentes— las siguientes disposiciones normativas. Conviene precisar que no toda la normativa aludida es jurídicamente vinculante ante la ley (*hard law*) sino que también se incluyen recomendaciones, resoluciones y programas de acción enmarcados en lo que se conoce como *soft law*²¹, pero cuya relevancia estriba en que sirven de marco de interpretación y aplicación normativa:

En el ámbito internacional:

Declaración Universal de Derechos Humanos. Especial relevancia tienen los artículos 2, 3, 5²², 8, 9, 13.1²³ y 14. La dicción literal del artículo

¹⁹ María Concepción TORRES DÍAZ, «El discurso jurídico sobre el cuerpo de las mujeres: o, la artificiosa construcción del derecho a la gestación por sustitución», en A. CARRIO (coord.), *Maternidad subrogada: cuestiones a debate*, Barcelona, Marcial Pons (pendiente de publicación).

²⁰ María Concepción TORRES DÍAZ, *Dret i Criminologia, Guies per a docència universitària amb perspectiva de gènere*, Castelló de la Plana, Xarxas Vives d'universitats, 2018.

²¹ Kenneth ABBOTT y Duncan SNIDAL, «Hard and Soft Law in International Governance», en *Legalization and World Politics*, núm. 3, pp. 421-456.

²² La dicción literal del artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos es la siguiente: «Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes».

²³ El apartado 1 del artículo 13 es del siguiente tenor: «1. Toda persona tiene derecho a

2 dispone: «Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (...)». Cabe significar –a los efectos de este estudio– el contenido de los artículos 3 y 4. El artículo 3 reconoce a todo individuo el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona mientras que el artículo 4 prohíbe la esclavitud, servidumbre y la trata de esclavos. En la misma línea cabe reseñar los artículos 8 y 14. El artículo 8 dispone

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley».

Por su parte, el artículo 14 es del siguiente tenor

1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país. 2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

123

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados²⁴. Téngase en cuenta el contenido del artículo 1.A.2 en relación al término «refugiado». Con respecto a la condición jurídica de la persona que ostente el estatuto de refugiado, los artículos 12 a 16 de dicho cuerpo legal. El artículo 16 reconoce el derecho de acceso a los tribunales de las personas refugiadas. Por su parte –en el ámbito de las medidas administrativas– el artículo 26 reconoce la libertad de circulación y el artículo 27 el derecho a obtener documento de identidad a toda persona refugiada. Con respecto a las y los refugiados que se encuentren en situación administrativa irregular en el país de refugio el párrafo 1 del artículo 31 dispone textualmente

circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado».

²⁴ Puede consultarse el Instrumento de Adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967 (BOE núm. 252, de 21 de octubre de 1978). Disponible en: <<https://bit.ly/1qD8H4h>>.

Los Estados Contratantes no impondrán sanciones penales, por causa de su entrada o presencia ilegales, a los refugiados que, llegando directamente del territorio donde su vida o su libertad estuviera amenazada en el sentido previsto por el artículo 1, hayan entrado o se encuentren en el territorio de tales Estados sin autorización, a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales.

Convención Suplementaria sobre Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas. El artículo 1 insta a los Estados Partes a adoptar todas aquellas medidas legislativas o de cualquier otra índole para abolir y erradicar instituciones y prácticas análogas a la esclavitud entre las que se cita: la servidumbre por deuda, servidumbre de la gleba y toda institución o práctica en virtud de la cual (1) una mujer sea prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida, (2) el marido de una mujer, la familia o el clan del marido la cedan a un tercero a título oneroso o de otra manera y (3) la mujer, a la muerte del marido, pueda ser transmitida por herencia a otra persona. A nivel conceptual cabe destacar el artículo 7 en el que se define «esclavitud» y «persona de condición servil» en los términos del Convenio sobre la Esclavitud de 1926. Con respecto a la «trata de esclavos» se define en los siguientes términos

124

Todo acto de captura, de adquisición o de disposición de una persona con intención de someterla a esclavitud; todo acto de adquisición de un esclavo con intención de venderlo o de cambiarlo; todo acto de cesión por venta o cambio de una persona, adquirida con intención de venderla o cambiarla, y, en general, todo acto de comercio o de transporte de esclavos, sea cual fuere el medio de transporte empleado.

Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados. Especial relevancia tiene el artículo 1, en donde se establece la obligación de los Estados Partes a aplicar los artículos 2 a 34 de la Convención de 1951. Cabe reseñar también el apartado 2 del artículo 1, por cuanto modifica y actualiza la definición de persona refugiada, recogida en la Convención, siendo su delimitación conceptual como sigue

(...) que, 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 racionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

Se observa cómo –en el momento de aprobación y ratificación de la Convención y del propio Protocolo– dentro del elenco de motivos de persecución para solicitar el estatuto de refugiado no se contemplaba la persecución «por razones o motivos de género».

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. El artículo 2.1 preceptúa

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

125

El párrafo 3 del artículo 2 reconoce el derecho de todas las personas a interponer los recursos efectivos en caso de violación de derechos y libertades reconocidas en el Pacto ante las autoridades competentes: judicial, administrativa, legislativa o de otra índole. El artículo 3 insta a los Estados Partes a garantizar la igualdad de mujeres y hombres en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el *Pacto*. El artículo 8 prohíbe la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas así como la servidumbre. El artículo 9 reconoce el derecho a la libertad y seguridad personales y a no ser sometidos a detención o prisión arbitrarias.

Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales. Resultan significativos los siguientes preceptos: artículo 2 (obligación de los Estados Partes de garantizar los derechos recogidos en el Pacto sin discriminación por razón de raza, color, sexo, idioma, religión,

opinión política o de otra índole, origen nacional, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social), artículo 3 (obligación de los Estados Partes de asegurar la igualdad de mujeres y hombres en el goce de todos los derechos económicos, sociales y culturales) y artículo 6 (obligación de los estados partes de reconocer el derecho a trabajar, esto es, el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado).

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer²⁵. El artículo 1 delimita en todos sus términos la expresión «discriminación contra la mujer». De especial significación al objeto del presente estudio resulta el artículo 2, apartados a), b) y c). Dispone textualmente

Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas; convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a: a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus Constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por Ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio; b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer; c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los Tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación.

Protocolo para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños. Especial interés²⁶ adquiere el artículo 3 en

²⁵ Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979 (Instrumento de ratificación de 16 de diciembre de 1983, España. Disponible en: <<https://bit.ly/29ceCbD>>.

²⁶ Con respecto a los fines del Protocolo de Palermo conviene significar el artículo 2 en donde se recoge los fines de dicho cuerpo legal: (1) prevenir y combatir la trata de personas, prestando especial atención a mujeres y niños/as, (2) proteger y ayudar a las víctimas de trata, respetando sus derechos y (3) promover la cooperación entre los Estados Parte para lograr esos

la medida en que delimita la trata de personas en los siguientes términos

La captación, transporte, traslado, acogida o 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. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual²⁷, trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

Sobre el término «explotación sexual», ni el Protocolo de Palermo ni ningún otro documento jurídico internacional ofrece una definición sobre la misma. Los mismos comentarios cabría aplicar con respecto al término «prostitución». En este sentido, el Protocolo de Palermo deja que sean los Estados Partes los que aborden y delimiten jurídicamente la prostitución en sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, observándose –en líneas generales– dos enfoques a nivel global en cuanto al tratamiento jurídico de la prostitución: (1) prostitución obligada y (2) prostitución voluntaria, advirtiéndose permisividad social y, por ende, una actitud acrítica desde el punto de vista jurídico con respecto a la segunda.

127

Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de la Asamblea General de las Naciones Unidas. El artículo 2 dispone

Se entenderá que la violencia contra la mujer abarca los siguientes actos, aunque sin limitarse a ellos: a) La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros

fines.

²⁷ Entre la casuística de trata con fines de explotación sexual cabe significar: (1) explotación de la prostitución ajena, (2) pornografía, (3) espectáculos de carácter sexual, (4) turismo sexual, (5) matrimonio forzoso o servil, (6) matrimonio infantil, (7) matrimonio con fines de procreación, etc.

miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación, b) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive 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, c) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, donde quiera que ocurra.

Desde el punto de vista del presente estudio, repárese en la conceptualización de la trata de mujeres y la prostitución forzada como formas de violencia contra la mujer. En la misma línea, téngase en cuenta que la violencia relacionada con la explotación también se delimita conceptualmente como violencia contra la mujer. Véase también el artículo 4 en sus apartados c) y d) cuando insta a los Estados a aplicar todos los medios apropiados encaminados a eliminar la violencia contra la mujer y en tal sentido obliga a los estados a «(...) proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y, (...) castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares» y a reparar los agravios infligidos a las mujeres que sean objeto de violencia y, en tal sentido, debe garantizárseles el acceso a los mecanismos de justicia.

Directrices del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, sobre los Derechos Humanos y la Trata de Personas. Entre las directrices y/o pautas a seguir cabe reseñar: la primacía de los derechos humanos, la prevención de la trata de personas, la protección y asistencia a las víctimas así como la penalización, sanción y reparación. En relación con la primacía, cabe significar la obligación de los estados de «(...) actuar con la diligencia debida para prevenir la trata de personas, investigar y procesar a quienes cometen este delito y ayudar y proteger a las víctimas de ella» todo esto de acuerdo con el derecho internacional.

En el ámbito internacional regional.

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales²⁸. Los artículos 4, 5, 6, 14 y 16 resultan relevantes. En lo que atañe a la prohibición de discriminación, el artículo

²⁸ Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Disponible en: <<https://bit.ly/1dtlmBg>>.

14 preceptúa

El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

Repárese en la posición que ocupa la discriminación por sexo y por raza dentro del elenco de motivos por los que tradicional e históricamente las personas han sufrido situaciones de discriminación.

Convenio Europeo sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos. Especial relevancia tiene el artículo 1.1 en cuanto delimita textualmente su objeto en los siguientes términos

El presente Convenio tiene por objeto: a) Prevenir y combatir la trata de seres humanos, garantizando la igualdad de género; b) Proteger los derechos humanos de las víctimas de la trata, diseñar un marco global de protección y de asistencia a las víctimas y a los testigos, garantizando la igualdad de género, y asegurar investigaciones y actuaciones penales eficaces; c) Promover la cooperación internacional en el ámbito de la lucha contra la trata de seres humanos.

129

En esta misma línea, cabe citar el artículo 3 que recoge el principio de no discriminación en la aplicación de las disposiciones del Convenio citando de forma expresa la no discriminación por razón de sexo, de raza, de color y de lengua. En relación a la delimitación normativa de «trata de seres humanos», el artículo 4 precisa

Por «trata de seres humanos» se entenderá el reclutamiento, transporte, transferencia, alojamiento o recepción de personas, recurriendo a la amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coerción, el secuestro, fraude, engaño, abuso de autoridad o de otra situación de vulnerabilidad, o el ofrecimiento o aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con vistas a su explotación. La explotación comprenderá, como mínimo,

la explotación de la prostitución de otras personas u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extirpación de órganos.

El artículo 10 aborda el tema de la identificación de las víctimas de trata, y el artículo 12, la asistencia a las víctimas instando a los Estados Partes a adoptar las medidas legislativas necesarias (o de otra índole) para asistir a las víctimas en su restablecimiento físico, psicológico y social. Especial relevancia tiene el artículo 17 por cuanto recoge de forma expresa la igualdad de género en los siguientes términos

Cada Parte, al aplicar las medidas previstas en el presente capítulo, hará lo posible por promover la igualdad de género y la integración de la perspectiva de género en el desarrollo, ejecución y evaluación de dichas medidas.

130

Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica. De especial significación resultan los artículos 1.1.b), 3.c), 4.1 y 2, 5, 11 y 14. Extracto –en este punto– por su importancia, los apartados 1 y 2 del artículo 4. Disponen textualmente

1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para promover y proteger el derecho de todos, en particular de las mujeres, a vivir a salvo de la violencia tanto en el ámbito público como en el ámbito privado.

En el contexto europeo:

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El texto del artículo 67 es como sigue

1. La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros. 2. Garantizará la ausencia de controles de las personas en las fronteras interiores y desarrollará una

política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores que esté basada en la solidaridad entre Estados miembros y sea equitativa respecto de los nacionales de terceros países. A efectos del presente título, los apátridas se asimilarán a los nacionales de terceros países (...).

Se debe tener en cuenta también las siguientes Directivas y Reglamentos: Directiva 2004/83/CE del Consejo; Directiva 2005/85/CE del Consejo; Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo; Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo; Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo; Reglamento (UE) N.º 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo; Reglamento (UE) N.º 604/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo; Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo; Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo.

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea²⁹. Los artículos 1, 20, 21 y 23 cobran una especial significación al objeto del presente estudio. En relación a la dignidad, el precepto mentado señala la inviolabilidad de la dignidad humana y la obligación de respeto y protección por parte de todos los actores estatales y particulares. Con respecto a la igualdad ante la ley, se hace una especial precisión de reconocimiento igualitario de todas las personas ante la ley. Por último, en relación a la no discriminación, se precisa textualmente

131

Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

Finalmente, en relación al derecho de asilo cabe citar expresamente el artículo 18 que dispone: «Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados

²⁹ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Carta de Niza, 2000). Disponible en: <<https://bit.ly/2GO6j8H>>.

y de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea». Con respecto a la trata de personas, cabe significar los artículos 4 y 5. El apartado 3 del artículo 5 prohíbe expresamente la trata de seres humanos.

Ámbito nacional:

Constitución española. Los artículos 1.1, 9.2, 10.1, 10.2, 13.4, 15, 17, etc. Con respecto al reconocimiento constitucional del derecho al asilo, el texto del artículo 13.4 es del siguiente tenor: «La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España». Cabe significar cómo su articulación constitucional remite a una ley de desarrollo para dotar de contenido al mismo. Se está, por tanto, ante un derecho de configuración legal.

Ley 9/1994 de 19 de mayo. La norma delimita el derecho de asilo en los siguientes términos

(...) protección dispensada a los extranjeros a los que se reconozca la condición de refugiado y que consiste en su no devolución ni expulsión en los términos del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y en la adopción de las siguientes medidas durante el tiempo en que subsistan las circunstancias que motivaron la solicitud de asilo: a) Autorización de residencia en España, b) Expedición de los documentos de viaje e identidad necesarios, c) Autorización para desarrollar actividades laborales, profesionales o mercantiles, d) Cualesquiera otras que puedan recogerse en los Convenios Internacionales referentes a los refugiados suscritos por España.

Real Decreto 203/1995. El reglamento se centra en el procedimiento para determinar el reconocimiento de la condición de refugiado [a] y las normas y garantías que deben regir los procedimientos de inadmisión a trámite. Regula los efectos de las resoluciones favorables o desfavorables de las solicitudes de asilo y los recursos susceptibles de interponerse tanto en vía administrativa como jurisdiccional.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. El Código Penal de 1995 en su redacción original no incluía el delito de trata de personas. Por tanto, hubo que esperar a la modificación llevada

a cabo a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, para que el legislador penal introdujera el artículo 177 bis. Dicho precepto fue objeto de modificación – en sus apartados 1 y 4– a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada – entre otras – por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre. Los artículos 34, 31bis y 59bis son especialmente significativos. Con respecto a las víctimas de trata de seres humanos, el apartado 2 del artículo 59bis precisa lo siguiente

Los órganos administrativos competentes, cuando estimen que existen motivos razonables para creer que una persona extranjera en situación irregular ha sido víctima de trata de seres humanos, informarán a la persona interesada sobre las previsiones del presente artículo y elevarán a la autoridad competente para su resolución la oportuna propuesta sobre la concesión de un período de restablecimiento y reflexión, de acuerdo con el procedimiento previsto reglamentariamente (...).

133

Cabe resaltar que el período de restablecimiento y reflexión tendrá una duración de noventa días en donde la víctima podrá decidir si coopera con las autoridades en la investigación del delito. En este período no se incoará expediente sancionador por infracción del artículo 53.1.a) y se suspenderá el expediente administrativo sancionador que se hubiera incoado.

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Cabe subrayar la delimitación normativa y conceptual de la violencia de género en el marco de relaciones asimétricas de poder del sistema sexo/género. La lectura de la exposición de motivos resulta clave por cuanto rompe con la tradicional separación entre delitos públicos y/o privados en el ámbito de la violencia contra las mujeres. Precisa que la violencia de género «(...) no es un problema que afecte al ámbito privado» sino que se manifiesta «(...) como el símbolo más brutal de la desigualdad existente» ya que se dirige «(...) sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo».

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres. El artículo 1 delimita el objeto de la ley que no es otro que hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres y la eliminación de toda forma de discriminación.

Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. El artículo 2 delimita el derecho de asilo entendiéndolo como

(...) la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en el artículo 3 de esta Ley y en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

En relación al reconocimiento de la condición de persona refugiada el artículo 3 señala

134

La condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él, y no esté incurso en alguna de las causas de exclusión del artículo 8 o de las causas de denegación o revocación del artículo 9.

En lo que atañe al reconocimiento expreso de la persecución por motivos de género para la solicitud de asilo, cabe resaltar el último párrafo del artículo 7 que reza

Asimismo, en función de las circunstancias imperantes en el país de origen, se incluye a las personas que huyen de sus países de origen debido a fundados temores de sufrir persecución por motivos de género y, o, edad, sin que estos aspectos por sí solos puedan dar lugar a la aplicación del presente artículo.

En la misma línea se pronuncia el artículo 46 de dicho cuerpo legal en cuanto que reconoce a las víctimas de trata con fines de explotación sexual como beneficiarias de la protección internacional. Desde el punto de vista de la casuística de los actos de persecución cabe remarcar: (1) actos de violencia física o psíquica, incluidos los actos de violencia sexual, (2) medidas legislativas, administrativas, policiales o judiciales discriminatorias o que se apliquen de forma discriminatoria, (3) procesamientos o penas que sean desproporcionadas o discriminatorias, (4) denegación de tutela judicial y (5) actos de naturaleza sexual que afecten a adultos o a niños. Con respecto a los agentes de persecución o causantes de daños graves, el artículo 13 ocupa un lugar relevante en la medida en que identifica: (1) al Estado, (2) a partidos u organizaciones que controlen el Estado o una parte considerable de su territorio y (3) a agentes no estatales siempre y cuando los agentes mencionados con anterioridad o puedan o no quieran proporcionar protección efectiva contra la persecución o daños graves.

3.2. Análisis conceptual

Desde el punto de vista conceptual este apartado se centra en el análisis, delimitación y evolución conceptual del término asilo (derecho de asilo) y, por extrapolación, protección subsidiaria, así como de la trata de personas y, específicamente, de la trata de personas con fines de explotación sexual. El análisis propuesto parte del privilegio epistémico de los conocimientos situados aplicados al discurso jurídico y a las narrativas críticas del Derecho y con los derechos articuladas desde el *iusfeminismo* o feminismo jurídico.

En relación con los conocimientos situados, téngase en cuenta las aportaciones de Nancy Hartsock³⁰, Sandra Harding³¹ y de Alison Wylie³² en cuanto ponen en valor el carácter situado de todo tipo de

³⁰ Nancy HARTSOCK, «The Feminist Standpoint: Developing the Ground for a Specifically Feminist Historical Materialism», en Sandra HARDING y Merrill HINTIKKA (eds.), *Discovering Reality: Feminist Perspectives on Metaphysics, Epistemology, Methodology and Philosophy of Science*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1983, pp. 283-310.

³¹ Sandra HARDING, «Rethinking Standpoint Epistemology: What is Strong Objectivity?», en Linda ALCOFF y Elizabeth POTTER, (eds.), *Feminist Epistemologies*, New York: Routledge, 1993, pp. 49-82.

³² Alison WYLIE, «Why Standpoint Matters» en Robert FIGUEROA y Sandra HARDING (eds.), *Science and Other Cultures: Issues in Philosophies of Science and Technology*, New York, Routledge, 2003, pp. 26-48.

conocimientos –también en el ámbito de lo jurídico–, y la experiencia de poder (o no poder) del sujeto cognoscente en relación al sujeto/objeto de conocimiento. Desde estos postulados cabe resignificar el concepto de objetividad del conocimiento de tal forma que la objetividad se defina como «conocimientos situados», esto es, como un acercamiento a los saberes desde la parcialidad y subjetividad del sujeto cognoscente y de su posición y/o lugar en el ámbito de las relaciones jurídicas. Las experiencias de las mujeres en relación con el discurso jurídico y la propia construcción de las mujeres como sujeto jurídico/político a través de las narrativas jurídicas resultan cruciales. Máxime si de lo que se trata es de reflexionar críticamente sobre el modelo normativo de lo humano extrapolado a lo largo de la historia a través de un concepto amplio y extenso de ley.

La delimitación conceptual y normativa del derecho de asilo (y su propia evolución) permite evidenciar la parcialidad jurídica del sujeto jurídico/político, por cuanto la propia definición de refugiado obliga a plantearse en términos jurídicos críticos en quién pensaba el legislador a la hora de dotar de contenido y reconocer el derecho de asilo y el derecho de protección subsidiaria. En la misma línea, cabría reflexionar sobre la delimitación conceptual de la trata de personas y, específicamente, de la trata con fines de explotación sexual. Abundando más en la materia, cabría extrapolar dicha reflexión crítica a expresiones como «explotación sexual» y «explotación de la sexualidad ajena» en tanto que sobre ambas subyace una gran indeterminación jurídica que no es neutral en términos de sexo/género.

Lo expuesto invita a detenerse en la propia definición de asilo en la medida en que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua lo define –en su primera acepción– como el «lugar privilegiado de refugio para los perseguidos». Por su parte, la tercera acepción alude a «amparo, protección, favor», siendo la cuarta acepción la que introduce una nueva entrada «asilo político» precisando que «se concede a un extranjero desterrado o huido de su país por motivos políticos». Con respecto a la delimitación conceptual de «asilo» recogida en el Diccionario del español jurídico, cabe significar la siguiente definición derivada del derecho internacional público: «protección que el Estado puede brindar a determinados individuos, extranjeros o apátridas, que en sus Estados de origen son objeto de una

persecución individualizada por motivos ideológicos o políticos».

Con respecto al derecho de asilo y al derecho a la protección subsidiaria, las cuestiones nucleares sobre las que profundizar desde el punto de vista conceptual y, por ende, normativo así como su evolución podrían ser las siguientes:

¿Cuál es el origen del derecho de asilo? ¿Cuándo surge la necesidad de su reconocimiento? ¿En qué contexto histórico y/o político/social? ¿Frente a qué tipo de conflictos? ¿En qué ámbito (público/político *versus* privado/doméstico)? ¿Frente a qué agentes de persecución? ¿Frente a qué tipo de actos y/o actuaciones? ¿Qué requisitos se exige acreditar a las personas solicitantes de asilo para su reconocimiento?

¿En qué términos se define el derecho a la protección subsidiaria? ¿Cuál es su contenido? ¿A quién o quiénes va dirigido? ¿Qué requisitos se exigen para su reconocimiento?

¿Cuáles son los motivos de persecución para solicitar el derecho de asilo y/o protección subsidiaria? ¿En qué momento o contexto se introduce como causa de persecución las razones o motivos de género? ¿En qué términos se identifica? ¿Cuál es la casuística? ¿Y las dificultades para su identificación? ¿Se prevé la trata de personas con fines de explotación sexual como motivo de persecución por razones de género?

137

En lo que atañe a las situaciones de trata de personas y, específicamente, de trata de personas con fines de explotación sexual, a nivel conceptual el Diccionario de la Real Academia de la Lengua define «trata» en los siguientes términos: «Tráfico que consiste en vender seres humanos como esclavos». A continuación se incluye la siguiente entrada «trata de blancas», definiéndola como sigue: «Tráfico de mujeres, que consiste en atraerlas con coacción o mediante engaño a centros de prostitución para su explotación sexual». Las definiciones anteriores constituyen el punto de partida para profundizar en la materia teniendo en cuenta el marco normativo aludido. Los aspectos o cuestiones sobre las que profundizar – desde un análisis sensible al género– en aras de su identificación y posterior abordaje se enumeran a continuación:

¿En qué términos se delimita normativamente la trata de personas?
¿Qué elementos permiten su diferenciación con respecto a otro tipo de conductas abusivas y de explotación? ¿Qué relevancia se da al «consentimiento» de la víctima en los casos de trata de personas? ¿Y a la situación (o situaciones) de vulnerabilidad social de las víctimas? ¿Se tiene en cuenta la perspectiva de género a la hora de identificar situaciones de vulnerabilidad social derivadas del sistema sexo/género?

¿Qué notas caracterizan la trata de personas con fines de explotación sexual? ¿Cuáles son los elementos a tener en cuenta para su identificación? ¿En qué términos se tipifica este tipo de conductas en la normativa penal? ¿Qué cabe entender normativamente por «explotación sexual»? ¿Y por «explotación de la prostitución ajena»? ¿Cómo afectan el sexo, la raza, la étnia, la pobreza económica, etc. en los casos de trata? ¿Cabría hablar de concurrencia y/o solapamiento de situaciones de discriminación? ¿Discriminación múltiple? ¿Discriminación interseccional? ¿Discriminación estructural o sistémica? ¿En qué términos cabría conceptualizar la trata con fines de explotación sexual como forma específica de violencia de género? ¿Y como forma de discriminación del sistema sexo/género? ¿Qué implicaciones tiene (o podría tener) en aras del reconocimiento del derecho de asilo y/o protección subsidiaria?

El marco conceptual que cabe perfilar a través de las cuestiones planteadas junto al elenco normativo referido –internacional, regional internacional, europeo, constitucional y normativo interno–, permite realizar las siguientes consideraciones:

El derecho de asilo se reconoce normativamente por primera vez en el artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

Su desarrollo y concreción a nivel internacional se lleva a cabo a través de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. El contexto político, social y jurídico en el que se aprueba dicha norma permite entender el carácter limitado del ámbito subjetivo y objetivo de aplicación. No obstante, este aspecto se subsana con la aprobación del Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados [as]. La delimitación conceptual de *refugiado* resulta clave para el desarrollo normativo interno de los Estados Partes. Una delimitación

conceptual sobre la que cabría articular críticas desde un análisis sensible al género en una triple dimensión, a saber: (1) en primer lugar, desde la construcción hegemónica del modelo normativo de lo humano. Una construcción que cabe cuestionar cuando la norma alude a refugiado y no a persona refugiada; (2) en segundo lugar, al identificar en la norma a los agentes de persecución única y exclusivamente como sujetos que operan en el ámbito público/político dejando en un segundo plano la dimensión privada/doméstica y las actividades omisivas o de dejación por parte de los poderes públicos y, (3) por último, al excluir –en sus inicios– las razones de género como motivo de persecución estatal en los lugares de origen.

Las mismas consideraciones críticas cabría realizar con respecto al abordaje de las situaciones de asilo a nivel europeo. No obstante, en dicho ámbito se observan avances desde el punto de vista normativo. En un primer momento, con la aprobación del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea al comprometerse a desarrollar una política común de asilo. En la misma línea es preciso aludir al artículo 18 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que reconoce el derecho de asilo –si bien es cierto que remite para su aplicación a la Convención de Ginebra de 1951 y al Protocolo de 31 de enero de 1967–. Sin perjuicio de lo comentado, es la Directiva 2011/95/UE por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de los nacionales de terceros países o apátridas la que implica avances desde el punto de vista del reconocimiento de la subjetividad jurídica y política de los sujetos solicitantes. La exigencia de delimitar el motivo de persecución por «pertenencia a un determinado grupo social» teniendo en cuenta el sexo de la persona solicitante de asilo, la identidad de género y la orientación sexual advierte de un cierto cambio de paradigma –al menos– normativamente. Finalmente, será el Convenio del Consejo de Europa sobre la Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica, el texto normativo que resulta clave para analizar la aplicabilidad del derecho de asilo en el estudio de casos concretos de persecución por motivos de género.

En el ámbito normativo interno, no es hasta la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria cuando se incluye como motivo de solicitud de asilo los fundados temores

de persecución por motivos de género. No obstante, se introduce el siguiente matiz: «(...) sin que estos aspectos por sí solos puedan dar lugar a la aplicación del presente artículo». En este punto cabe precisar que la casuística de persecución por motivos de género es amplia.

A continuación se citan algunos ejemplos: mutilación genital femenina u otras prácticas tradicionales perjudiciales para la salud; persecución por no acatar normas y costumbres tradicionales y discriminatorias; crímenes de honor o relacionados con la dote; pertenencia a colectivos LGTBI, matrimonio forzado o precoz, mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual, mujeres víctimas de violencia sexual en conflictos armados, mujeres víctimas de violencia de género en el ámbito relacional de la pareja o expareja, mujeres que sufren violencia reproductiva ante casos de planificación familiar forzada, etc. En todos estos supuestos la introducción en la norma como agente de persecución a agentes no estatales cobra una nueva dimensión desde el *iusfeminismo*, puesto que se tiene en cuenta la organización socio/sexual de la realidad en el sistema sexo/género y sus implicaciones en la tutela de los derechos de las mujeres. Otro aspecto a destacar es la inclusión como acto de persecución de las medidas legislativas, administrativas, policiales o judiciales discriminatorias o que se apliquen de forma discriminatoria. La perspectiva de género en este ámbito es de suma importancia en relación a identificar cómo actos de persecución constituyen prácticas discriminatorias hacia las mujeres «desde» y «en» la norma.

140

En lo que atañe a la trata de personas y, específicamente, a la trata de personas con fines de explotación sexual, varias consideraciones previas desde el punto de vista del abordaje conceptual y normativo:

Los primeros textos contra la trata de personas datan de principios del siglo XX; concretamente, la Convención de 1926 y la Convención suplementaria de 1956. Se articulan en el marco de la lucha contra la esclavitud y la servidumbre y en ningún momento exigen acreditar situaciones de violencia, coacción o abuso de situación de vulnerabilidad social.

No obstante, el Protocolo para Prevenir y Sancionar la Trata de

Personas, especialmente Mujeres y Niños [as]³³, sí exige acreditar amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad. Las mismas consideraciones cabría realizar con respecto al Convenio Europeo sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos, de 16 de mayo de 2005. Sobre este último documento se insta a los Estados a garantizar la igualdad de género para prevenir y combatir la trata de seres humanos y se insta a introducir el principio de no discriminación en la aplicación del Protocolo. Sobre el principio de no discriminación, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) resulta clave, así como la Declaración sobre la Eliminación de la violencia contra la mujer de 1993, en cuanto a la delimitación de la expresión «violencia contra la mujer». Por su parte, el Convenio Europeo sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos de 2005 supone un avance significativo en cuanto insta a garantizar la igualdad de género en las políticas de prevención y abordaje de la trata de personas centrando las actuaciones de los poderes públicos en las personas e introduciendo el principio de no discriminación en la aplicación normativa. Como nota negativa cabría resaltar la exigencia de amenaza o uso de la fuerza o formas de coerción –por las dificultades probatorias– y la indeterminación de expresiones como «explotación de la prostitución ajena» o «explotación sexual».

En el ámbito europeo es preciso destacar el apartado 3 del artículo 5 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, por cuanto prohíbe expresamente la trata de seres humanos y la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y protección de las víctimas. La Directiva apela de forma expresa a la implementación de la perspectiva de género en la prevención del delito de trata y sigue aludiendo en materia de explotación a la explotación de la prostitución ajena u otras formas de «explotación sexual».

Desde el punto de vista normativo interno, la Ley Orgánica 3/2007, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, y la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, determinan el marco normativo y conceptual de abordaje en la medida

³³ Protocolo de Palermo de 15 de noviembre de 2000.

en que permiten conceptualizar la trata de personas con fines de explotación sexual (1) como una forma determinada de violencia de género a tenor del marco internacional, (2) como conducta discriminatoria del sistema sexo/género y (3) como vulneración específica de los derechos de las mujeres (vida; integridad física y moral; libertad; igualdad y no discriminación; intimidad personal y familiar; honor; propia imagen; salud sexual y salud reproductiva; trabajo; educación; etc.). Desde estas premisas, la actuación estatal y la protección de las víctimas cobra (o debería cobrar) un lugar protagónico en el marco de la diligencia debida en aras de reconocer el derecho de asilo (y/o, en su caso, la protección subsidiaria).

En el ámbito penal, la tipificación del artículo 177 bis del Código Penal ha resultado clave en la persecución de la trata con fines de explotación sexual, sin perjuicio de que se tenga que seguir avanzando en la materia. Sirva como ejemplo la ineficacia de la última reforma penal para perseguir el llamado «proxenetismo consentido» —explotación sexual consentida por las mujeres prostituidas— por su atipicidad. La razón estriba en que la norma penal sigue exigiendo demostrar abuso para perseguir penalmente al proxeneta. La dicción literal del artículo 187.1 del Código Penal³⁴ concentra las críticas sobre la materia, siendo su reforma realmente necesaria.

142

3.3. Análisis jurisprudencial

El apartado B.21 de la Recomendación General núm. 33 sobre el acceso de las mujeres a la *Justicia*, del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), de 3 de agosto de 2015, alude a la «(...) obligación de los Estados Partes de adoptar medidas jurídicas apropiadas y otras medidas para eliminar todas las formas de discriminación

³⁴ El contenido textual del artículo 187.1 del Código Penal dispone: «1. El que, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, determine a una persona mayor de edad a ejercer o a mantenerse en la prostitución, será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses. Se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses a quien se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma. En todo caso, se entenderá que hay explotación cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que la víctima se encuentre en situación de vulnerabilidad personal o económica; b) Que se le impongan para su ejercicio condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas».

contra la mujer por parte de autoridades públicas y agentes no estatales como individuos así como organizaciones o empresas». Por su parte, el apartado B.22 del mismo documento se hace eco del desigual punto de partida de las mujeres –con carácter general– en el acceso a la *Justicia* derivado de la forma de socialización patriarcal. El texto del anterior precepto es el siguiente

Las mujeres, no obstante, hacen frente a muchas dificultades para obtener acceso a la justicia como resultado de la discriminación directa e indirecta (...). Esa igualdad no solo aparente en el contenido discriminatorio y/o las consecuencias discriminatorias de las leyes, los reglamentos, los procedimientos, la jurisprudencia y las prácticas, sino también en la falta de capacidad y conocimientos de las instituciones judiciales y cuasi judiciales para tratar adecuadamente de las violaciones de los derechos humanos (...). «(...) Las instituciones judiciales deben aplicar el principio de igualdad sustantiva o de facto consagrada en la Convención y deben interpretar las leyes, incluidas las leyes nacionales, religiosas y consuetudinarias, de conformidad con esa obligación (...).

Se observa cómo el momento actual precisa apostar por una eficacia normativa desde la perspectiva de género. Eficacia que resulta exigible y extrapolable al reconocimiento del derecho de asilo y/o derecho a la protección subsidiaria en casos de persecución por motivos de género y, específicamente, en casos de trata con fines de explotación sexual.

Partiendo de lo expuesto en el párrafo anterior, el análisis jurisprudencial propuesto en el presente apartado se centra en el estudio de sentencias del Tribunal Supremo –recursos de casación– en los que el Alto Tribunal se ha pronunciado ante la solicitud de asilo en casos de trata con fines de explotación sexual. No obstante, se comentan también aquellos pronunciamientos más relevantes con respecto a reconocer el derecho de asilo y/o protección subsidiaria ante situaciones de persecución por motivos de género. Se busca determinar (1) los términos en los que se interpreta y/o aplica la norma en materia de solicitud de asilo y/o protección subsidiaria en los casos delimitados anteriormente, (2) los motivos y/o razones de la denegación de asilo y/o justificación y (3) la posible evolución y/o cambio de criterio desde el punto de vista de una interpretación sensible al género *por mor* de lo preceptuado en el Convenio de Estambul.

La primera sentencia objeto de comentario es la STS de 11 de mayo de 2009 (Sala de lo Contencioso-administrativo) –recurso de casación núm. 3155/2006– en un caso de solicitud de asilo por persecución en base a razones de género y, en concreto, en un caso de mutilación genital femenina. Conviene precisar que en él se impugna –en casación– ante el Tribunal Supremo (TS, en adelante) una sentencia de la Audiencia Nacional en la que se estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución denegatoria de asilo del Ministerio del Interior de 14 de abril de 2004. En dicha sentencia la Audiencia Nacional desestima la petición de asilo pero estima la petición de permanencia en España de la víctima por razones humanitarias, conforme a lo dispuesto en el artículo 17.2³⁵ de la propia normativa de asilo. A los objetos del presente estudio, cabe extraer los siguientes párrafos que recogen parte de la fundamentación jurídica de la sentencia de la Audiencia Nacional

La Resolución recurrida se fundamenta básicamente en que: la solicitante no aporta ningún documento acreditativo de su identidad, sin que del expediente se desprenda motivo alguno que justifique suficientemente dicha carencia; en que el relato resulta inverosímil e incongruente; y finalmente en que los elementos probatorios aportados por la solicitante en apoyo de sus alegaciones se refieren a hechos que no ha establecido suficientemente en el relato de la persecución alegada, por lo que no pueden considerarse prueba o indicio de persecución. Concluye la Resolución que la solicitante ha incumplido los deberes que legalmente se le imponen, dificultando el estudio de la solicitud.

La recurrente (y víctima) ante el TS precisa –como primer motivo casacional– la infracción del artículo 3.1 de la Ley de Asilo y el artículo 1.A.2 de la Convención de Ginebra resaltando que, en su caso, se dan los requisitos exigidos legalmente para tener la consideración de refugiada

Puesto que la lesión física y psíquica consistente en la mutilación genital que ha sufrido –y cuya existencia la sentencia reconoce hasta el punto de basar en ella la autorización de permanencia en España por razones

³⁵ El párrafo 2 del artículo 17 de la Ley 5/1984 dispone: «En caso de disponerse la expulsión, no podrá efectuarse a un país donde la persona expulsada pueda tener motivos fundados para temer persecución o castigo, en los términos del artículo 3 de esta ley».

humanitarias— así como el matrimonio forzosos a que se vio abocada, son formas de violencia de género que deben ser consideradas con entidad suficiente para ser configurados como persecución a los efectos del reconocimiento de la condición de refugiado (...).

El segundo motivo casacional alegado por la víctima se basa en la infracción del artículo 8³⁶ de la Ley de Asilo y de la jurisprudencia relativa a la suficiencia de prueba indiciaria en la materia. Precisa que el relato de los hechos es preciso y coherente «(...) puesto en relación con la acreditación médica de la ablación genital que ha sufrido, es totalmente verosímil en el contexto del país del que procede (Nigeria), por lo que entiende que ha aportado indicios de prueba suficientes a los efectos de la concesión del asilo solicitado».

El F.J. 3 resulta de interés en la medida en que el Alto Tribunal alude a una reiterada jurisprudencia en la que precisa que «(...) una situación de desprotección y marginación social, política y jurídica de las mujeres en su país de origen, que vulnere de forma evidente y grave sus derechos humanos es causa de asilo» (ssts de 7 de julio de 2005 y 8 de julio de 2008). En la misma medida recuerda las ssts de 31 de mayo de 2005, 9 de septiembre de 2005 y 10 de noviembre de 2005 en las que el TS señala que la persecución por razón de sexo resulta encuadrable como motivo de persecución por razones sociales. En relación con los matrimonios forzosos —cita las ssts de 28 de febrero de 2006, 15 de febrero de 2007 y 31 de enero de 2008— donde precisa que esta circunstancia resulta encuadrable entre las persecuciones por motivos sociales.

145

Sobre la base del bagaje jurisprudencial que recoge la sentencia, el F.J. 7 resulta clave en el reconocimiento del derecho de asilo en la medida en que realiza una valoración contextual de (1) la situación descrita, (2) del relato de la víctima, (3) de las pruebas indiciarias aportadas y (4) de las específicas vulneraciones de derechos al que se ven sometidas muchas mujeres en sus lugares de origen. El TS colige lo siguiente

³⁶ El artículo 8 de la Ley 5/1984 es del siguiente tenor: «Para que se resuelva favorablemente la petición de asilo bastará que aparezcan indicios suficientes, según la naturaleza de cada caso, para deducir que se da alguno de los supuestos previstos en los números 1 a 3 del artículo 3 de esta Ley».

- 1) El relato de la víctima es verosímil y acreditado a nivel indiciario que es el exigido o requerido en la materia. El Alto Tribunal precisa que «el relato de la interesada es suficientemente preciso y coherente con ese contexto social del país del que procede y no puede calificarse como inverosímil».
- 2) Se tiene en cuenta que en Nigeria es habitual la práctica de la mutilación genital femenina y la práctica de los matrimonios forzosos.
- 3) Se tiene en cuenta que las mujeres no encuentran frente a estas prácticas inhumanas una protección eficaz en el sistema legal.
- 4) Se pone en relación los anteriores aspectos con el dato cierto e indubitado de que la actora ha sido víctima de mutilación genital femenina.
- 5) Lo expuesto permite acreditar que se cumple con lo exigido en el artículo 8 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, para la concesión del derecho de asilo que son los «indicios suficientes» para deducir que se cumple con los requisitos a que se refiere el artículo 3.1 del mismo cuerpo legal.

En segundo lugar, por su interés para el presente estudio, cabe analizar la sentencia STS 4013/2011 (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 15 de junio de 2011, en donde el Alto Tribunal reconoce que la violencia de género es motivo de persecución que justifica el asilo en España. En este caso se resuelve el recurso de casación presentado por el Abogado del Estado frente a la sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de enero de 2009 en la que estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la recurrente (y víctima) frente a la Resolución del Ministerio del Interior de 27 de julio de 2007. La sentencia de la Audiencia Nacional de 2007 declara «el derecho de la recurrente a que le sea otorgado el asilo solicitado (...)». Cabe prestar especial atención al F.J. 4 cuando señala que el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado frente a la sentencia de la Audiencia Nacional no puede ser acogido en base a los siguientes argumentos

(...) La Sala de instancia ha realizado una interpretación aplicativa coherente y razonable del artículo 3.1 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y la condición de refugiado, en relación con el concepto de refugiado a que alude el artículo 1.A.2 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (...) y el Protocolo hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967, al apreciar, atendiendo a las circunstancias particulares del supuesto enjuiciado, que la situación prolongada de sufrimiento que ha padecido la recurrente (...) nacional de Argelia, y sus hijos menores de edad (...), de nacionalidad argelina, como consecuencia de los malos tratos físicos y psíquicos infringidos por su marido, que se califican, por su especial intensidad y gravedad, de trato inhumano o degradante, en razón de su naturaleza y reiteración, es incardinable como persecución por motivos de género, lo que determina que, ante la falta de protección eficaz de las autoridades del país de origen, resulte procedente la concesión del derecho de asilo.

Cabe destacar la cita expresa que recoge la sentencia en relación al marco normativo aplicable (internacional, constitucional y nacional) en la medida en que alude a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados [as] de 1951, al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados [as] de 1967, a la Ley 5/1984, Reguladora del Derecho de Asilo y de la condición de refugiado y, específicamente, a la introducción de la Disposición adicional vigésimo novena de la Ley Orgánica 3/2007, para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres que modifica la Ley 5/1984 precisando lo siguiente: «(...) lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3 será de aplicación a las mujeres extranjeras que huyan de sus países de origen debido a un temor fundado de sufrir persecución por motivos de género». En los mismos términos cabe resaltar la dimensión constitucional que reconoce la sentencia con respecto al derecho de asilo con cita expresa del artículo 13.4 CE y su vinculación con el desarrollo de mandatos constitucionales de primer nivel insertos en los artículos 9.2, 10.1, 14 y 15 de la Constitución española. Las siguientes líneas resultan relevantes desde el punto de vista del sustento constitucional y del reconocimiento del derecho de asilo en supuestos de persecución por razones de género

(...) El reconocimiento del derecho de asilo respecto de ciudadanas de otros países que sufren persecución por razón de género, con la

finalidad de proyectar en este ámbito el valor esencial de la dignidad humana y los principios jurídicos de igualdad de mujeres y hombres y de protección del derecho de la mujer a desarrollar libremente su personalidad, que proscribe toda clase de tratos inhumanos o degradantes procedentes de los poderes públicos o de particulares.

Igualmente, cabe apuntar las referencias concretas que realiza la sentencia a la *Guía de Protección de las Mujeres Refugiadas*³⁷, promulgada en 1991 por ACNUR, en donde se pone de manifiesto que las mujeres que temen ser perseguidas o sufrir discriminación debido a su sexo «(...) deben ser consideradas como miembro de un grupo social a los efectos de determinar el estatuto de persona refugiada». Además, se insta –en la *Guía*– a promover la aceptación de que la violencia sexual contra la mujer sea una forma de persecución y de que la dejación de los gobiernos y/o los Estados en relación a la protección de las mujeres que son objeto de malos tratos y violencias específicas constituya una base para la concesión y reconocimiento del estatuto de persona refugiada.

148

En sentido contrario al pronunciamiento anterior, cabe prestar atención a la STS 5927/2011, (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 19 de septiembre de 2011 en donde el TS, tras reconocer que la violencia de doméstica³⁸ es susceptible de reconocimiento de asilo por motivos de género, deniega la solicitud al entender que la recurrente (víctima) no había sufrido realmente en su país de origen una verdadera desprotección frente a los ataques de su marido. El F.J. 5, tras una alusión genérica a numerosas sentencias del TS en donde de forma reiterada se ha venido declarando que la persecución por razón de sexo resulta encuadrable entre las persecuciones sociales a que se refiere la Convención de Ginebra de 1951 y que la vulneración de forma evidente y grave de los derechos de las mujeres víctimas en su país de origen es causa de asilo, precisa que dichas consideraciones generales deben ser puestas en relación con las concretas

³⁷ Véase ACNUR. *Guía de Protección de las Mujeres Refugiadas*, 1991. Disponible en: <<https://bit.ly/2QeQrTJ>>.

³⁸ El Tribunal Supremo así como la Audiencia Nacional aluden a violencia doméstica y no conceptualizan la situación de violencia vivida y relatada por la solicitante de asilo como violencia de género cuestión a tener en cuenta desde el punto de vista de la asimetría relacional del sistema sexo/género.

circunstancias de cada litigio. En relación con lo anterior, el TS precisa que el Tribunal de instancia

(...) No ignoró ni transgredió esa normativa y doctrina jurisprudencial
(...) al contrario, afirmó en su sentencia que las mujeres víctimas de la citada violencia (...) pueden encontrar amparo en la normativa de asilo.

No obstante, matiza lo siguiente

Lo que ocurre es que valorando de forma casuística (...) las circunstancias concurrentes en este caso, llegó a la conclusión de que la aquí recurrente no había sufrido realmente en su país de origen una verdadera desprotección frente a los ataques de su marido (...).

El Tribunal Supremo se hace eco de los pronunciamientos del tribunal de instancia coligiendo que

(...) La recurrente obtuvo protección adecuada de las autoridades de su país frente a los ataques de su marido, y tras ser éste condenado por tales hechos, no hay ninguna prueba sólida de que la recurrente continuara siendo amenazada y acosada por aquel ni de que fuera imposible o inútil confiar en una protección por parte de las mismas autoridades frente a esos hipotéticos actos de hostigamiento, ni de que por esta razón se encontrara en una situación de grave desprotección (...).

149

Sobre la base de estos argumentos el Alto Tribunal señala que no procede la concesión de asilo ni la autorización de permanencia en España por razones humanitarias, al no existir una verdadera persecución protegible ni haber razones para apreciar la posibilidad contemplada en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo 5/1984 en cuya virtud el tribunal considera que la interesada obtuvo «(...) en su propio país una protección razonable».

Avanzando en el tiempo, cabe citar la sentencia STS 4608/2015 (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 4 de noviembre. Dicha sentencia responde al recurso de casación interpuesto por la recurrente (y víctima de trata con fines de explotación sexual) tras la denegación del derecho de asilo en la sentencia de instancia. Solicita la recurrente: (1) anulación de

la Resolución de 3 de enero de 2013 del Ministerio del Interior por la que se acordó la denegación del derecho de asilo y protección subsidiaria, (2) reconocimiento del derecho de asilo y, por ende, la condición de refugiada por *mor* de lo preceptuado en el artículo 3 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, así como de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951) y de su Protocolo (1967), (3) complementariamente, reconocimiento del derecho de protección subsidiaria previsto normativamente en los artículos 4 y siguientes de la Ley 12/2009, (4) adicionalmente, reconocimiento general de protección en los términos del artículo 46 y siguientes de la Ley 12/2009 y la autorización de permanecer en España en los términos previstos normativamente. El presente análisis se focaliza en los motivos de la denegación del derecho de asilo en un claro caso de trata con fines de explotación sexual, cabe prestar atención al contenido del F.J. 4 en donde el TS alude a la improcedencia del mismo en base a las apreciaciones del tribunal de instancia. Señala textualmente

150

La recurrente considera que es merecedora del asilo solicitado por cuanto dada la situación que sufre su país se la debe incluir como grupo social objeto de persecución a las personas que huyen debido a fundados temores de sufrir persecución por motivos de género cuando, como en este caso, se ha producido la captación mediante engaño para la explotación sexual.

El Alto Tribunal precisa –y esto es importante desde el punto de vista de un análisis sensible al género– lo que sigue

Lo cierto es que, con independencia de la credibilidad de su relato, tiene razón la sentencia de instancia al afirmar que la recurrente no ha sido objeto de persecución por parte de las autoridades públicas de su país, sino por sujetos que actuando al margen de la ley que se dedican a la trata de personas, y es de dichos sujetos de quienes teme acciones de represalia en caso de que regrese. Este supuesto que no encaja dentro de los motivos previstos por la Ley de Asilo y la Convención de Ginebra para otorgar la condición de refugiado, pues aunque el colectivo de personas que han sufrido persecución por razón de género sí queda comprendido en el artículo 3 de la Ley 12/2009, dicha persecución no se debe a las autoridades públicas, sino a delincuentes comunes.

El Tribunal Supremo desestima el motivo de solicitud de asilo en base a un análisis que denota sesgos de género en relación con las situaciones de explotación sexual y, en concreto, en lo que atañe a los agentes de persecución y su vinculación con el lugar de origen de la persona solicitante de asilo.

Con respecto al reconocimiento del derecho a la protección subsidiaria, la recurrente alega infracción del artículo 4 de la Ley 12/2009 por cuanto considera que se dan las condiciones previstas en el artículo 10 del citado texto normativo. Aduce que existen fundados motivos para creer que si regresase a la República Democrática del Congo se enfrentaría al riesgo de sufrir algún daño grave contra la vida o integridad motivada por la violencia indiscriminada que se da en esa zona de África. Pues bien, el Alto Tribunal, para valorar esta circunstancia, cita jurisprudencia europea y, en concreto, la STJUE (Gran Sala) de 2 de marzo de 2010³⁹, en los asuntos acumulados C-175/08, C-176-08 y C-179/08, en donde el Tribunal Europeo diferencia y delimita dos regímenes distintos de protección en el ámbito genérico de la protección internacional, a saber: (1) el estatuto de refugiado, y (2) el estatuto que confiere la protección subsidiaria. Señala el Tribunal Europeo que la diferente caracterización lleva de suyo un diferente análisis y valoración de las circunstancias concurrentes en uno y otro modelo de protección. En este sentido, con respecto a la valoración de la concesión de asilo cobra relevancia el relato personal de la persecución expuesto por la víctima. Por contra, con respecto a la valoración de la protección por razones humanitarias no se requiere la constatación de una persecución individual sino que «cobra más relieve el análisis del conflicto social y del modo en que éste afecta a la persona inmersa en él». En virtud de lo expuesto –y a nivel probatorio– el TS precisa que en caso de protección subsidiaria

(...) Habrá que ponderar no tanto la credibilidad [del relato de la víctima] sino la situación de su país de origen y el riesgo de sufrir alguno de los daños graves mencionados en el artículo 10 de la Ley 12/2009, entre los que se encuentra las amenazas graves contra la vida o la integridad de

³⁹ Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 2 de marzo de 2010, en los asuntos acumulados C-175/08, C-176/08, C-178/08 y C-179/08. Disponible en: <<https://bit.ly/2F1PS6d>>..

los civiles motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto internacional o interno.

En este sentido el Alto Tribunal tiene en cuenta el informe que obra en el expediente de la Comisión de Ayuda al Refugiado «Situación socio-política del Congo» en donde «se describe la discriminación de las mujeres congoleñas como un fenómeno habitual, especialmente agravado desde el conflicto armado». El TS destaca el clima de intimidación y «completa subordinación de las mujeres y la violencia practicada de forma general en todos los conflictos» y cómo las mujeres «son consideradas ciudadanas de segunda clase» ejerciéndose sobre ellas «violencia y discriminación que no se combate con medidas estatales adecuadas». Con base en lo expuesto, el TS estima en parte el recurso contencioso-administrativo reconociendo el derecho de la recurrente (y víctima de trata) a que se le conceda la protección subsidiaria prevista en el artículo 4 de la Ley 12/2009 y a las medidas contempladas en el artículo 36 de dicho cuerpo legal. No obstante, el TS no considera que la trata con fines de explotación sexual –en este caso concreto– sea merecedora del reconocimiento del derecho de asilo.

152

Abundando en el análisis jurisprudencial sobre el derecho de asilo en supuestos de trata con fines de explotación sexual, cabe recurrir a otras sentencias denegatorias del Alto Tribunal en aras de profundizar en los argumentos jurídicos a fin de sacar notas conclusivas sobre la materia. El elenco seleccionado a continuación permite identificar aspectos comunes concurrentes:

Sentencia STS 5999/2013, de 13 de diciembre (Sala Contencioso-administrativo)⁴⁰. La sentencia objeto del recurso de casación ante el TS es la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 14 de enero de 2013. Dicha sentencia desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la recurrente (y víctima de trata) contra la Resolución del Ministerio del Interior de 2 de noviembre de 2010, de denegación del asilo y/o protección subsidiaria solicitado, respectivamente.

⁴⁰ Véase la STS 5999/2013, de 13 de diciembre. Disponible en: <<https://bit.ly/2Vmm-VHO>>

En este caso, en líneas generales, el TS avala la decisión del tribunal de instancia en relación a la denegación de asilo y protección subsidiaria en base a que de los hechos narrados⁴¹ se deriva que no se está ante una «persecución» actual y a que la recurrente lleva viviendo desvinculada de las redes de prostitución varios años.

Relacionado con el punto anterior, la sentencia plantea hasta qué punto y bajo qué circunstancia las víctimas de trata de seres humanos podrán gozar en España de la protección internacional constituida por el derecho de asilo y la protección subsidiaria, conforme a la Ley 12/2009 y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados [as] y su Protocolo.

La sentencia del TS transcribe y hace suyos los motivos de denegación del tribunal de instancia en relación a la petición de asilo, protección subsidiaria y autorización de residencia en España por razones humanitarias. Con respecto al derecho de asilo, el tribunal colige que

(...) Caso de haberse producido los hechos que la actora relata, aquella persecución habría ya desaparecido, de modo que no resultaría precisa una actual protección». «(...) Con independencia de ello, lo cierto es que para el Tribunal concurren circunstancias singulares que hacen dudar de la veracidad del relato de la actora. (...) no comprende este Tribunal cómo la policía moldava pudo, haciendo caso omiso de su evidente minoría de edad, restituirla a sus explotadores puesto que, en tal caso, había de conocerlos y saber el lugar al que debía ser devuelta; lo que comporta, suplementariamente, una manifiesta connivencia entre la policía y aquel grupo que no ha sido objeto de explicación.

⁴¹ El F.J. 2 recoge los siguientes hechos narrados: «(...) En síntesis, manifestaba que fue secuestrada en Moldavia por unos individuos desconocidos, cuanto tenía 12 o 13 años, y conducida a la capital moldava donde la obligaron a prostituirse. Sus intentos de escapar fueron abortados e incluso la policía moldava a la que pidió ayuda, diciéndoles que era menor de edad y víctima de trata de seres humanos, la devolvió a sus captores. Posteriormente fue trasladada a Ucrania, con pasaporte falso, y a Italia (Milán y Bérgamo) donde seguía estando obligada a ejercer la prostitución, hecho que denunció a la policía italiana, aunque esta no la creyó. Finalmente, llegó a España en el año 2004, de nuevo con pasaporte falso, y, aprovechando la ausencia de los albaneses que la retenían, escapó de la casa donde estaba recluida y empezó una nueva vida con un español con quien tuvo un hijo en agosto del año 2007 (...). Finalmente afirma que en las navidades del año 2009 coincidió en un bar con unos albaneses que la identificaron, por lo que tiene miedo de ser nuevamente víctima de trata si vuelve a Moldavia, lo que le indujo a presentar la solicitud de asilo».

El TS desestima el recurso contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo en relación con la petición de asilo, petición de protección subsidiaria y autorización de residencia en España por razones humanitarias.

Sentencia STS 822/2014, de 10 de marzo (Sala de lo Contencioso-administrativo)⁴². La sentencia objeto del recurso de casación es la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 27 de junio de 2013.

La sentencia de instancia desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la recurrente (y víctima de trata) contra sendas resoluciones del Ministerio del Interior de fechas 12 y 15 de junio de 2011, respectivamente. En dichas resoluciones se deniega la petición de protección internacional.

Con respecto a los motivos de denegación por parte de la autoridad administrativa se extractan a continuación

154

Concurre la circunstancia contemplada en la letra b) del artículo 21.2 de la Ley 12/2009, habida cuenta que el relato de la solicitante resulta contradictorio en la descripción de los hechos que motivaron la persecución alegada y de los aspectos esenciales de la propia persecución, incurriendo el conjunto de sus alegaciones en incoherencias con el desarrollo de las circunstancias posteriores así como sus distintos desplazamientos (...).

La solicitante introduce en su petición alegaciones relacionadas con el ejercicio de la prostitución, lo que no constituye un motivo de persecución reconocido por la Ley 12/2009, ni se debe a sus autoridades nacionales sino a agentes ajenos a estas, no pudiendo, por tanto, ser considerada como una persecución en el sentido que la Convención de Ginebra de 1951 otorga a este término.

En relación al pronunciamiento del tribunal de instancia cabe destacar los siguientes párrafos

⁴² Véase la STS 822/2014, de 10 de marzo. Disponible en: <<https://bit.ly/2EWy0tj>>.

(...) a la vista de la propia narración de los hechos efectuada en este recurso, a lo que se añade la inexistencia de denuncia alguna o de iniciativa de la recurrente encaminada a poner en conocimiento de las autoridades de su país la existencia de la violencia sexual que afirma haber padecido y que, bajo tales circunstancias, debe entenderse comprendida dentro del ámbito de las acciones de naturaleza delictiva ordinaria o común, que tiene su cauce de respuesta en el derecho penal.

En definitiva, no hay indicios, en absoluto, de que la solicitud de asilo se ampare en causa legal o convencional, para lo que no bastaría la acreditación de los malos tratos o vejaciones de orden sexual que se dicen padecidas, sino que requeriría además una prueba, aun cuando solo lo fuera indiciaria⁴³, acerca de la falta de tutela dispensada a la recurrente por parte del Estado correspondiente a su nacionalidad.

Teniendo en cuenta las pruebas aportadas y a su valoración por parte del tribunal de instancia, el TS estima que no existen indicios suficientes para considerar a la solicitante de asilo como víctima de trata con fines de explotación sexual. El F.J. 6 resulta significativo en este sentido

155

(...) No es necesario en este caso hacer un análisis más profundo de la cuestión general antes apuntada una vez que, tal como ha quedado expuesto, la Sala de instancia no considera que existieran indicios de los

⁴³ Con respecto a la prueba indiciaria en casos de solicitud de asilo, téngase en cuenta una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que precisa lo siguiente: «Esta Sala (...) ya ha expresado en anteriores ocasiones la dificultad que entraña acreditar extremos relativos a una persecución real y efectiva, y no es preciso hacer mayores razonamientos para comprender claramente que una persona que sale de su país por motivos de persecución, hostigamiento o violencia no suele estar en condiciones de obtener los medios probatorios que acrediten de modo directo tales conductas (...) lo que permitiría apreciar los hechos y valorar las circunstancias con amplitud. Ello significa que a diferencia de lo que sucede, en cuanto a exigencia probatoria, en otra clase de procesos y asuntos, en materia de asilo es aceptable una prueba semiplena o indiciaria cuando en ella se respetan esas exigencias y cuando de su evaluación crítica por parte de los Tribunales cabe extraer como conclusión no ya la presencia de un temor fundado a padecer persecución en su país de origen y que dicha persecución racionalmente temida obedezca a motivos, como hemos visto, de 'raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un grupo social determinado ...', y provenga, tal como se exige en los artículos 13 y 14 de la Ley de Asilo, por acción o por omisión probada, de agentes gubernamentales, en un sentido amplio de la expresión, sin que como esta Sala ha declarado reiteradamente, el derecho de asilo sea un instrumento jurídico idóneo para conjurar la amenaza para la vida, integridad física o libertad del peticionario cuando procede de grupos terroristas ajenos al Estado, de delinquentes comunes o del crimen organizado, a menos que, como repetidamente se ha dicho, no haya podido obtenerse la tutela o protección de este, porque no haya podido o no haya querido dispensarla».

que pudiera deducirse que la recurrente hubiera estado sometida a trata de seres humanos o violencia sexual, ni a cualquiera otra de las penalidades que había narrado, una vez que ante la falsedad de los documentos por ella presentados y de su propia declaración inicial, dio una versión de los hechos carente de verosimilitud.

En relación a las dudas sobre la credibilidad de la víctima, el F.J. 7 sigue abundando en la materia al no estimar el tercer motivo de casación por no haberse infringido los artículos 4 y 10 de la Ley 12/2009. Precisa el Alto Tribunal

(...) El juego de ambos artículos hace que pueda admitirse como circunstancia determinante de la protección subsidiaria la situación singular de aquellos solicitantes que, si fueran devueltos a su país se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el artículo 10 de la misma Ley. Entre estos últimos daños graves figuran la tortura y los tratos inhumanos o degradantes en el país de origen del solicitante. Pero tales temores deben partir, como es lógico, de unos hechos dotados de una mínima verosimilitud que en este caso, repetimos, no han sido reconocidos como tales ni siquiera a título de indicios.

156

De este modo, la sentencia desestima el recurso de casación interpuesto por la recurrente (y víctima de trata). Como se aprecia, dicha denegación se basa en la falta de credibilidad otorgada al relato de la víctima.

Sentencia STS 3651/2015, de 21 de julio (Sala Contencioso-administrativo)⁴⁴. La sentencia objeto de recurso de casación es la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 16 de octubre de 2014 en materia de asilo y protección subsidiaria. La sentencia de instancia desestima el recurso interpuesto contra la Resolución del Ministerio del Interior de 6 de agosto de 2012 por la que se deniega el derecho de asilo si bien es cierto que se reconoce y otorga el derecho de protección subsidiaria contemplada en el artículo 4 de la Ley reguladora del Derecho de Asilo.

⁴⁴ Véase la STS 3651/2015, de 21 de julio. Disponible en: <<https://bit.ly/2BTfZZF>>.

Es importante destacar –por su relevancia al objeto del presente estudio– el F.J. 5 en tanto que

(...) considera la Sala que la persecución descrita por la recurrente no es incardinable en ninguno de los motivos previstos por la Convención de Ginebra de 1951 (...) pues como la propia demanda reconoce, la recurrente no se encuentra perseguida por las autoridades de su país ni tiene problema alguno con ellas, sino que teme por la persecución a la que ella o su familia se verían sometidas en el caso de retornar a Nigeria, por parte de las personas que integran dicha red, sin que el Estado nigeriano pueda protegerla frente a dicho riesgo (...). El motivo no puede prosperar. La recurrente no ha sido objeto de persecución por parte de las autoridades públicas de su país, sino por sujetos que actuando al margen de la ley se dedican a la trata de personas, y es de dichos sujetos de quienes teme acciones de represalia en caso de que regrese. Así las cosas, tiene razón la Sala de instancia en que no encaja dentro de los motivos previstos por la Ley de Asilo (...) para otorgar la condición de refugiados, pues aunque el colectivo de personas que han sufrido persecución por razón de género sí queda comprendido en el artículo 3 de la Ley española que contempla la condición de refugiado, dicha persecución no se debe a las autoridades públicas, sino a delincuentes comunes que son objeto de represión por parte del Estado.

157

Sin perjuicio de lo anterior en relación a la denegación de la solicitud de asilo, con respecto a la solicitud de la protección subsidiaria el TS colige: «(...) la protección subsidiaria que se prevé en el artículo 4 tiene como uno de sus objetivos amparar precisamente a quienes sin tener derecho a obtener el estatuto de refugiado, sí muestre temor fundado a sufrir daños de los previstos en el artículo 10 de la Ley, como es el caso respecto a quienes en Nigeria se dedican a la trata de personas, debido a la insuficiencia de la protección otorgada por el Estado nigeriano (...)».

Sobre la base de los argumentos citados, el tribunal de instancia concede y reconoce el derecho a la protección subsidiaria a la recurrente. Reconocimiento que mantiene el TS en su sentencia pese a resultar desestimatoria en cuanto al derecho de asilo.

3.4. Cuestiones conflictivas

Lo analizado –hasta este momento– evidencia la disparidad existente entre norma y realidad o, más exactamente, entre el contenido de la norma y su aplicación e interpretación al caso concreto en materia de solicitud de derecho de asilo y/o protección subsidiaria en casos de trata con fines de explotación sexual. El análisis de las sentencias seleccionadas constituye prueba de lo expuesto. En líneas generales cabría significar los siguientes aspectos:

1) Con respecto al reconocimiento del derecho de asilo y/o protección subsidiaria en casos de persecución por motivos de género, el Tribunal Supremo lo ha venido reconociendo en casos de mutilación genital femenina así como en casos de violencia de género en el ámbito relacional de la pareja o ex pareja. Por tanto, aunque con matices se observa un importante avance en la aplicación e interpretación de la normativa de asilo.

158

2) Con respecto a la trata con fines de explotación sexual como motivo específico de persecución por razones de género, el Tribunal Supremo encuentra dificultades para otorgar el derecho de asilo. Las dificultades apuntadas cabe relacionarlas básicamente con la valoración de la prueba y la subsunción de la casuística específica de trata con fines de explotación sexual –en tanto que forma de violencia de género– en los presupuestos recogidos en la normativa de asilo. Los aspectos críticos sobre los que focalizar la atención serían los siguientes:

Con respecto al ámbito subjetivo de aplicación de la normativa de asilo en casos de trata con fines de explotación sexual, el Alto Tribunal no reconoce el derecho de asilo a las recurrentes en base a que el agente de persecución en la mayoría de estos casos no es directamente el Estado sino agentes particulares, esto es, mafias de trata de personas.

Con respecto al ámbito objetivo de aplicación de la normativa de asilo en casos de trata con fines de explotación sexual cabría advertir –en líneas generales– cómo el Alto Tribunal realiza una valoración de los supuestos de trata con importantes sesgos de género en la medida en que parece reservar

el reconocimiento del derecho de asilo a «supuestos especialmente graves» como indica la norma de asilo excluyendo (o no conceptuando) la trata con fines de explotación sexual bajo dicha apelación.

En relación con el punto anterior, el Tribunal Supremo no tiene en cuenta las dificultades para denunciar que tienen las víctimas de trata con fines de explotación sexual en la vía penal. De ahí que resulte erróneo relacionar la «no denuncia» en la vía penal con estar ante una situación que no reviste la gravedad requerida en la normativa de asilo. Sobre la no denuncia o el retraso en la misma y su valoración en vía judicial, véase la sentencia del Tribunal Supremo 247/2018, de 24 de mayo. El F.J. 2 alude y valora el silencio de las víctimas de violencia de género. Precisa que

(...) Las víctimas lo silencian por miedo, temor a una agresión mayor, o a que las maten (...). Pero ese ‘silencio’ de las víctimas no puede correr contra ellas cuando finalmente lo cuentan a raíz de un hecho más grave, como en este caso, y el autor les cuestiona el silencio como sinónimo de faltar a la verdad cuando relatan unos hechos de maltrato (...). No puede admitirse, por ello, que el estado de pánico y terror que sufren las víctimas les suponga una ‘traba de credibilidad’ cuando éstas deciden denunciarlo más tarde, ya que el retraso en denunciar hechos de violencia de género (...) no es sinónimo de falsedad en una declaración, sino que es perfectamente admisible entender veraz esa declaración por las especiales características de los hechos del maltrato (...).

A nivel probatorio, el Tribunal Supremo no tiene en cuenta las dificultades probatorias que las víctimas de trata con fines de explotación tienen a la hora de acreditar, por ejemplo, el temor a ser perseguidas y/o de sufrir daño grave. La concurrencia de la doble condición de víctima y testigo en las víctimas de trata con fines de explotación sexual, las particularidades de la trata con fines de explotación sexual —en cuanto forma de violencia de género y forma de discriminación del sistema sexo/género— resultan determinantes y deben ser tenidas en cuenta en la valoración de cada caso concreto. Máxime porque se suele contar única y exclusivamente con la valoración del testimonio (relato) de la víctima como única prueba sometida a valoración administrativa y, posteriormente, judicial susceptible de poder acreditar la persecución por motivos de género sufrida como puerta de

entrada al reconocimiento del derecho de asilo y/o protección subsidiaria.

Sobre la doble condición de víctima/testigo de las víctimas de trata con fines de explotación sexual en vía jurisdiccional y su relevancia en aras de otorgar credibilidad a las vivencias y experiencias relatadas, téngase en cuenta la sentencia del Tribunal Supremo 282/2018, de 13 de julio, en donde el Alto Tribunal aplica perspectiva de género y aboga por considerar la declaración de la víctima/testigo desde el punto de vista procesal como especial y privilegiada. El F.J. 2 –en relación a la declaración de la víctima de violencia de género– precisa lo siguiente

Es preciso poner de manifiesto que, en este caso, las víctimas de los hechos de violencia de género declaran en el plenario con una posición distinta a la de los testigos que ven los hechos (...) que no son víctimas directas del hecho. En estos casos, la víctima se encuentra procesalmente en la situación de testigo, pero a diferencia del resto de testigos, es víctima y ello debería tener un cierto reflejo diferenciador desde el punto de vista de los medios de prueba, ya que la introducción de la posición de la víctima en la categoría de mero testigo desnaturaliza la verdadera posición en el proceso (...) que no es tan solo quien «ha visto» un hecho y puede testificar sobre él, sino que lo es quien es el sujeto pasivo del delito y en su categorización probatoria está en un grado mayor que el mero testigo ajeno y externo al hecho, como mero perceptor visual de lo que ha ocurrido. (...) Ello, sin embargo, no quiere decir que la credibilidad de las víctimas sea distinta del resto de los testigos, en cuanto al valor de su declaración, y otorgar una especie de presunción de veracidad siempre y en cualquier caso, pero sí puede apreciarse y observarse por el Tribunal con mayor precisión la forma de narrar el acaecimiento de un hecho por haberlo vivido en primera persona y ser sujeto pasivo del delito, para lo que se prestará especial atención en la forma de cómo cuenta la experiencia vivida, sus gestos (...).

Con respecto al reconocimiento de la protección subsidiaria en los casos de trata con fines de explotación sexual, las sentencias analizadas permiten advertir cómo la trata con fines de explotación sexual no se

califica adecuadamente desde una visión sensible al género. De ahí que no se identifique como una grave vulneración de los derechos humanos de las mujeres, una forma de violencia de género en tanto que manifestación de la desigualdad estructural del sistema sexo/género y una forma de discriminación inaceptable en el momento actual. El no reconocimiento del derecho de asilo en los casos analizados por parte del TS y el reconocimiento parcial de los recursos de casación planteados otorgando (y/o reconociendo) el derecho de protección subsidiaria pone de manifiesto el sesgo de género todavía existente en la valoración de la casuística de trata en el marco del sistema de protección internacional⁴⁵. Las mismas consideraciones críticas cabría realizar en relación con la protección de las víctimas de trata con fines de explotación sexual no en el marco del derecho de asilo sino en el marco de la legislación de extranjería.

IV. Consideraciones finales

Lo expuesto en los diferentes apartados que conforman el presente estudio –sin ánimo de agotar todas las posibilidades de análisis– evidencia los retos que la normativa de asilo y de protección internacional tiene por delante desde una visión sensible al género. El reconocimiento en la normativa –en líneas generales– de la persecución por motivos de género en casos de asilo y protección subsidiaria constituye todo un avance. Un avance que requiere, no obstante, de su traslación a la práctica a través de su reconocimiento por parte de las autoridades administrativas competentes y/o, en su caso, en vía judicial. Máxime en casos de trata con fines de explotación sexual que cabe incardinar sin ambages en la casuística de persecución por motivos de género. La implementación de la perspectiva de género en el análisis de casos y, específicamente, en la aplicación e interpretación normativa se torna ineludible en base a los siguientes ítems:

En primer lugar, a nivel normativo la trata de personas con fines de explotación sexual tiene un abordaje específico desde el punto de vista jurídico/penal. No obstante, eso no impide que se tenga que avanzar en materia de protección internacional y, específicamente, en la normativa

⁴⁵ Inmaculada MONTALBÁN HUERTAS, *Dificultades en la aplicación de la protección internacional de las víctimas de trata de seres humanos con fines de explotación sexual. La lucha por la Justicia y el Derecho en el siglo XXI*, Madrid, Editorial Sepin, 2017, pp. 121-140.

de asilo. De ahí la importancia de apostar por una revisión normativa a nivel internacional y, específicamente, de la actual Ley 12/2009, de 30 de octubre, desde la perspectiva de género.

En segundo lugar, desde el punto de vista jurídico internacional, cabría reflexionar sobre las dificultades comentadas en aras de insertar, vía interpretativa, las situaciones de trata con fines de explotación sexual dentro del amplio elenco de persecución por motivos de género. Desde este prisma, la jurisprudencia más avanzada e integradora en materia de protección de derechos humanos no ha dudado en encuadrar la persecución por motivos de género –en general– dentro de lo que a nivel internacional se entiende como persecución por razones sociales.

En tercer lugar, desde el punto de vista jurídico interno, la dimensión internacional del texto constitucional en materia de igualdad y derechos fundamentales, así como la evolución normativa en materia de asilo y protección subsidiaria en conexión con los avances en materia penal y derecho antidiscriminatorio, permiten dar cobertura legal (vía judicial) al reconocimiento de asilo en los casos de trata con fines de explotación sexual.

En cuarto lugar, sin perjuicio de lo expuesto, un análisis y estudio de casos concretos –en materia de trata con fines de explotación sexual– desde la ajenidad a la configuración socio/sexual de las relaciones sociales propicia que se realice una aproximación con claros sesgos de género en los casos de trata restando eficacia normativa a normas nacidas con una finalidad y unos objetivos muy claros: la protección y tutela de los derechos de las personas sometidas a persecución en sus lugares de origen.

En quinto lugar, expuesto lo anterior –(1) necesidad de cambios legales y (2) implementación de la perspectiva de género en aplicación e interpretación de la normativa de asilo y protección subsidiaria–, es necesario apostar también por una formación específica sensible al género a las y los operadores jurídicos (y no solo) que a nivel administrativo y/o jurisdiccional intervienen en este tipo de casos. La valoración de los relatos de las víctimas de trata (credibilidad y dificultad probatoria) y de los demás elementos periféricos concurrentes a tener en cuenta así

como la propia responsabilidad estatal (diligencia debida) de los países de origen, incluyendo los agentes de persecución (que no solo operan en el ámbito público sino también privado) se torna imprescindible para entender el fenómeno de la trata con fines de explotación sexual. Además, la vulnerabilidad socio/sexual de las víctimas y la afectación específica a derechos humanos de primer orden evidencian y prueban la gravedad de estas situaciones y la necesidad de un cambio de paradigma en su abordaje.

En sexto lugar, como consideración final, cabría apuntar si la no valoración desde la perspectiva de género de las solicitudes de asilo en casos de trata con fines de explotación sexual podría dar lugar a una discriminación directa (y, por tanto, proscrita) por razón de sexo en los términos de la CEDAW y de la propia Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo. En la misma línea, cabría precisar si no se estaría también ante supuestos de discriminación interseccional (y/o múltiple) en los términos desarrollados por parte de la doctrina anglosajona.

Las personas venezolanas en Perú: entre la perspectiva de los derechos humanos y la seguridad

 ISABEL BERGANZA SETIÉN*

Sumario

I. Introducción. **II.** El desplazamiento de personas venezolanas y el contexto normativo en Perú. **III.** El Permiso Temporal de Permanencia: beneficios, dificultades y retos. **IV.** El procedimiento de solicitud de refugio. **V.** El nuevo requisito: pasaporte para ingresar. **VI.** Conclusiones.

Resumen

Uno de los fenómenos sociales que actualmente se encuentran en agenda en el país es el relativo a las personas venezolanas que han llegado a Perú para residir debido a la crisis social, política y económica que se vive en Venezuela. Ante ello, el gobierno ha adoptado diversas medidas para promover la regularización migratoria, entre las que se tiene el Permiso Temporal de Permanencia. Por otro lado, muchas de las personas desplazadas han optado por solicitar la condición de refugiadas. Este artículo realiza un análisis sobre la normativa existente en el país al respecto, y también examina los problemas y retos que plantea su aplicación en el momento actual. Indaga, en fin, si la perspectiva que se plantea para abordar la política migratoria está centrada en la seguridad, entendida como seguridad interna u orden público, o le confiere más importancia a la perspectiva de derechos humanos.

Palabras clave

Migración, refugio, Venezuela, seguridad, derechos humanos.

* Abogada y socióloga por la Universidad de Deusto (España) y doctora por la Universidad del País Vasco. Actualmente es decana (e) de la Facultad de Ciencias Sociales y directora de la Escuela de Derecho de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya.

Abstract

One of the social phenomena that are currently on the agenda in the country is related to the Venezuelan people who have come to Peru to reside fleeing from the social, political and economic crisis that exists in Venezuela. Given this, the government has adopted various measures to promote the regularization of migration, among which is the Temporary Permit of Permanence. On the other hand, many of the displaced persons have opted to apply for refugee status. This article analyzes the existing regulations in the country in this regard, and also examines the problems and challenges posed by its application at the present time. It investigates, in short, if the perspective that is proposed to address migration policy is focused on security, understood as internal security or public order, or gives more importance to the human rights perspective.

Keywords

Migration, refuge, Venezuela, security, human rights.

I. Introducción

En el año 2017, según datos de la Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur), la población desplazada de manera forzosa a nivel mundial aumentó, aproximadamente, tres millones. Al final de ese año, 68,5 millones de personas se habían visto obligadas a salir de su país de origen debido a la persecución, los conflictos o la violencia generalizada¹. Si bien Latinoamérica y, dentro de ella, Perú, no ha sido tradicionalmente una zona de destino para solicitantes de refugio ni para migrantes, esta situación se ha transformado por el fenómeno del desplazamiento de personas venezolanas que en los últimos años se está produciendo como consecuencia de la crisis económica, política y social que atraviesa Venezuela.

Sin lugar a duda, el marco legislativo de los diversos países influye de manera fundamental en cómo se desarrollan los procesos de movilidad

¹ AGENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR), «Tendencias globales. Desplazamientos forzados en 2017», 20 de junio de 2018. Disponible en: <<https://goo.gl/6DTc8e>>.

humana y de integración social de las personas que abandonan su lugar de origen y comienzan a vivir en otro país. Por ello, analizar esos diversos enfoques de los ordenamientos jurídicos y su aplicación es importante para promover una movilidad segura, ordenada y regular.

Pero a la hora de referirnos a la seguridad en relación con los procesos migratorios, es necesario entenderla desde un concepto amplio, no solo incorporando la seguridad ciudadana o la seguridad nacional, sino también aquellos aspectos que tienen que ver con la seguridad de las personas, con el respeto a sus derechos y a la protección frente a todo peligro que puedan correr². De esta manera partimos de la premisa de que la persona es el sujeto de la seguridad, por lo que lo prioritario debe ser la defensa de sus derechos³.

Siguiendo este hilo, el artículo plantea un análisis de la normativa existente en el Perú con relación a la población desplazada venezolana y su aplicación. Esto con el objetivo de mostrar los avances realizados, pero también las dificultades y retos a los que se enfrentan el país y la sociedad.

Para ello, este trabajo se extiende en cuatro partes y en conclusiones. El primer apartado aborda dos aspectos: por un lado, desarrolla el proceso que ha tenido el desplazamiento de las personas venezolanas en la región y específicamente en Perú; por otro lado, se describe el contexto normativo en el que se produce este fenómeno migratorio. El segundo apartado se centra en la alternativa que ha promovido el Estado peruano para la regularización de la población venezolana, el Permiso Temporal de Permanencia (PTP), y realiza un análisis de sus aspectos positivos, dificultades y retos.

Por su parte, en el tercer apartado se expone el procedimiento de reconocimiento de refugio en el país y cómo este se encuentra colapsado por el gran número de solicitudes presentadas por personas venezolanas. Igualmente, se analiza la definición que existe de refugiado en nuestra legislación y las preguntas que hoy surgen de su aplicación. En el cuarto

² Isabel BERGANZA SETIÉN, *Ciudadanía migrante. Rutas, costos y dinámicas de los flujos mixtos en tránsito por Perú*. Lima: Universidad Antonio Ruiz de Montoya, Encuentros SJS, 2016.

³ Luis HERRERA-LASO y Juan B. ARTOLA BELVIS, «Migración y seguridad: dilemas e interrogantes», en Natalia ARMIJO CANTO (ed.), *Migración y seguridad: nuevo desafío en México*, Ciudad de México, Colectivo y Análisis de la Seguridad con Democracia, 2011, pp. 11-34.

apartado se analiza la última medida que se ha establecido para afrontar esta crisis: la obligación de ingresar con pasaporte y ya no con cédula de identidad. El artículo concluye con una reflexión sobre las medidas que ha adoptado el Estado peruano respecto al desplazamiento venezolano.

II. El desplazamiento de personas venezolanas y el contexto normativo en Perú

El fenómeno de la movilidad humana de las personas provenientes de Venezuela es, sin duda, uno de los procesos sociales más importantes que vive la región. Según el último reporte elaborado por la Organización Internacional de las Migraciones (OIM) y la Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur), en septiembre de 2018 había 2 millones 648 mil personas venezolanas viviendo fuera de su país, de las cuales cerca del 70% estaría en naciones de Sudamérica⁴.

Actualmente, Colombia es el país latinoamericano que más personas venezolanas acoge, debido a que ambos países comparten una extensa frontera. Según estimaciones de las autoridades migratorias de dicho Estado hay aproximadamente 1 millón 150 mil venezolanos en Colombia, de los cuales 550 mil cuentan con el Permiso Especial de Permanencia (PEP), documento que les permite residir y trabajar de forma regular. Además, habría más de 300 mil personas venezolanas que se encuentran en proceso de regularización migratoria⁵.

Por su parte, en Perú hay aproximadamente 600 mil venezolanos, según las cifras proporcionadas por Roxana Del Águila Tuesta, superintendente nacional de Migraciones (e), en la VIII Reunión Iberoamericana de Autoridades Migratorias (Riam), que se desarrolló el 23 y 24 de noviembre del presente año en Lima. De ellas, el 80% ha ingresado al territorio nacional durante 2018⁶. Estos datos nos permiten afirmar que el aumento de personas venezolanas en nuestro país ha sido muy rápido.

⁴ UNITED NATIONS HIGH FOR COMMISSIONER REFUGEES (UNHCR), Respuesta Regional: reporte situacional núm. 1, «Plataforma Regional de Coordinación Interagencial para refugiados y migrantes de Venezuela», septiembre 2018. Disponible en: <<https://bit.ly/2SvO5Kg>>.

⁵ MIGRACIONES, Nota de prensa «Migración venezolana continúa al alza en Colombia, Ecuador y Perú», de 23 de noviembre de 2018. Disponible en: <<https://bit.ly/2Sw95km>>.

⁶ *Ibidem*.

Según datos de Acnur, Perú se ha constituido como el país que a nivel mundial tiene el mayor número de solicitantes de refugio de ciudadanos venezolanos, con 150 mil 274 personas en dicha situación. Esta cifra corresponde al 41% del total de solicitantes de refugio de dicha nacionalidad en el mundo y se sitúa muy por encima de la que tienen países como Estados Unidos (72 mil 722 solicitantes) o Brasil (65 mil 846).

Esta realidad de la llegada de población venezolana para residir en Perú se enmarca en una situación migratoria que ya comenzó a cambiar años antes. Perú había dejado de ser, únicamente, un país de origen que generaba población que emigraba a otros países y empezaba a ser considerado también como lugar de destino de inmigrantes y de tránsito hacia otros estados vecinos; fundamentalmente hacia Chile y Brasil. Así, a partir del año 2010 había aumentado la cantidad de personas extranjeras residiendo en el país, especialmente colombianas y españolas, y existía una migración en tránsito de haitianos y colombianos hacia Brasil y Chile, respectivamente.

Este proceso de transformación puso de manifiesto que Perú no era un país preparado para recibir inmigrantes, ni en su normativa ni en su gestión. Es así que mediante Decreto Supremo N.º 067-2011-PCM se crea la Mesa de Trabajo Intersectorial para la Gestión Migratoria, que se encuentra adscrita al Ministerio de Relaciones Exteriores y está conformada por diversas instituciones públicas. Su objetivo es coordinar, evaluar, proponer, supervisar y dar prioridad a las políticas y acciones vinculadas a la gestión integral migratoria. Se institucionaliza así el propósito del Estado peruano de promover una política pública sobre migraciones que aglutine los diversos sectores.

Además, la norma vigente en aquel entonces, el Decreto Legislativo N.º 703, provenía del año 1991 y nunca había sido reglamentada, lo que generaba múltiples problemas. La realidad puso de manifiesto la necesidad urgente de modificar la legislación y se dio paso a un proceso de renovación de la legislación relativa a estos fenómenos de movilidad humana. Incluso, esta situación motivó una sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el expediente 2744-2015-PA/TC. Este caso fue planteado por un ciudadano brasileño que fue sancionado con la salida obligatoria del país e impedimento de ingreso al territorio nacional, motivo por el cual

presentó un recurso de amparo basándose en la vulneración de los derechos al debido proceso, a la defensa y a la protección de la familia, ya que la sanción le suponía separarse de su esposa e hija, que era menor de edad y de nacionalidad peruana.

El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda, mencionando, entre otros argumentos, que era necesario realizar un análisis de la situación concreta de la persona antes de emitir una sanción y que, en este caso, no había sido hecho. Además, en la sentencia declaró como un estado de cosas inconstitucional la «no existencia de una norma legal o reglamentaria que establezca un único procedimiento unificado, claro y específico, donde se precisen las garantías formales y materiales de los migrantes sujetos a un procedimiento migratorio sancionador».

Así, el 7 de enero de 2017 se publicó en el diario oficial *El Peruano* el Decreto Legislativo N.º 1350, Decreto Legislativo de Migraciones. Posteriormente, el 27 de marzo del mismo año se publicó el Decreto Supremo N.º 007-2017-IN, que aprobaba el Reglamento de dicho decreto legislativo. A través de esta normativa se logra superar la situación anterior y se inició una nueva etapa en la normativa de la movilidad humana en el país.

Hay que resaltar que esta nueva ley tiene su punto de partida en la perspectiva de los derechos humanos. En su título preliminar resalta el principio de respeto a los derechos fundamentales de los extranjeros en el país y establece que

En atención al respeto de la dignidad de toda persona humana conforme a la Constitución Política del Perú, el Estado garantiza al extranjero el respeto por sus derechos fundamentales conforme a lo previsto en el marco normativo vigente (artículo I).

Además, instituye principios como el de unidad familiar, el interés superior del niño, la no criminalización de la migración irregular o el de integración del migrante, que antes no estaban especificados en la normativa migratoria. Por lo tanto, hay que destacar que la legislación vigente se fundamenta en la protección de los derechos de las personas extranjeras en el país, en muchos casos, independientemente de la situación

administrativa en la que se encuentren.

Igualmente, es importante resaltar que en abril del 2017 se publicó la Política Nacional Migratoria 2017 - 2025⁷, que desarrolla cuatro ejes temáticos: «Peruanos y peruanas con voluntad de migrar», «Peruanos y peruanas en el exterior», «Peruanos y peruanas que regresan del exterior» y «Extranjeros y extranjeras en el Perú». Su objetivo principal es

Garantizar el respeto y protección de los derechos de las personas migrantes, promoviendo la igualdad, la equidad, la inclusión, la integración y la observancia de la seguridad nacional, a través de una eficiente gestión integral del proceso migratorio que articule al Estado y a la sociedad, acorde a las necesidades, intereses y expectativas de la población migrante y sus familiares⁸.

Por lo tanto, esta primera política migratoria también parte de la protección de los derechos de los individuos y de la lucha contra la discriminación de las personas por razón de su situación legal. Sin embargo, también se observa que impulsa un mayor número de medidas que conciernen a los peruanos, ya sea a los que quieren migrar como a los que migraron o a los que han retornado, y desarrolla un menor número de medidas destinadas a extranjeros que vienen a residir al país. Esto también se aprecia en el hecho de que el decreto supremo que aprueba dicha política fue iniciativa del Ministerio de Relaciones Exteriores y no cuenta con la participación del Ministerio del Interior, del que forma parte Migraciones o la Policía de Extranjería, instituciones fundamentales en el tratamiento de las personas migrantes en el país y en su política migratoria.

En cuanto a la opinión de la población respecto a la inmigración, en un reciente boletín elaborado por el Instituto de Opinión Pública de la Pontificia Universidad Católica del Perú⁹, se afirma que «la actitud de los peruanos frente a una masiva inmigración no es positiva». Esta

⁷ Aprobada mediante Decreto Supremo 015-2017-RE, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 27 de abril de 2017.

⁸ Decreto Supremo 015-2017-RE. Política Nacional Migratoria 2017-2025, Gráfico núm. 10, Objetivo General.

⁹ INSTITUTO DE OPINIÓN PÚBLICA DE LA PUCP, «Resultados parciales de la Encuesta Mundial de Valores Perú 2018. Creencias y Actitudes hacia la Inmigración en el Perú», Boletín núm. 156, de 20 de noviembre 2018. Disponible en: < <https://bit.ly/2s4gU4Q> >.

constatación se basa en datos tales como que el 56% de encuestados opinan que el Estado peruano debería «aplicar límites estrictos en el número de extranjeros que puedan venir», mientras que un 14% opina que se «debería prohibir la entrada a personas de otros países». Además, casi 7 de cada 10 mencionan que ya no desean que ingresen más extranjeros al Perú, 8 de cada 10 opinan que la migración aumenta el desempleo y un 78% que la inmigración genera conflictos sociales. Sin embargo, también hay que mencionar que un 46% afirma que la llegada de personas extranjeras para residir en el país es una oportunidad para «fortalecer la diversidad cultural».

Es en este contexto de cambios cuando Perú comienza a recibir a población venezolana que huye de la situación de crisis que se vive en su país. Este fenómeno ha terminado por transformar de manera muy rápida la realidad migratoria en el país, y lo ha convertido en receptor de personas que vienen a residir y a trabajar. Es debido a la magnitud del proceso que el gobierno ha tenido que desarrollar medidas de regularización migratoria específica, como es el Permiso Temporal de Permanencia, que desarrollamos en el siguiente acápite.

III. El Permiso Temporal de Permanencia: beneficios, dificultades y retos

El ingreso de personas venezolanas al país comenzó a aumentar en el año 2014. Así, según datos de la Superintendencia Nacional de Migraciones (en adelante, Migraciones), entre el 2014 y 2016 se registró un ingreso anual de aproximadamente 50 mil personas venezolanas¹⁰. Además, estas personas, si bien podían ingresar como turistas con pasaporte o su cédula de identidad, sin necesidad de una visa, tenían muchas dificultades para regularizar su situación migratoria en el país.

Frente a este aumento de población venezolana y al hecho de que una vez terminada su estancia como turistas pasaban a estar en situación irregular, el gobierno publicó, el 3 de enero de 2017, el Decreto Supremo N° 002-2017, que establecía el Permiso Temporal de Permanencia (en adelante, PTP) para personas venezolanas que habían ingresado al país hasta el 2 de

¹⁰ MIGRACIONES, Informe sobre «Presencia de inmigrantes en situación de vulnerabilidad en el Perú. Estudio preliminar realizado desde una perspectiva de género», Lima, 2018. Disponible en: <<https://goo.gl/D21k2Y>>.

febrero de 2017. Esta medida posibilitó que 11 464 venezolanos solicitaran dicho documento y tuviesen acceso a residir y trabajar legalmente¹¹.

Posteriormente, en julio del 2017 se publicó una nueva norma, el Decreto Supremo N.º 023-2017-IN, que amplió el plazo de ingreso hasta el 31 de julio de 2017, ya que el número de personas venezolanas que llegaban con intención de residir en Perú seguía en aumento. Según datos de Migraciones, durante el año 2017 ingresaron en total 223 mil personas venezolanas y se registraron algo más de 113 mil salidas. Se advierte, por tanto, un saldo migratorio de 110 mil personas durante el mencionado año¹².

Asimismo, a comienzos del año 2018, el gobierno nuevamente amplió la fecha posible de ingreso para que la población venezolana pudiese acceder al PTP y estableció que podrían solicitarlo aquellos que hayan ingresado a nuestro país hasta el 31 de diciembre del 2018 y, además, podrían realizar los trámites hasta julio de 2019. Sin embargo, tras las diversas ampliaciones que se fueron dando al plazo de ingreso para poder solicitar el PTP y tras el cambio de gobierno que el país vivió en marzo de 2018, se produjo un cambio de tendencia y en agosto de dicho año se redujeron los plazos aplicables, tanto para el ingreso al país, que pasó a ser el 31 de octubre de 2018, como para la realización de los trámites, que de julio de 2019 fue adelantado a 31 de diciembre de 2018.

Esta noticia produjo un repunte en el ingreso diario de personas venezolanas al Perú. Así, en la frontera norte del país, en Tumbes, se incrementó el promedio pasando de, aproximadamente, 1800 ingresos diarios a más de 4000, y llegó al pico extremo de 6 mil 700 ingresos el día 31 de octubre de ese año, cuando concluía el plazo para ingresar y solicitar el PTP. Por esas fechas, se registraron grandes cantidades de personas venezolanas que tuvieron que pasar dos o tres días en el complejo fronterizo de Tumbes para ingresar al país¹³.

¹¹ MIGRACIONES, Noticia de prensa, «Gobierno amplió el Permiso Temporal de Permanencia-PTP para los ciudadanos venezolanos», del 29 de julio de 2017. Disponible en: <<https://goo.gl/jgvmGb>>.

¹² *Ibidem*.

¹³ INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION, HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, *Report, «Regional Inter-Agency Coordination Platform for Refugees and Migrants from Venezuela. Regional Response: Situational update núm. 2»*, de 31 de octubre 2018.

Durante ese periodo de casi dos años en los que se encontró vigente el PTP para personas venezolanas, según datos de Migraciones, se formalizaron «más de 140 mil venezolanos; otros 200 mil están próximos a obtener ese documento y unos 50 mil tienen citas para realizar el trámite, que puede realizarse hasta el 31 de diciembre 2018»¹⁴.

Cabe destacar que el gobierno, mediante la normativa emitida, ha promovido que las personas venezolanas que ingresen al país con ánimo de residir en él, puedan acceder a una regulación migratoria que además les permita desempeñar actividades lucrativas según la legislación peruana. Eso, sin duda, es acorde con lo establecido por el artículo XII del Título Preliminar del Decreto Legislativo 1350, Ley de Migraciones, que afirma

El Estado promueve las medidas necesarias para la formalización de los extranjeros que deseen ingresar y permanecer en el territorio nacional. Favorece la regularización migratoria como acción permanente que facilita la protección de la persona humana y prevenga o corrija situaciones de vulneración o afectación a la dignidad humana así como de sus derechos y libertades (artículo XII, DL 1350).

174

Este inusual fenómeno migratorio ha generado mecanismos especiales de regularización que han sido creados para la población venezolana, ya que varios países de la región han promovido el acceso a documentación que garantice una residencia regular a este colectivo. Por ejemplo, Colombia ha establecido el Permiso Especial de Permanencia; asimismo, Brasil, desde el año 2017, cuenta con la Resolución Normativa CNI N.º 126, que permite residir de manera temporal durante dos años a personas extranjeras provenientes de países fronterizos para las que no aplica la normativa de Mercosur. Por ello, la población venezolana puede aplicar este permiso. Igualmente, Ecuador, desde el 2017 puede aplicar la visa Unasur, a través de la cual se accede a una residencia temporal por dos años¹⁵.

¹⁴ MIGRACIONES, Nota de prensa, «Migración venezolana continúa al alza en Colombia, Ecuador y Perú», de 23 de noviembre de 2018, disponible en: <<https://bit.ly/2Sw95km>>.

¹⁵ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE LAS MIGRACIONES (OIM). *Tendencias Migratorias en las Américas. República Bolivariana de Venezuela*, setiembre 2018 pg. 4. Disponible en: <<https://bit.ly/2SoW19w>>.

Sin embargo, el PTP también presenta dificultades y, por lo tanto, desafíos que hay que enfrentar. Uno de ellos, probablemente el más importante, es el tiempo que tardan los trámites. Pese a que Migraciones ha efectuado diversas mejoras desde que comenzó el proceso hasta la fecha (atención 24 horas, citas por internet, proceso de descentralización de sus oficinas, etc.), aún el procedimiento es largo y engorroso, e incluso, puede tardar hasta seis meses¹⁶.

Concretamente, resulta tedioso el trámite para adquirir la ficha de canje internacional que proporciona la Interpol para acreditar no tener antecedentes penales a nivel internacional. Asimismo, tras pagar la tasa correspondiente, hay que gestionar una cita en la página web de la mencionada institución. Sin embargo, no es una tarea fácil ya que hasta hace poco solo existía una oficina de la Interpol en el país, que estaba situada en Santiago de Surco en la ciudad de Lima. Por lo tanto, toda persona venezolana que se encontrase en el país y quisiese gestionar su PTP debía ir a esa oficina. Progresivamente, se han abierto oficinas, primero en Lima (en los distritos de San Martín de Porres y Miraflores) y, posteriormente, en Arequipa y Cusco. Si bien esto ha ayudado a descongestionar la demanda, no ha resuelto el problema.

175

Al darse cuenta de esta dificultad respecto al largo periodo que se debía esperar ante la solicitud del PTP y la entrega del documento, Migraciones estableció la entrega del «Acta de permiso de Trabajo Extraordinario-Provisional», que es tramitada vía internet. Este documento habilita para trabajar legalmente por un plazo de sesenta días calendario, que puede ser prorrogado hasta la culminación del procedimiento de obtención del PTP. De tal forma que, durante este periodo de tiempo, que va desde la solicitud del PTP hasta la entrega del documento, las personas venezolanas también tienen protegidos los derechos básicos a residir y trabajar en el país.

Otro de los retos que plantea la existencia del Permiso Temporal de Permanencia, es que dicho documento limita la afiliación en el Seguro Integral de Salud (SIS), ya que para dicho trámite se requiere contar con

¹⁶ Encuentros Servicio Jesuita de la Solidaridad, IDEHPUCP, Universidad del Pacífico y Universidad Antonio Ruiz de Montoya, Documento preparatorio para audiencia temática ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante su 169 Periodo de Sesiones [Informe], «Derechos Humanos de Personas Migrantes y Refugiadas Venezolanas en el Perú», 2018. Disponible en: <<https://goo.gl/JQQq75>>.

un Carnet de Extranjería. Es por ello que aquellas personas venezolanas que se encuentran en situación de pobreza y/o de vulnerabilidad no pueden acceder al seguro de salud público porque no cuentan con dicho documento. Esto sucede a pesar de que el Reglamento de Ley de Migraciones prescribe, en su artículo 7, que el Ministerio de Salud debe dictar las normas y establecer las medidas necesarias para garantizar a la persona extranjera el acceso a los servicios de salud pública, aun en situación migratoria irregular. En consecuencia, se observa la urgencia – como establece la mencionada norma– de que el órgano rector en materia de salud proceda a la modificación de la normativa necesaria para adecuarla a la nueva Ley de Migraciones.

Para solucionar casos urgentes que plantean una necesidad de atención en salud apremiante, tales como personas con VIH o con enfermedades muy graves o terminales, Migraciones ha hecho uso de la «Calidad migratoria especial» que establece el reglamento de la Ley de Migraciones en su artículo 72, el cual menciona que «se otorga a las personas extranjeras que deseen realizar actividades que no estén descritas en otras calidades migratorias y se justifica en un tratamiento excepcional, subsidiario y residual por parte de las autoridades migratorias». A través de dicha calidad migratoria, las personas extranjeras acceden a un Carnet de Extranjería y, con ello, pueden afiliarse al SIS y recibir las prestaciones de salud. Sin embargo, también se ha tenido conocimiento, a través de las atenciones realizadas por la Clínica Jurídica Pedro Arrupe SJ para migrantes y refugiados¹⁷, de demoras en la concesión de esta calidad migratoria, las cuales han tenido consecuencias negativas en la salud de las personas al retrasarse la posibilidad de ser atendidas.

Se puede apreciar, entonces, que el Estado peruano en estos últimos años, en los que ha aumentado el número migrantes, ha avanzado de manera importante en una normativa, desde la perspectiva de los Derechos Humanos, e igualmente, ha implementado medidas para superar las diversas dificultades que se han presentado. Sin embargo, aún quedan retos que enfrentar para poder afirmar que los derechos de las personas

¹⁷ La Clínica Jurídica «Pedro Arrupe SJ» para migrantes y refugiados es un proyecto implementado por Encuentros SJS y la Escuela de Derecho de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya, que permite al alumnado formarse en la atención gratuita a personas migrantes y refugiadas en situación de vulnerabilidad.

migrantes están protegidos de manera oportuna.

Actualmente, las personas venezolanas que ingresen al país después del 31 de octubre no tienen posibilidad de acceder al PTP, de modo que, una vez que se produzca el vencimiento del plazo de su estancia en calidad de turistas, pasarán a encontrarse en situación de irregularidad, con la vulnerabilidad que ello supone. Por otro lado, existen más de 100 mil personas venezolanas que se encuentran en nuestro país, pero no han realizado ningún trámite para solicitar el PTP. Estos hechos permiten deducir que, en un periodo de tiempo no muy largo, el gobierno tendrá que plantear medidas oportunas ante el incremento de la población venezolana que se encuentre imposibilitada de regularizar su situación en el Perú.

Como consecuencia de la situación que vive Venezuela, muchas de las personas que se ven obligadas a salir de su país e ir a residir a otro, optan por solicitar refugio. Es por ello que en el siguiente apartado nos centraremos en esa figura y cómo está actualmente la situación del sistema de reconocimiento de refugio en nuestro país.

IV. El procedimiento de solicitud de refugio

Como se había expuesto, muchas de las personas venezolanas que han ingresado al país, han solicitado el reconocimiento del estatus de refugiado. A comienzos de octubre del 2018, eran más de 150 mil venezolanos que habían solicitado refugio en Perú; por ello, es el país que –a nivel mundial– tiene el mayor número de solicitudes de refugio de personas provenientes de Venezuela. Este número de solicitudes había empezado a aumentar en años anteriores. Así, en la Tabla N.º 1, se puede apreciar como en el 2016 se dio un gran ascenso que en el 2017 se volvió exponencial. Sin embargo, este hecho nos permite realizar algunas precisiones.

Por un lado, cabe afirmar que el gobierno peruano ha mantenido un estándar alto de protección en cuanto al derecho de acceso al sistema de asilo, pues permite que toda persona que solicite refugio pueda realizarlo sin implementar, como en otros países, procesos de pre admisibilidad que terminan por convertirse en barreras importantes a este derecho.

Por otro lado, los expedientes resueltos no han aumentado al mismo ritmo que las solicitudes; más bien han crecido muy poco, trayendo como consecuencia un gran número de casos pendientes por resolver. Esto permite corroborar la situación de colapso en que se halla el sistema de reconocimiento de la condición de refugiado en el Perú. Esto se debe a que el aumento de solicitudes no ha sido gestionado adecuadamente; es decir, no ha estado acompañado por el incremento de recursos ni del personal necesario que haga frente a esta situación en el órgano encargado de dicho procedimiento, la Comisión Especial de Refugiado.

Hay que destacar que este aumento en las solicitudes pendientes ha generado diversas dificultades, entre otras, la demora excesiva en la obtención de respuestas. Así, conforme se puede apreciar en la Tabla N.º 1, los casos presentados no se resuelven dentro del plazo establecido por la norma (60 días hábiles), sino que existe una dilación importante en su trámite. Situación que, entre otros aspectos, se produce por el número de expedientes por resolver al final de cada año.

178

Tabla N.º 1. Datos sobre solicitudes de refugio de personas venezolanas en Perú. 2015-2017

Año	Solicitudes anuales	Reconocidos	Rechazados	Cerrados por diversos motivos	Total	Total pendientes al final del año
2015	181	70	51	1	122	112
2016	3,602	64	69	28	161	3,553
2017	33,149	102	412	155	669	36,062
Total	36,932	236	532	184	952	39,727

Fuente: Acnur.

Por otra parte, la Tabla N.º 1 muestra que el número de casos de personas venezolanas a las que se les ha reconocido el estatus de refugiadas (236 casos) es mucho menor al número de solicitudes que han sido rechazadas (532 casos) o cerradas por diversos motivos (184 casos) y que, además, es una cifra muy baja con relación a las personas que se encuentran

como solicitantes. Esto nos lleva a analizar la definición de refugiado que establece el marco jurídico nacional.

La Ley N.º 27891 Ley del Refugiado del año 2002 y su Reglamento, publicado al año siguiente¹⁸, establecen tres casos en los que una persona puede ser reconocida como refugiada

a) A la persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un 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.

b) A la persona que se ha visto obligada a huir de su país de nacionalidad o de residencia habitual por causa de la violación masiva de los derechos humanos, agresión extranjera, conflicto interno, ocupación o dominación extranjera; o en razón de acontecimientos que perturben gravemente el orden público.

c) A la persona que encontrándose legalmente en el territorio de la República, debido a causas sobrevinientes surgidas en su país de nacionalidad o de residencia, no puede o no quiere volver a dicho país debido al temor de sufrir persecución de acuerdo al inciso a) del presente artículo (artículo 3).

179

El primer párrafo se refiere a la definición más tradicional del concepto de refugiado que fue establecida por la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (en adelante Convención de 1951), modificada por el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967¹⁹. Perú ratificó dicha convención en el año 1964 y su protocolo de 1967, en el año 1983. Esta definición se encuentra relacionada a una situación individual y a «fundados temores de ser perseguido».

¹⁸ Ley del Refugiado, publicada el 23 de diciembre de 2002 en el diario oficial *El Peruano*, y reglamentada mediante Decreto Supremo 119-2003-RE, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 14 de octubre de 2003.

¹⁹ El aporte fundamental del protocolo es que anula los límites geográficos y temporales contenidos en la Convención de 1951.

Por su parte, el segundo párrafo recoge, con algunas modificaciones, la definición ampliada y propuesta por la Declaración de Cartagena sobre refugiados del año 1984. Esta declaración surge tras el «Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas jurídicos y humanitarios», que se celebró debido a que diversos países observaron que la definición de la Convención de 1951 no era suficiente para proteger a la población que se veía obligada a salir de sus lugares de origen como consecuencia de las guerras civiles que en ese momento se vivían en Centroamérica²⁰. Específicamente, la declaración afirma lo siguiente

La definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, 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.

180

Aun cuando la declaración no es vinculante para los estados, la mayoría de los países de la región la ha incluido dentro de sus legislaciones nacionales, como es el caso de Perú. Ello ha llevado a diversos investigadores a afirmar que se vivió un proceso de liberalización de las legislaciones y la aplicación de una perspectiva más abierta en cuanto a considerar quién es una persona refugiada²¹.

Y es que, como se puede apreciar, esta definición afirma que las personas pueden ser reconocidas como refugiadas sobre la base de la situación que se vive en un determinado momento en su país de origen²².

²⁰ Isabel BERGANZA SETIÉN, *Ciudadanía migrante. Rutas, costos y dinámicas de los flujos mixtos en tránsito por Perú*. Lima: Universidad Antonio Ruiz de Montoya, Encuentros SJS, 2016.

²¹ Luisa Feline FREIER, «A Liberal Paradigm Shift?: A Critical Appraisal of Recent Trends in Latin American Asylum Legislation» en Jean-Pierre GAUCI (ed.) *Exploring the boundaries of refugee law: current protection challenge*, Boston: Brill Nijhoff, 2015, pp. 118-148.

²² ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS - UNHCR,

Además, las situaciones de «violencia generalizada» o «violación masiva de derechos humanos» no se refieren a riesgos individuales, sino más bien que afectan a una colectividad. Por este mismo motivo, es que se afirma que el espíritu de esta ampliación es su aplicación más colectiva o «masiva», en contraposición a la ofrecida por la Convención de 1951, que obligatoriamente hace referencia a un temor individual²³.

Por último, el tercer párrafo del artículo individualiza al refugiado *sur place*, que se refiere a los casos en la que las personas se convierten en refugiadas debido a circunstancias que han surgido en su país de origen cuando se encontraban en el extranjero²⁴.

Las personas venezolanas actualmente son reconocidas en el Perú como refugiadas sobre la base del primer apartado del artículo mencionado; es decir, por el concepto tradicional de refugiado. Hasta el momento no se ha aplicado la definición ampliada de refugiado. Este hecho podría ser cuestionado si se tiene en consideración los diversos posicionamientos en los que ha participado el gobierno peruano que manifiestan que en Venezuela se han producido violaciones graves de derechos humanos y que, además, ya no se encuentra vigente el orden democrático en dicho país²⁵. Es más, en setiembre de 2018 diversos estados de la región, entre ellos Perú, remitieron un documento a la Fiscalía de la Corte Penal Internacional solicitando que se inicie una investigación sobre posibles crímenes de lesa humanidad cometidos en Venezuela desde febrero de 2014.

Diversos organismos supranacionales se han pronunciado sobre la necesidad de que los estados evalúen la posibilidad de aplicar esta definición ampliada. Entre ellos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁶ ha

«Interpretación de la definición ampliada de refugiado contenida en la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984». Trabajo presentado en la *Reunión de expertos de Acnur*. Uruguay: Montevideo, octubre 2013. Disponible en: <<https://goo.gl/L64zTL>>.

²³ *Ibidem*.

²⁴ ACNUR, *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. Disponible en: <<https://bit.ly/2F1NE6R>>.

²⁵ Resolución CP/RES 1078 del Consejo Permanente de la OEA del 3 de abril de 2017, informes presentados por la Organización de los Estados Americanos en julio y septiembre del 2017, Declaración Conjunta 007 – 17 del 08 de agosto de 2017 (conocida como Declaración de Lima), entre otras.

²⁶ Mediante Resolución 2/18, Migración Forzada de Personas Venezolanas.

exhortado a los estados miembros de la OEA para que «ante la eventual llegada de movimientos masivos de personas venezolanas a fronteras de otros países, consideren la adopción de respuestas colectivas de protección a las personas venezolanas, entre las que se encuentran la posibilidad de realizar la determinación para el reconocimiento de la condición de refugiado *prima facie* o de manera grupal.» Sin embargo, estos elementos no han sido considerados suficientes por la Comisión Especial para los Refugiados (CEPR) —órgano que, conforme prescribe el artículo 7 de la Ley del Refugiado, es el «encargado de recibir, estudiar, procesar, resolver lo correspondiente a la solicitud de reconocimiento de refugio (...)»— para aplicar la definición de Cartagena a los solicitantes de refugio.

Consecuentemente, ante esta situación, el Estado debe, por un lado, establecer medidas para —en un mediano plazo— ir superando el colapso del sistema de reconocimiento de la condición de refugiado y, por otro, plantearse a fondo la necesidad de comenzar a aplicar la definición ampliada de Cartagena para el reconocimiento de la población venezolana como refugiada, dada la situación en la que el país se encuentra y las opiniones vertidas por el gobierno y por instituciones supranacionales de las que Perú es parte.

V. El nuevo requisito: pasaporte para ingresar

Una de las últimas medidas adoptadas por el gobierno respecto a la población venezolana, fue establecida mediante la emisión de la Resolución de Superintendencia N.º 000270-2018, del 24 de agosto del 2018. En dicha resolución se instaura la obligatoriedad —a partir del 25 de agosto— de «la presentación de pasaporte vigente» para poder ingresar al territorio peruano. No obstante, también se dispone la adopción de medidas de excepción para el ingreso al territorio nacional con cédula de identidad o acta de nacimiento —según corresponda— tomando en cuenta lo desarrollado en la mencionada resolución.

Esta medida es justificada por las autoridades como necesaria para promover un enfoque de seguridad y una inmigración ordenada, informada y segura. Así, dicha resolución invoca el artículo 163 de la Constitución Política del Perú, que establece que el Estado garantiza la seguridad de la nación mediante el sistema de defensa nacional. Destaca, a su vez, una

sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0017-2003-AI/TC, que versa sobre una acción de inconstitucionalidad interpuesta por la Defensoría del Pueblo contra una modificación de la norma que regula el papel de las Fuerzas Armadas durante los Estados de Excepción, sentencia en la que se afirma que la defensa nacional se desarrolla en «los ámbitos interno y externo», y además que

Mediante la defensa interna se promueve y asegura el ambiente de normalidad y tranquilidad pública que se requiere para el desarrollo de las actividades y esfuerzos concurrentes a la obtención del bienestar general en un escenario de seguridad. Asimismo, supone la realización de acciones preventivas y de respuestas que adopta el gobierno permanentemente en todos los campos de la actividad nacional, para garantizar la seguridad interna del Estado.

Por lo tanto, se observa que al imponer el pasaporte como requisito para ingresar al país, su fundamento primero se basa en un concepto de seguridad centrado en la seguridad nacional, pero no hace mención alguna a los posibles riesgos que esto traiga consigo a la población en movilidad y a la mayor vulnerabilidad en la que se podría encontrar dicho colectivo.

183

Posteriormente, el 3 de septiembre de 2018, la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos interpuso una demanda de hábeas corpus contra el ministro de Interior y el superintendente de Migraciones, por impedir el ingreso al territorio nacional de venezolanos y venezolanas que no contaban con el pasaporte. Alegaba que esta medida vulneraría los derechos a la libertad de tránsito, a solicitar refugio, a la igualdad y a no ser discriminado, e iría contra los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Además, la demanda presentada acotaba que estas medidas no serían suficientes para garantizar un mayor nivel de seguridad para el Perú, lo que ha sido corroborado por diversas investigaciones de las ciencias sociales²⁷. El hecho de poner barreras para la entrada al país, no tiene como consecuencia directa que el flujo migratorio se detenga si las causas que lo motivan no han variado. Es más, lo que produce es que las personas

²⁷ Isabel BERGANZA SETIÉN, Op Cit.

que pugnen por ingresar al país estén dispuestas a asumir mayores riesgos, lo que fortalece a las mafias que se dedican al tráfico de personas. Así lo afirman Herrera-Laso y Artola

Los mayores índices asociados con la migración con fuerte impacto en la seguridad pública se registran en aquellos escenarios en los que existen importantes flujos de personas con deseo o intención de trasladarse a otro país, pero que no cumplen con los requisitos legales para ser admitidos. Si, a pesar de ello, deciden migrar, significa que los incentivos son mayores que los costos y los riesgos²⁸.

En este contexto, hay que resaltar que actualmente en Venezuela resulta prácticamente imposible conseguir un pasaporte, fundamentalmente por dos motivos. En primer lugar, por el alto costo que tiene (en parte, como consecuencia de la corrupción). En segundo lugar, por el tiempo que demora la entrega de este documento, que puede llegar incluso a dos años. A esto se añade que en Venezuela, hasta los 9 años de edad, el único documento que poseen las personas es su partida de nacimiento. Por lo tanto, se pone de manifiesto que el requisito implementado será de muy difícil cumplimiento para la gran mayoría de la población que aún se encuentra en su país.

Con fecha 5 de octubre de 2018 la demanda de hábeas corpus fue declarada fundada en parte, y se dejó sin efecto la exigencia del pasaporte. La sentencia también ordenó al ministro del Interior y al superintendente Nacional de Migraciones «la elaboración de un Plan Nacional Estratégico que regule la movilidad migratoria de ciudadanos venezolanos, garantizándose la vigencia efectiva de sus derechos humanos». Con posterioridad y dentro del plazo establecido, Migraciones interpuso recurso de apelación contra esta resolución, que fue admitida por la instancia correspondiente del Poder Judicial, y se eliminó la suspensión de la medida. Por ello, actualmente está vigente la exigencia del pasaporte para las personas venezolanas que deseen ingresar al país.

²⁸ Luis HERRERA-LASO y Juan B. ARTOLA BELVIS, «Migración y seguridad: dilemas e interrogantes», en Natalia ARMIJO CANTO (ed.), *Migración y seguridad: nuevo desafío en México*. Ciudad de México: Colectivo y Análisis de la Seguridad con Democracia, 2011, pp. 11-34.

Pero más allá de lo que resuelve dicha sentencia, es importante destacar algunos de los argumentos que utiliza para motivar la decisión, ya que sería necesario tenerlos en cuenta al momento de plantearse medidas futuras respecto a este flujo de desplazamiento. Por un lado, se debe destacar la Resolución 2/18 Migración Forzada de Personas Venezolanas emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁹, en la que se pone de relieve que los Estados deben garantizar que las personas venezolanas que han sido forzadas a migrar, obtengan la protección que requieren. Dentro de ello, debería incluirse la posibilidad de ingresar de manera regular y tener acceso a una forma sencilla de regularización migratoria para trabajar y residir.

Por otro lado, la sentencia resalta la necesidad de promover la protección de los derechos de las personas migrantes y, con ello, adoptar una visión amplia del concepto de seguridad. Así, la resolución cita el Pronunciamiento de la Defensoría del Pueblo N.º 21DP/2018, en la que se establece que «es necesario implementar una política de gestión migratoria que logre un equilibrio entre la seguridad nacional y la protección de los derechos de los migrantes (...)». Y que se debe tener en cuenta, además, «que una sociedad democrática se fundamenta en el respeto de los derechos humanos de todas las personas, independientemente de su país de origen para el reconocimiento y la vigencia plena de los derechos de la población migrante».

Incluso, la sentencia recoge la prevención de la Defensoría del Pueblo en su pronunciamiento respecto a que estas medidas pueden tener consecuencias negativas, tanto para las personas desplazadas como para la sociedad peruana. Para ello, enfatiza que «se debe tener en cuenta que las políticas migratorias restrictivas promueven la migración irregular, generando mayor vulnerabilidad de los migrantes frente a condiciones informales o abusivas de empleo, prácticas de discriminación, xenofobia e incluso el fortalecimiento de las redes criminales, como las referidas al tráfico de migrantes y/o trata de personas, así como también los migrantes resultan expuestos a mayores riesgos de formas de violencia».

²⁹ Disponible en: <<https://bit.ly/2ItcUII>>, pg. 1.

Es interesante, en este sentido, lo que la sentencia afirma respecto a los motivos de seguridad nacional y al orden público o interno que se alegan para imponer la medida analizada. Al respecto sostiene que

Resultaría erróneo el hecho de alegar como sustento de tales medidas de restricción, la seguridad nacional, el orden público u orden interno, puesto que de ser así, se llegaría al absurdo de invocar la idea de que todos los ciudadanos venezolanos y venezolanas sin distinción alguna ingresan al territorio nacional a fin de atentar directa y exclusivamente contra la seguridad nacional o el orden público; tanto más si durante la sumaria investigación no se ha recepcionado documento alguno que sustente motivos de seguridad nacional, orden público u orden interno.

Consecuentemente, sería necesario que se compruebe que el ingreso de personas venezolanas sin pasaporte ha afectado, de alguna manera, a la seguridad nacional o al orden público y, de esta forma, se pueda fundamentar la medida tomada. De lo contrario el concepto de «seguridad» podría ser utilizado para justificar cualquier disposición legal que restrinja los derechos para ciertos colectivos.

Además, la sentencia analiza la posible vulneración del derecho al libre tránsito, así como las dificultades que existen actualmente en Venezuela para poder adquirir un pasaporte, y acota lo siguiente: «es evidente que requerir el pasaporte a estos ciudadanos desconociendo las dificultades que tienen que pasar para conseguir el mismo, es revictimizar a la persona y vulnerar notablemente su derecho individual al libre tránsito». En tal línea expone que en la propia decisión que tomó MERCOSUR para suspender a Venezuela y que, por lo tanto, permite a Perú comenzar a solicitar pasaporte a los ciudadanos de este país, en su considerando 7, se preceptúa que «la aplicación del Protocolo de Ushuaia no debe interferir en el funcionamiento del MERCOSUR y de sus órganos, ni producir perjuicio alguno al pueblo venezolano».

Por lo tanto, a la espera de la resolución de instancias judiciales superiores respecto a la medida adoptada por Migraciones de exigir pasaporte para el ingreso, hay que destacar que es restrictiva de derechos y

que existen grandes dificultades para que las personas venezolanas puedan acceder a dicho documento. Además, podría ser cuestionada sobre la base de las recomendaciones que han realizado organismos supranacionales a los países de la región. Por último, sería necesaria una justificación basada en estadísticas o en hechos concretos que permitan afirmar, fehacientemente, que el ingreso de las personas venezolanas con cédula de identidad, y no con pasaporte, ha afectado a la seguridad nacional o al orden interno en el Perú.

VI. Conclusiones

El fenómeno del desplazamiento de las personas venezolanas ha supuesto para Perú y para otros países de la región un importante reto, tanto para los Estados como para las sociedades. Esto debido al alto número de desplazados y al corto tiempo en el que esta movilidad se ha producido. Sin lugar a dudas, los diversos gobiernos, entre ellos el peruano, han promovido acciones legales para dar solución a esta realidad, y han facilitado la regularización migratoria. Esto hay que resaltarlo y felicitarlo, más aún, en un contexto mundial en el que cada día se ponen más barreras y muros en las fronteras. La actitud de acogida ha sido importante en la gestión de esta crisis migratoria. Sin embargo, se observa también que estas medidas han sido en ocasiones insuficientes y que, en el último tiempo, ha existido una tendencia restrictiva, o por lo menos intento de ella, lo cual puede traer consecuencias negativas que tal vez no se hayan buscado.

187

Como se ha puesto de relieve en el presente artículo, los sistemas tanto de regularización migratoria como de reconocimiento de la condición de refugio están colapsados. Esto tiene, inevitablemente, consecuencias negativas para las personas venezolanas desplazadas. Por otro lado, tenemos ciertas disposiciones normativas que aún no se aplican, entre las que destacan la definición de «refugiado» establecida por la norma vigente y que, pese a la situación de vulneración de derechos y de falta de democracia en la que se encuentra Venezuela —situación reconocida por el gobierno peruano—, no está siendo puesta en práctica.

El análisis del ordenamiento jurídico nos permite reflexionar sobre las previsiones normativas que se han establecido para afrontar este

fenómeno social. Así, hemos visto que si bien las leyes vigentes en Perú respecto a la movilidad humana en general y, específicamente, sobre la venezolana, parten de la perspectiva de los derechos humanos, parece que la tendencia es a priorizar la seguridad, bajo el marbete de «seguridad nacional u orden público», y no como la propia de las personas.

Por último, no hay que perder de vista que la población puede comenzar a demandar medidas basadas en la seguridad, ya que como afirma Cecile Blouin³⁰, las creencias y actitudes de la población peruana hacia la inmigración responden, actualmente, a una sensación de «invasión», cuando en realidad el Perú es uno de los países de la región con menos inmigración. Además, continúa la investigadora, se aprecia que el mito de «a mayor control y menos facilidades de ingreso, menos migración» sigue vigente, aunque diversos estudios lo desmientan. Lo mismo sucede con la unión entre la migración y el aumento de inseguridad ciudadana, que se trata de una afirmación no sustentada en estadísticas ni estudios serios. Por lo tanto, hay que promover que las políticas públicas y la legislación sean desarrolladas junto a la sociedad civil y no se proyecten desde mitos, ideas preconcebidas o deseos populistas, sino sobre la base de datos estadísticos confiables e investigaciones serias. Y, lo más importante: sin omitir o diferir las obligaciones que los Estados han asumido internacionalmente respecto a la protección de los derechos humanos de las personas migrantes.

³⁰ Cecile Alice J. BLOUIN, «¿Nuevos fenómenos, antiguos discursos? Percepciones hacia los extranjeros en el Perú», en *Boletín del Instituto de Opinión Pública*, núm. 156. Resultados parciales de la Encuesta Mundial de Valores Perú 2018. Creencias y actitudes hacia la inmigración en el Perú, noviembre 2018. Disponible en: <<https://bit.ly/2s4gU4Q>>.

Migración venezolana al Perú

 JOSÉ KOECHLIN*

Sumario¹

I. Introducción. **II.** Cuestiones conceptuales. **III.** Causas de la migración venezolana. **IV.** Venezolanos en el Perú. **V.** Perfil del migrante venezolano. **VI.** Relaciones sociales, inserción y experiencia migratoria. **VII.** Condiciones laborales. **VIII.** Respuesta del Estado: permiso temporal de permanencia (PTP). **IX.** Refugiados. **X.** Conclusiones

Resumen

El presente artículo analiza las razones por las cuales los ciudadanos salen de Venezuela y llegan al Perú. Asimismo, busca comprender el contexto venezolano como una variable que promueve la migración. De igual modo, explora cuáles son los proyectos de la migración venezolana en nuestro país. Describe las características de esta migración, de modo que permita un acercamiento a su comprensión, identifica el posible perfil de esta migración, así como la respuesta del Estado peruano frente a este fenómeno.

Palabras claves

Migraciones, refugio, violencia, Venezuela, crisis.

Abstract

This article analyzes the reasons why citizens leave Venezuela and arrive in Peru. It also seeks to understand the Venezuelan context as a variable that promotes migration. Similarly, explore what are the projects of Venezuelan migration in our country. Describe the characteristics of this migration, so that it allows an approach to its understanding, identifies the possible profile of this migration, as well as the response of the Peruvian State to this phenomenon.

Keywords

Migrations, refuge, violence, Venezuela, crisis.

* Sociólogo e investigador del Instituto de Ética y Desarrollo de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya.

¹ El presente artículo es una versión resumida y actualizada de la investigación *Migración venezolana al Perú: proyectos migratorios y respuesta del Estado*, desarrollada gracias al apoyo de la oficina en Perú de la OIM y publicada el 2018.

I. Introducción

En los últimos cinco años Venezuela ha pasado de ser un país de inmigrantes a uno de migrantes. Una situación inédita en esta nación. Se calcula que, al menos, el 10% de la población venezolana ha emigrado. En este sentido, para el Perú también representa una situación inédita, pues, como uno de los principales destinos de esta población en diáspora, jamás en su historia republicana había recibido tan grande flujo migratorio y en tan poco tiempo. Se calcula que para diciembre de 2018 alrededor de 635 mil venezolanos estarían en el Perú.

Ante esta situación, miles de profesionales emigran para trabajar «de lo que sea», casi siempre en la informalidad. Se calcula que el 70% de los venezolanos en Perú tienen grado universitario o técnico y estarían desempeñándose en actividades económicas por debajo de sus calificaciones. El presente estudio busca analizar las razones de la migración venezolana. El objetivo central es describir las características de esta migración que permita un acercamiento al fenómeno y su comprensión, así como analizar la respuesta del Estado frente a este fenómeno migratorio.

190

II. Cuestiones conceptuales

El fenómeno de las migraciones ha sido abordado desde diversas perspectivas por lo que ha supuesto colocar énfasis en algunas variables más que en otras, dependiendo del enfoque. Lacomba² define migración «como el tránsito de un espacio social, económico, político y/o cultural a otro, con el fin de desarrollar un determinado proyecto y tratar de responder a unas determinadas expectativas personales o de grupo». Así, se trataría de un proyecto en el que intervendrían una serie de condiciones y estímulos previos, como un sentimiento de precariedad, expectativas de cambio y ascenso social, antecedentes migratorios en las familias, redes sociales y recursos mínimos para emigrar.

El enfoque transnacional de las migraciones es aquel que indica que los migrantes, aun estableciéndose en un lugar de destino, mantienen lazos con sus lugares de origen. Estos lazos transnacionales se han ido

² Joan Lacomba, «Teorías y prácticas de la migración. De los modelos explicativos a los relatos y proyectos migratorios», En *Scripta Nova, Revista electrónica de Geografía y ciencias sociales*, V(94). Disponible en: <http://www.ub.edu/geocrit/sn-94-3.htm>

multiplicando y diversificando gracias al desarrollo de las nuevas tecnologías de la comunicación e información, la democratización del transporte, principalmente aéreo, entre otros factores. Esta relación con la sociedad de origen sería fundamental para la organización de las vidas de los migrantes, sus familias y organizaciones.

En este sentido, la perspectiva transnacional supera las teorías que daban cuenta, únicamente, de los factores económicos como causa de la migración, así como de afirmaciones que implicaban que el migrante rompía con la sociedad de origen y del nacionalismo como unidad metodológica. Dadas las características del flujo migratorio en estudio, el enfoque teórico que utilizaremos será el «transnacionalismo».

III. Causas de la migración venezolana

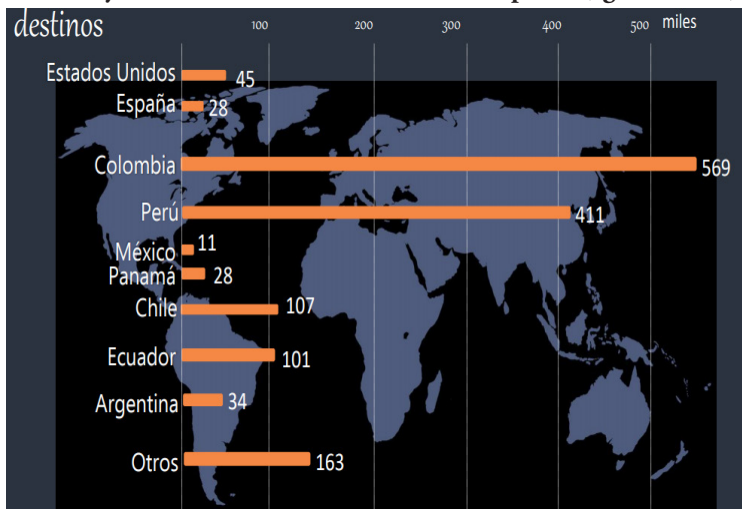
Venezuela, durante el siglo XX, se caracterizó por ser un país receptor de inmigrantes. Durante las décadas de los 60 y 80 se volvió punto de destino de la migración latinoamericana. Hasta Venezuela llegaron ciudadanos huyendo de las guerras civiles de Centroamérica, de los conflictos armados, de las dictaduras y de las crisis económicas en Sudamérica.

En los tres últimos lustros se presenta un drástico cambio de patrón migratorio venezolano, motivado por factores como la crisis económica; la violencia social y política, y el desmantelamiento de las instituciones que deben garantizar la institucionalidad y los derechos humanos. En este sentido, Venezuela asiste a un éxodo sin precedentes, desconocido y absolutamente novedoso, en cantidad y en su composición. Según cifras extraoficiales, para el 2018 más de 3 millones de venezolanos habían emigrado, lo que representa el 10% de la población venezolana desde que se instauró el régimen bolivariano³.

³ «¿Cuántos venezolanos se han ido desde que Maduro es presidente?» Disponible en: <https://elcomercio.pe/mundo/venezuela/venezuela-migracion-nicolas-maduro-presidente-noticia-578917>.

Figura 1

Destino y número de venezolanos en diversos países (agosto, 2018)



Fuente: ver pie de página.⁴

192

Al revisarse el patrón migratorio venezolano desde inicios del siglo XXI, varios estudios refieren que se puede clasificar dicha migración en cuatro tiempos u «olas migratorias» muy vinculadas al actual contexto político y económico, como se indica a continuación (ver figura 2 *infra*).

Estas cuatro olas migratorias guardan relación directa con las condiciones y acciones del régimen bolivariano. La primera y segunda oleada corresponden a una migración de profesionales calificados y empresarios cuyo destino fue Norteamérica y Europa, que aprovecharon sus recursos económicos y, en muchos casos, la doble nacionalidad. En las siguientes oleadas, el perfil del migrante se relaciona con sectores medios y sectores empobrecidos, cuyo destino fue Sudamérica; para ello aprovecharon la cercanía geográfica y los lazos familiares de los que inmigraron a Venezuela en el siglo XX.

⁴ Encuesta Nacional De Condiciones De Vida 2018. Disponible en: <http://elucabista.com/wp-content/uploads/2018/11/RESULTADOS-PRELIMINARES-ENCOVI-2018-30-nov.pdf>

Figura 2
Olas de emigración venezolana – Siglo XXI

Año	Contexto	Perfil de emigrante
Primera ola (2002)	- Huelga del sindicato de PDVSA. - Despidos masivos de entre 17 000 y 22 000 trabajadores. - Golpe de Estado en abril.	- Clase alta y media alta. - Tecnócratas y funcionarios
Segunda ola (2007)	- Referéndum por la reelección indefinida. - Frecuentes expropiaciones de tierras y de empresas privadas en sectores claves de la producción nacional. - Estatización de ciertos canales de televisión contrarios al régimen. - Inseguridad jurídica a la propiedad privada.	- Fuga de capitales. - Emigración de empresarios de grandes y medianas empresas nacionales para relocalizar sus negocios y capitales en Estados Unidos o Europa.
Tercera ola (2013)	- Fallecimiento del presidente Hugo Chávez. - Elecciones. Nicolás Maduro presidente de Venezuela. - Empeoramiento económico: inflación creciente y devaluación de la moneda nacional.	- Emigración de clase media profesional técnica y/o universitaria.
Cuarta ola (2015)	- Desabastecimiento de alimentos y enseres. - Inestabilidad política: persecución política a opositores y a ciudadanos no simpatizantes del régimen. - Violencia e inseguridad social y jurídica - Degradación de las garantías constitucionales.	- Clases medias bajas en busca de trabajo e ingresos para la sobrevivencia.

Fuente: Pérez de Armas, Javier. «República Bolivariana de Venezuela: conversatorio sobre la migración venezolana», 2017.
Elaboración: propia.

Recientemente se habla de una quinta ola migratoria que estaría conformada por sectores que vivían de los programas asistenciales del gobierno y que debido a la profunda crisis alimentaria se habrían visto obligados a partir.

Entre las razones que manifiestan los migrantes venezolanos para salir de su país se tiene tres. La primera y segunda se relaciona con los temas económicos y de seguridad. La tercera causa, menos mencionada, tiene que ver con la situación política venezolana. A continuación, se explican las dos primeras causas y las implicancias que tienen para los migrantes.

1) Causas económicas

Venezuela cerró el 2018 con una inflación acumulada de 1.7 millones por ciento. Como puede colegirse, con este índice de inflación no hay salario ni aumento de salario que pueda resistir esta crisis. El 94% de los venezolanos indica que sus ingresos no les alcanzan para cubrir sus costos de vida (Encuesta Nacional de Condiciones de Vida 2018)⁵.

194

Diversas publicaciones han descrito la precariedad económica y la escasez de alimentación que atraviesan los venezolanos

Allá tenía que hacer cola a las cuatro de la mañana para conseguir alimentos al mediodía. Ahora, mi familia me cuenta que hace la misma cola y no recibe nada. El gobierno les entrega una vez al mes una caja con un kilo de arroz y un kilo de pasta (fideos) y quieren que sobrevivan con eso y los quince dólares mensuales que es el sueldo». «Allá no le creen cuando les cuentas que con veinticinco arepas vendidas aquí se pueden hacer cuarenta dólares al día, no sin esfuerzo.⁶

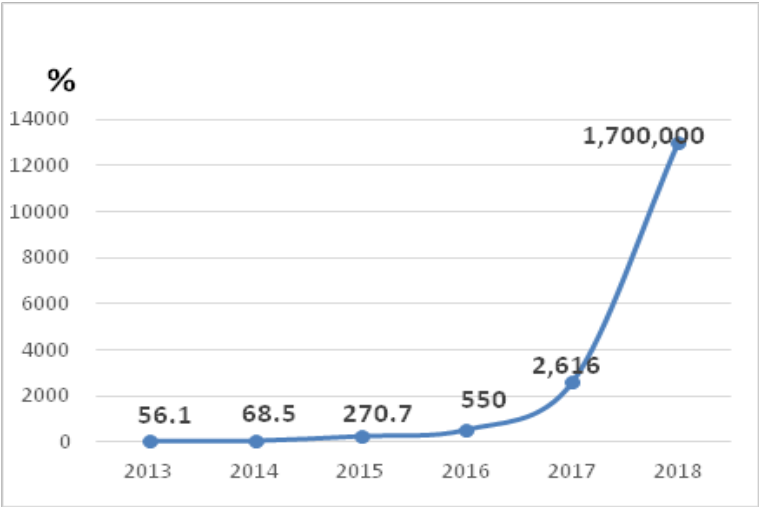
Por otra parte, en opinión de la nutricionista y experta en seguridad alimentaria Susana Raffalli⁷, el índice de desnutrición en niños menores de cinco años se situó por encima del 60% para julio de 2018, mientras que la desnutrición aguda grave alcanzó el 12,7%.

⁵ *Ibíd.*

⁶ GARCÍA. (2017). «Por estas calles». Revista *Somos*, XXX (1585), 32-36.

⁸ «El índice de desnutrición infantil llegó a 60% en julio» Disponible en: <http://www.el-nacional.com/noticias/crisis-humanitaria/indice-desnutricion-infantil-llego-julio>

Figura 3
Índice de la inflación en Venezuela



Elaboración: propia.

Fuente: ver pie de página.⁸

Una experta de Cáritas Venezuela ha calificado esta situación como una «crisis de desnutrición aguda y severa» y que ya no es posible revertirla solo con recursos públicos, sino que es necesaria la intervención de la cooperación internacional. En términos estadísticos, la misma fuente de Cáritas precisa que el índice de desnutrición «hasta 5% es aceptable, de 5% a 10% es alarma, entre 10% y 15% es crisis y ya cuando llegas a 30% es un

⁷ El Banco Central de Venezuela oficializa una inflación anual del 56%. Disponible en: https://elpais.com/internacional/2013/12/30/actualidad/1388436278_464737.html

Inflación acumulada del año 2014 cerró en 68,5%. Disponible en: <http://www.finanzasdigital.com/2015/02/bcv-inflacion-acumulada-del-ano-2014-cerro-685/>

Inflación de 2015 cerró en 270,7%. Disponible en: http://www.el-nacional.com/noticias/economia/inflacion-2015-cerro-2707_18139#

La inflación de 2016 en Venezuela fue del 550%. Disponible en: [https://www.infobae.com/america/venezuela/2017/](https://www.infobae.com/america/venezuela/2017/.). Disponible en: 02/23/la-inflacion-de-2016-en-venezuela-fue-del-550-por-ciento/

Venezuela cerró el 2017 con una inflación de 2616% pero para Nicolás Maduro no hay crisis. Disponible en:

<https://www.lanacion.com.ar/2099017-venezuela-inflacion-nicolas-maduro-crisis-precios>

FMI estima que la inflación en Venezuela subirá a 13,000% en el 2018. Disponible en: <https://gestion.pe/economia/fmi-estima-inflacion-venezuela-subira-13-000-2018-225798>

desastre y en términos alimentarios se llama hambruna».⁹

El índice de escasez de productos de la canasta básica alimentaria es del 40% y el de las medicinas del 60%. Se estima que unos 4 mil venezolanos cruzan la frontera hacia Colombia para recibir el único plato de comida que probarán en el día¹⁰.

El salario mínimo en enero del 2019 pasó de 5,22 dólares a 20,9 dólares, de acuerdo con la tasa oficial de cambio. Son casi 4 millones de trabajadores en extrema pobreza que perciben este salario. Según las Naciones Unidas, el umbral de miseria está fijado en 1,20 dólares de ingresos diarios¹¹. Como se ha mostrado líneas arriba, con el nivel de inflación que tiene Venezuela, ese ingreso no alcanza para mantener una familia.

Al respecto, la figura 4 que se muestra más adelante permite apreciar comparativamente el salario mínimo en Latinoamérica, y demuestra la álgida situación por la que pasa Venezuela.

196

Diversos testimonios alertan sobre la incidencia que tienen estas cifras en la realidad de quienes tienen infantes recién nacidos. Otros refieren que trabajaban para conseguir comida, primero, y segundo –si quedaba– para medicinas; sin embargo, enfatizan que no siempre alcanzaba para comprar comida. Así, a la escasez de alimentos se suma la desnutrición.

En este sentido, podemos afirmar que el perfil del migrante venezolano en el Perú se caracteriza, principalmente, por necesidades económicas, mejorar su calidad de vida a través del trabajo y satisfacer condiciones de supervivencia como alimentación y salud acá y para sus familiares en Venezuela. Con la actividad laboral que desempeñan en Perú, la mayoría de los entrevistados afirma que envían remesas a familiares que dejaron en Venezuela. Se calcula que en el 2018 ingresó a Venezuela 2300

⁹ Disponible en: <http://hondudiario.com/2017/12/18/caritas-registro-114-de-desnutricion-infantil-en-venezuela/>

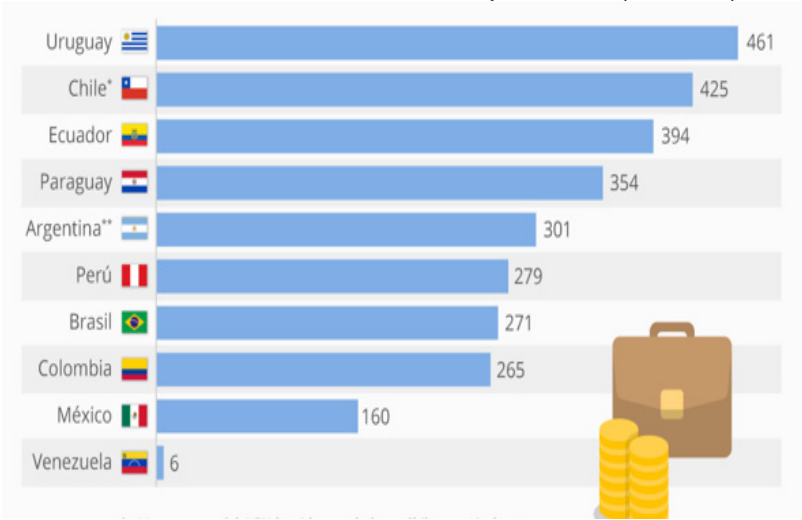
¹⁰ Más de 4 mil venezolanos cruzan a diario la frontera para almorzar en Colombia. Disponible en: <https://www.laprensagrafica.com/internacional/Mas-de-4000-venezolanos-cruzan-a-diario-la-frontera-para-almorzar-en-Colombia--FOTOS-20190208-0191.html>

¹¹ Salario mínimo en Venezuela: ¿qué se puede comprar con 18 mil bolívares (US\$ 20,9)? Disponible en: <https://elcomercio.pe/mundo/venezuela/salario-minimo-venezuela-comprar-18000-bolivares-pais-nicolas-maduro-nnda-nmlt-noticia-597693>

millones de dólares por concepto de remesas¹².

Pero las carencias y crisis no solo se presentan en cuanto a la falta de alimentos y medicinas, sino también en la falta de electricidad en casi todo el país, así como en la informalidad laboral y el desempleo que llega a la mitad de la PEA. A ello, se suma la quiebra de industrias y empresas debido a la asfixiante legislación y control estatal, lo que ocasiona que alrededor del 70% de la dieta venezolana se importe.

Figura 4
Salarios mínimos en Latinoamérica, en dólares (año 2019)



Fuente: ver pie de página.¹³

2) La inseguridad ciudadana

Venezuela se ha convertido en los recientes años en uno de los países más violentos del mundo debido a su alta tasa de homicidios. Los estudios revelan que la criminalidad venezolana cobra víctimas en todos los estratos sociales sin importar las edades, siendo los habitantes de los barrios más pobres los que constituyen el grueso de las cifras. En consonancia con estos datos, la Organización de las Naciones Unidas (ONU), indica que desde

¹³ Videoconferencia: «Venezuela: la crisis y sus salidas» con el P. Francisco José Virtuoso Arrieta, S.J., rector de la Universidad Católica Andrés Bello, el 7 de febrero de 2019.

¹² Los salarios mínimos en América Latina para 2019. Disponible en: <https://es.statista.com/grafico/16576/ajuste-de-los-salarios-minimos-en-latinoamerica/>

hace dos años Venezuela ocupa el segundo lugar entre los países con más homicidios en el mundo¹⁴. Así, la inseguridad ciudadana venezolana es una variable que ayuda a explicar la migración.

El grado de violencia fue de tal magnitud que las cifras de muertos se elevaban cada año puesto que el régimen chavista minimizó los problemas a un asunto de percepción, y negó la magnitud de estos con relación a los asaltos, agresiones, homicidios, secuestros *express* y secuestros largos, pandillaje y la impunidad de los delitos. Ante esta situación, los «delitos de hambre» o «delincuencia amateur», es decir, personas que sin tener antecedentes delictivos robaban por hambre o por falta de alimentos, aumentaron.

Se estima que en Venezuela hay más de 10 millones de armas en las calles¹⁵. La cifra de homicidios entre 1999 y 2013 osciló en alrededor de 200 mil. Se excluye de esta cifra las muertes por enfrentamientos entre pandillas. Esta situación se puede ilustrar con los siguientes datos (ver figura 5, *infra*).

198

Esta aparente disminución de las muertes violentas según el Observatorio Venezolano de Violencia se explicaría por la migración, pues los delincuentes también habrían migrado por una supuesta política gubernamental que consistía en «exterminar» la delincuencia de manera violenta y extrajudicial¹⁶. Asimismo, a través de su retórica, el Estado desata esta situación de violencia e impunidad, que promueve un ambiente hostil al adjetivar a cualquier disidente como oligarca o imperialista, indicando además, que «quien no esté con el régimen puede irse.»

Otras cifras nos muestran a una Venezuela como el octavo país con más secuestros a nivel mundial; uno de los 20 países con más tránsito ilegal de drogas dentro de su territorio, el segundo país con más homicidios de América, y uno de los países sin conflicto bélico más violento del mundo¹⁷.

¹⁴ Informe global de Homicidios 2013 de la Organización de Naciones Unidas. En: http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/04/140408_onu_informe_homicidios_mundo_jgc

¹⁵ <https://observatoriodeviolencia.org.ve>

¹⁶ Venezuela registra 23 047 muertes violentas durante 2018, según ONG. En: <https://www.lavanguardia.com/internacional/20181227/453784784394/venezuela-registra-23047-muertes-violentas-durante-2018-segun-ong.html>

¹⁷ En: <http://quintodia.net/las-cifras-del-delito/>

Figura 5
Muertes violentas en Venezuela: 2013-2018

Año	Víctimas	Tasa (Por cada 100 000 hab.)
2013	24 763	79
2014	24 980	82
2015	27 857	90
2016	28 479	91,8
2017	26 616	89
2018	23 047	81,4

Elaboración: propia.
Fuente: Observatorio Venezolano de Violencia.

Estos datos nos indican que Venezuela está atenazada por la violencia e inseguridad y, junto a la crisis económica y alimentaria, es una de las causas más poderosas que originan su actual diáspora. Se reconoce que aun cuando el régimen no continúe, el problema de la inseguridad ciudadana como daño a la cohesión social tardará mucho tiempo en resolverse.

199

Los migrantes, entonces, huyen de una situación económica precaria y una violencia e inseguridad incontrolables.

Finalmente, el gobierno bolivariano ha minimizado sistemáticamente las razones y el número de la migración denominándola «robo de talentos», puesto que ha estigmatizado a los migrantes como traidores a la revolución y ha entorpecido deliberadamente las gestiones para obtener documentación personal y profesional en Venezuela, lo mismo que en sus diferentes consulados y embajadas.

IV. Venezolanos en Perú

La migración venezolana representa un caso inédito y novedoso para el Perú. Esta situación, evidentemente, ha traído problemas no solo al Estado peruano en su capacidad de dar una respuesta pronta y eficiente a la coyuntura, sino a la sociedad e instituciones peruanas en general.

Actualmente, no se cuenta con una data exacta que indique cuántos venezolanos están en Perú, en qué regiones, cuántos continúan su viaje a terceros países, en qué se desempeñan laboralmente, cuál es su impacto en el mercado laboral o cuántos solicitan el permiso temporal de permanencia (PTP) y refugio simultáneamente.

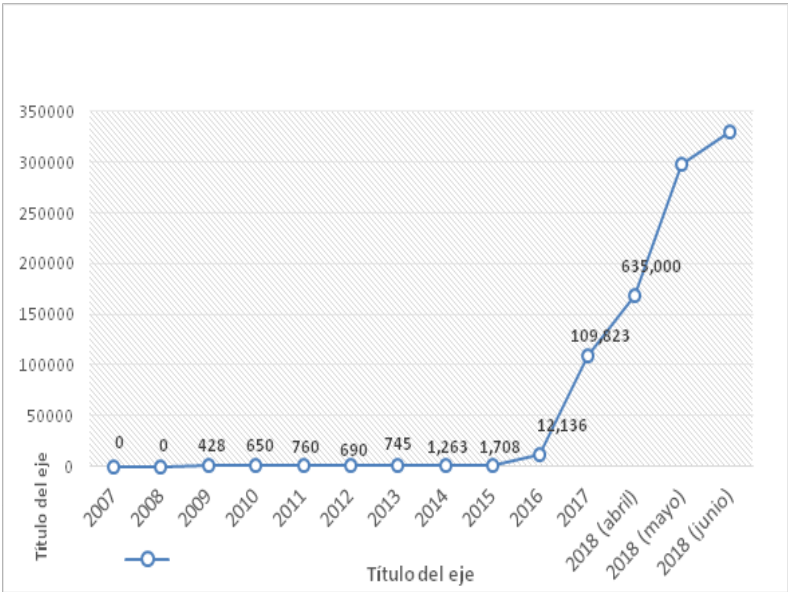
Es a partir del año 2013 cuando se inició un ingreso sostenido de venezolanos y desde el año 2016 ya se puede notar un crecimiento acelerado. De acuerdo con los datos disponibles, se advierte una tendencia creciente en la migración. (ver figura 6, *infra*).

De acuerdo con las estadísticas, se puede observar el espectacular incremento del número de migrantes venezolanos. Este crecimiento coloca al Perú como el segundo país en Latinoamérica con una mayor cifra de migrantes venezolanos, solo detrás de Colombia. Frente a esta situación, el Estado peruano respondió otorgando el Permiso Temporal de Permanencia (PTP) y reconociendo, a muy pocos migrantes, el estatus de refugiado. Sin embargo, con el crecimiento de la migración venezolana se ha comenzado a especular sobre diversas posibilidades para «frenar» el ingreso de ciudadanos venezolanos. De este modo, han aparecido opiniones que recomiendan solicitar visas para ingresar al país o, junto a otros estados latinoamericanos, diseñar una política de «cuotas» de ingresos.

En agosto de 2018 se estableció la obligatoriedad de portar pasaporte a los ciudadanos venezolanos que deseen ingresar al territorio peruano, aunque en casos de vulnerabilidad grave se permite el ingreso con cédula de identidad o partida de nacimiento.

Estas medidas entrarían en contradicción con las sugerencias de organismos de las Naciones Unidas como la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur), que sugieren reconocer que en Venezuela existe un contexto de crisis humanitaria y, por tanto, invocan a los países de la región otorgar mayores facilidades de ingreso a ciudadanos venezolanos.

Figura 6
Emigración venezolana al Perú, 2007-2018



Fuente: Superintendencia de Migraciones del Perú, Diario *El Comercio*.¹⁸

Voces académicas y estudiosos del tema indican que sería contraproducente colocar barreras burocráticas para el ingreso, pues la experiencia indica que esto no reduce ni impide la migración y colocaría en situación de vulnerabilidad a los migrantes.

V. Perfil del migrante venezolano

La población migrante llega al Perú para dedicarse exclusivamente a laborar; no se han registrado casos de migrantes cuyo objeto de viaje sea seguir estudios. La tendencia a dedicarse a trabajar se debe a la necesidad de mantenerse y mantener a su familia que permanece en Venezuela; esta situación convierte a los migrantes, muchas veces, en víctima de estafas,

¹⁸ Según Migraciones, el número de venezolanos en el Perú se eleva a 300 mil. En: <https://elcomercio.pe/amp/peru/migraciones-numero-venezolanos-peru-eleva-330-mil-noticia-526089>

explotación laboral, e incluso se han registrado casos de personas que laboran durante 12 horas sin el pago de horas extras.

Al momento de investigar sobre los lugares posibles para migrar, el Perú aparece como un país atractivo por el menor costo de vida –en comparación con otros países– o muchos migrantes se quedan sin recursos en el camino, por lo que deciden quedarse en el país. También ha podido advertirse que el PTP se ha convertido en motivo de atracción para migrar, ya que genera beneficios para la regularización y la posibilidad de laborar. De acuerdo con la OIM, las razones por las cuales los migrantes eligen el Perú son razones económicas, oportunidades laborales, facilidad de trámites y reunificación familiar¹⁹.

VI. Relaciones sociales, inserción y experiencia migratoria

La experiencia migratoria considera aspectos como la manera en que los peruanos se relacionan con los migrantes, pero también la forma cómo los migrantes se relacionan entre sí. Dentro del primer aspecto, ha sido posible encontrar que la población venezolana se encuentra sumamente agradecida por los beneficios que les han sido otorgados, así como por la acogida que han tenido por parte de los peruanos.

202

Asimismo, es común encontrar relaciones muy cercanas de ayuda mutua entre venezolanos, personas que tienen menores recursos se asocian con otros venezolanos para vivir juntos en espacios pequeños y con varios acompañantes o impulsar pequeños emprendimientos. Los migrantes se autoimponen privaciones porque necesitan ahorrar para enviar dinero a sus familias y vivir. En ese sentido, los migrantes se asocian con sus connacionales para apoyarse mutuamente y crean lazos a pesar de no haber tenido ningún tipo de relación en Venezuela. Así pues, a falta de tener familia en Perú, construyen lazos de empatía y familiaridad con sus compatriotas, quienes pasan por las mismas situaciones que ellos.

El Perú es uno de los pocos países en Sudamérica con migración venezolana donde se ha creado una organización no gubernamental para venezolanos y coordina acciones en favor de ellos. «Unión venezolana

¹⁹ Monitoreo de flujos de población migrante venezolana al Perú. DTM, OIM. 2017.

en Perú» es un espacio que permite la integración de venezolanos a nivel laboral y colectivo; los medios que utiliza para la comunicación son las redes sociales como Facebook, Youtube e Instagram, a través de las cuales se brinda información y organiza eventos como ferias informativas sobre migración y refugio, ayudándolos con la elaboración de solicitudes de refugio. Asimismo, fomenta encuentros para profesionales; además, intenta ser nexo entre la población venezolana con el Estado peruano, e impulsa iniciativas para el reconocimiento de títulos y grados, entre otros.

Dentro de esta migración, las redes sociales juegan un rol fundamental. En muchos casos, el primer contacto es a través de familiares, amigos venezolanos o un conocido peruano que radica con anterioridad en el país; este sirve de nexo para brindar información sobre el viaje, las rutas y las posibilidades laborales en Perú. Es posible encontrar videos en plataformas de Youtube, Instagram y Facebook donde migrantes narran sus experiencias de viaje, los beneficios de estar en Perú y describen su vida diaria; ello permite al venezolano que aún no migra, conocer las posibilidades de lugares de destino.

VII. Condiciones laborales

En cuanto a las actividades laborales, los migrantes venezolanos vienen autoempleándose a través de trabajos informales impulsados por ellos mismos en la venta de diversos productos, generan pequeñas empresas formales, trabajan [pocos] en su profesión, o desarrollan actividades diferentes a la que estudiaron. Las razones para no poder dedicarse a su profesión son el alto costo de la revalidación del título profesional, el cual es imposible de pagar con los salarios que perciben, así como lo difícil que resulta hacer trámites desde Lima sin contar con el apoyo de una embajada o consulado en Perú.

Los lugares donde frecuentemente encuentran trabajo son en restaurantes, en tiendas, en ventas, entre otros. Sin embargo, son estos lugares el principal espacio donde son objeto de engaños y estafas. Asimismo, han empezado a surgir pequeños negocios independientes de venezolanos: panaderías, peluquerías y restaurantes de comida venezolana en diferentes distritos de la capital; esta modalidad ha permitido ofrecer empleo a otros compatriotas, generando redes de contacto y apoyo.

Los migrantes venezolanos señalan que han sido objeto de discriminación dentro del campo laboral, por parte de peruanos, producto de que se asume que los migrantes disminuyen las oportunidades laborales de los peruanos al aceptar salarios por debajo del mínimo y largas jornadas de trabajo. En octubre de 2018, según información del Ministerio de Trabajo, había 21 mil 277 venezolanos con contrato formal desempeñándose en diversas actividades económicas y empresas.

Es importante señalar que el mercado laboral peruano carece de alta formalidad laboral. Según un informe del BBVA Research, publicado en el 2017, la tasa de informalidad continúa siendo elevada, bordeando el 71%. Esto significa que más de 7,5 millones de personas laboran en condiciones informales en nuestro país. Este hecho también impacta directamente a los migrantes, quienes tienen menores posibilidades de acceder a trabajos formales por dos motivos: primero, el alto costo de la revalidación de títulos universitarios, el cual les impide desarrollar su profesión en el país; segundo, la necesidad de tener un trabajo de manera urgente que les permita sobrevivir y enviar remesas a su familia en Venezuela.

204

Frente a la situación del mercado laboral en el Perú, caracterizada por una alta informalidad y con variados casos de explotación, es comprensible encontrar una tendencia al autoempleo por parte de los migrantes.

VIII. Respuesta del Estado

1) Permiso Temporal de Permanencia (PTP)

En enero de 2017 entró en vigencia el Permiso Temporal de Permanencia (PTP) orientado a regularizar exclusivamente la estadia de migrantes venezolanos. El Gobierno del Perú, mediante el Decreto Supremo N° 001-2017-IN, implementó en su primera etapa un PTP para las personas extranjeras madres o padres de hijos/as peruanos/as menores de edad o con discapacidad permanente (DS N° 001-2017-IN), para que durante el plazo de 120 días hábiles presentasen su solicitud ante la Superintendencia Nacional de Migraciones. En la misma fecha se promulgó el D.S. N° 002-2017-IN, con lo cual se extendió este permiso a migrantes venezolanos que hubiesen ingresado legalmente al país hasta esa fecha.

Mediante el D.S. N° 023-2017-IN se implementó una segunda etapa del PTP el 29 de julio de 2017, y el Estado amplió este beneficio a los migrantes venezolanos que ingresaron legalmente al país hasta el 31 de julio. Este decreto supremo tuvo por objeto establecer el procedimiento para otorgar el PTP por un año a las personas de nacionalidad venezolana que ingresaron de manera regular al territorio nacional.

Ante la continua llegada de migrantes más allá de la fecha de cierre del segundo PTP, muchos ciudadanos, para no caer en una situación de irregularidad, acudían a la oficina de la Comisión Especial de Refugiados. De acuerdo con informaciones de dicha comisión, se llegaban a atender hasta 800 solicitudes por día. En esta coyuntura se promulgó el D.S. N° 001-2018-IN, en el que se aprobaron los nuevos lineamientos para el otorgamiento de este permiso por un año a las personas que hayan ingresado hasta el 31 de diciembre de 2018. A diferencia de los dos primeros PTP que regularizaban «hacia atrás», este nuevo PTP tiene la virtud de regularizar «hacia adelante». Según la norma, el PTP se podrá solicitar hasta el 30 de junio del 2019; sin embargo, debido a varios eventos asociados a la delincuencia donde estaban comprometidos ciudadanos venezolanos y al alto número de migrantes que no habían iniciado los trámites del PTP, se decidió otorgar el PTP solo a aquellos ciudadanos que hubiesen ingresado hasta el 31 de octubre de 2018. Se calcula que desde esa fecha hasta el 3 de diciembre de 2018 han ingresado 77 mil migrantes venezolanos. La norma indica que aquellos ciudadanos que ingresen luego del 31 de octubre deberán tramitar una calidad migratoria especial mostrando un contrato de trabajo.

El PTP es un documento emitido por la Superintendencia Nacional de Migraciones que permite acreditar la situación migratoria regular de los ciudadanos venezolanos por el plazo de un año y desarrollar actividades en el marco de la legislación peruana. Este permiso permite a los beneficiarios obtener un empleo formal y un número de Registro Único de Contribuyentes (RUC) para pagar los impuestos correspondientes, así como acceder a servicios de educación, salud, servicios bancarios, entre otros, a los que no tenían acceso debido a su condición de turistas o situación migratoria irregular.

Cabe destacar que a diciembre de 2018 habían ingresado al Perú 635 mil ciudadanos venezolanos, de los cuales 558 mil lo habían hecho hasta el 31 de octubre. De esta última cantidad, 395 mil solicitaron PTP. Al 31 de diciembre se habían otorgado 156 mil PTP, y habían iniciado el trámite 217 mil venezolanos.

La implementación del PTP ha traído algunas dificultades a nivel de coordinación entre instituciones del Estado. Así, por ejemplo, el carné de PTP no es reconocido como válido por los sistemas de salud (EsSalud y Sistema Integral de Salud – SIS). En el sector privado, algunos bancos exigen el carné de extranjería para abrir una cuenta bancaria.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha expresado que esta medida humanitaria del gobierno peruano constituye un ejemplo para la región, por ser la primera medida adoptada por un país para proteger y asegurar los derechos de los migrantes de nacionalidad venezolana.

206

Es importante señalar que el PTP no otorga calidad ni estatus migratorio. Se trata, sencillamente, de un permiso que le permite al migrante tener estadía legal y trabajar en el país por el lapso de un año. Sin embargo, no es reconocido como válido ante varias instituciones públicas y privadas; en este sentido, el migrante venezolano, pese a la regularización de su estatus, queda expuesto a cierta vulnerabilidad en sus derechos.

En efecto, aun cuando la nueva reglamentación de Migraciones permite el uso del PTP como documento de identificación, todavía existe desconocimiento con respecto a las características y consiguientes derechos que otorga este permiso, lo cual ha impedido la accesibilidad de migrantes a servicios públicos. De este modo, se puede inferir que la política adoptada a nivel institucional no tiene un correlato con la forma en que se gestiona en la administración pública y privada.

La entrada en vigencia del PTP ha puesto en evidencia la descoordinación entre las diferentes instituciones del Estado, así como la forma en que se ha gestionado las políticas migratorias, lo que impone preguntarnos: ¿el Estado peruano ha resuelto realmente la situación migratoria venezolana?

IX. Refugiados

La Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, estipula que se reconozca la condición de refugiado a toda persona que

(...) debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad u opinión política, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores o de razones que no sean de mera conveniencia personal, no quiera acogerse a la protección de ese país, o que, por carecer de nacionalidad y estar fuera del país donde antes tenía su residencia habitual, no pueda, a causa de dichos temores o de razones que no sean de mera conveniencia personal, o no quiera regresar a él.

A la luz de este instrumento, la legislación peruana consagra el derecho del refugio mediante la Ley N° 27891, Ley del Refugiado, y reconoce en ella la condición definida en el Estatuto de Refugiados y también reconoce como refugiada a toda persona «que se ha visto obligada a huir de su país de nacionalidad o de residencia habitual por causa de la violación masiva de los derechos humanos, agresión extranjera, conflicto interno, ocupación o dominación extranjera; o en razón de acontecimientos que perturben gravemente el orden público» (Ley N° 27891).

207

De acuerdo con las cifras de la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Especial para los Refugiados, hacia septiembre de 2018 se han presentado 120 mil solicitudes de refugio y el 99% de estas solicitudes corresponden a migrantes venezolanos. Para el 2015 el porcentaje de solicitudes de refugio de venezolanos representaba el 41,83%. Se aprecia un notorio crecimiento respecto a años anteriores. Entre el 2016 y el 2018 el Estado peruano ha reconocido el estatus de refugiado a 400 ciudadanos venezolanos, lo que representa el 0,24% de las solicitudes presentadas.²⁰

Se aprecia un creciente número de solicitantes de refugio de venezolanos y, por otro, una baja aceptación de dichas solicitudes, aunque para el 2018 se ha elevado ligeramente la aceptación. Este escenario se ha configurado así porque los migrantes venezolanos ingresaban al país en calidad de turistas y, al verse en la necesidad de regularizar su situación

²⁰ «El refugio: la última opción para los migrantes venezolanos», En: <https://elcomercio.pe/peru/refugio-ultima-opcion-migrantes-venezolanos-noticia-605902>

migratoria, solicitaban refugio para verse «protegidos» y evitar una posible expulsión. Sin embargo, no todos los que solicitaban refugio reunían las condiciones para ser declarados como tales. En realidad, lo que buscaban era tener una formalidad migratoria para permanecer y trabajar en el Perú. De acuerdo con Patricio Rubio «En realidad, se trata de un típico problema migratorio y no de refugio»²¹. Esta situación también se vio agravada por la decisión del gobierno peruano de exigir pasaporte para ingresar al Perú a partir del 25 de agosto y otorgar PTP solo a aquellos ciudadanos que ingresen hasta el 31 de octubre de 2018.

Optar por el refugio ha ocasionado una sobrecarga en la Comisión Especial para los Refugiados; ello ha producido demoras en el reconocimiento del estatus de refugiado de los solicitantes.

Estas dilaciones favorecían a los migrantes, pues «ganaban tiempo» mientras esperaban una resolución final a la solicitud de refugio. «Mientras los ciudadanos venezolanos se encuentren como solicitantes de refugio en el Perú, no se encuentran desprotegidos; pueden permanecer en el Perú y pueden trabajar, pero no es una solución definitiva para ellos.»²²

208

Así, obtener el estatus de refugiado o sencillamente solicitarlo, ha sido una especie de «salvavidas» para los migrantes venezolanos mientras buscaban acogerse al PTP. Esta situación ha puesto en evidencia el uso indebido de la figura del refugio, así como el desborde institucional del Estado para responder a esta situación. Este desborde y las demoras benefician a quienes buscan «regularizar» su permanencia en el país. En este sentido, se puede inferir que el refugio ha sido utilizado como un medio para huir de una irregularidad migratoria cuyo objetivo básicamente es estar habilitado para trabajar legalmente.

En relación con lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur) han precisado que el uso amplio de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984 permitiría una interpretación favorable para los venezolanos solicitantes de refugio por la situación

²¹ Alrededor del 98% de venezolanos que llegan al Perú no califican como refugiados. En: <https://diariocorreo.pe/peru/venezolanos-en-peru-no-califican-refugiados-798820/>

²² *Ibidem*.

que enfrenta Venezuela: escasez de alimentos, violación de derechos humanos, falta de medicamentos, hiperinflación, violencia e inseguridad y otras circunstancias que han perturbado gravemente a este país²³. En este sentido, exhorta a los países a reconocer la condición de refugiado a los ciudadanos venezolanos con temor fundado de persecución en caso de retorno a Venezuela, o que consideran que su vida, integridad o libertad personal estarían amenazadas²⁴.

La apreciación que se tendría desde el Estado peruano es que, si bien la situación es delicada, no llega al nivel de gravedad que podría presumirse para aplicar lo estipulado por Cartagena; es decir, la situación no ha llegado al nivel necesario para aplicar dicha declaración. Esta sería la razón por la cual un elevado número de solicitudes de refugio presentadas por venezolanos son desestimadas.

X. Conclusiones

La migración venezolana hacia el Perú es un fenómeno nuevo para el Estado y la sociedad. La respuesta del Estado ha sido tardía y poco coordinada. La comunicación entre las diversas instituciones que gestionan las migraciones no ha sido fluida. Los migrantes han solicitado PTP y refugio simultáneamente, lo que ha hecho trabajar «doble» a las instituciones que gestionan las políticas migratorias, ocasionando pérdida de recursos y tiempo y un desborde de las capacidades institucionales.

En su momento, el otorgamiento del PTP se convirtió en un imán que atrajo a la población venezolana que salía de sus países por las razones expuestas. Esta figura, junto con las crecientes redes y comunidades de venezolanos radicados en el Perú, explican el creciente número de inmigrantes; a su vez, este número motiva a más venezolanos a migrar al Perú.

El proyecto migratorio de los venezolanos básicamente se circunscribe a razones económicas y laborales. Insertarse en el mercado laboral es su prioridad para mantenerse y enviar remesas a sus familias.

²³ Resolución 2/18 Migración forzada de personas venezolanas. En: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-2-18-es.pdf>

²⁴ *Ibídem*.

En algunos casos se han creado pequeños emprendimientos dirigidos al consumo de los mismos venezolanos. El PTP los habilita para trabajar, pero no para trabajar profesionalmente, pues para eso se necesitan otras medidas. Así, el mercado laboral en el que se desenvuelven los migrantes venezolanos es el informal o puestos formales que requieren poca o nula especialización, pues no se les reconocen sus grados, títulos y experiencia. En este sentido, una política integral de inclusión debería superar al PTP, de modo que permita al migrante una real inclusión para que se garanticen sus derechos fundamentales y se elimine toda clase de explotación, estafa y discriminación laboral.

No se puede precisar la existencia de xenofobia o discriminación; sin embargo, han comenzado a aparecer eventos que difunden los medios de comunicación y las redes sociales en los que se observa cada vez más cierto rechazo y preocupación por la presencia de migrantes venezolanos, bajo el argumento de que estarían quitando trabajo a los peruanos. En este sentido, es importante diseñar una política pública transversal que sensibilice y luche contra todo tipo de discriminación. Ello posibilitará el libre desarrollo y respeto de los derechos humanos, además de evitar el aislamiento de la población venezolana afincada en Perú, lo que podría generar segregación y guetos urbanos de migrantes.

Migraciones y Constitución Española

 CARMEN PÉREZ GONZÁLEZ*

Sumario

I. Cuestiones introductorias. **II.** El Derecho internacional como marco jurídico aplicable a los movimientos migratorios. **III.** Constitución y Extranjería. 3.1. Los derechos de los extranjeros en España: la regulación legal y la doctrina constitucional. 3.2. Un breve apunte sobre los límites al control de la inmigración irregular. 3.3. El derecho de sufragio de los extranjeros. **IV.** Constitución y extradición. 4.1. Procesos de extradición, recurso de amparo y derechos fundamentales. 4.2. Una breve referencia al asunto *Melloni*. **V.** Constitución y derecho de asilo. **VI.** A modo de conclusión.

Resumen

Adoptada en 1978, la Constitución Española contiene algunos artículos que se refieren a la cuestión migratoria. En particular, el artículo 13.1 prevé que los extranjeros gozarán en España de los derechos garantizados en la Constitución que establezcan los tratados y la ley. Menciona también este artículo a la cuestión de la extradición y a la posibilidad del reconocimiento del derecho de asilo. El propósito de este trabajo es determinar cuál ha sido el alcance de estas disposiciones, teniendo en cuenta tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que la ha desarrollado, como las obligaciones internacionales que incumben a España. Este análisis debe tener presente además, de un lado, que, desde la aprobación del texto constitucional, España ha dejado de ser un país de origen de los migrantes, para convertirse en un país de destino de los mismos. Y, de otro, el profundo impacto que en este ámbito ha tenido el proceso de integración europea.

211

* Profesora titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Carlos III de Madrid. Entre 2004 y 2008, fue asesora para asuntos internacionales en la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración del Gobierno de España.

Palabras clave

Migraciones, constitución, jurisprudencia constitucional, no discriminación, derechos humanos, proceso de integración europea.

Abstract

The Spanish Constitution was adopted in 1978. It contains some articles related to migration issues. According to article 13.1, aliens shall enjoy the rights guaranteed by the Constitution under the terms to be laid down by treaties and the Spanish law. Article 13 refers also to the question of extradition and to the possibility of seeking asylum in Spain. This work aims to determine the scope of these provisions, taking into account both the Constitutional Court's case law adopted to implement it, and the international obligations assumed by the State. Besides that, the analysis should consider, on the one side, that since the adoption of the Constitution, Spain is not a country of origin of migrants any more, but a country of destination. And, on the other side, the deep impact of the European integration process on migration Spanish law and policy.

Keywords

Migration, constitution, constitutional case-law, non-discrimination, human rights, European integration process.

I. Cuestiones introductorias

Tres de las disposiciones de la Constitución Española (en adelante, CE), aprobada en 1978¹, hacen referencia a la cuestión migratoria. En primer lugar, debe citarse el artículo 149.2, que establece que el Estado tiene competencia exclusiva en materia de nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo. En segundo lugar, el artículo 42 incide en la cuestión emigratoria al disponer que el Estado deberá velar especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientar su política hacia su retorno². Por último, el artículo 13 regula diferentes aspectos

¹ Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

² Debe tenerse en cuenta que España era todavía en ese momento un país de emigración. La guerra civil y la posterior represión franquista provocaron un éxodo, principalmente hacia países europeos y latinoamericanos, motivado por razones políticas y económicas. Sobre la

relativos al disfrute en España de determinados derechos por partes de los extranjeros: el que se refiere al estatuto jurídico del que gozarán en España, que deberá regularse por ley, el del derecho de sufragio, el que se refiere a la extradición y, por último, el que tiene que ver con la regulación, también por ley, del derecho de asilo.

Sobre estos mimbres constitucionales se ha construido en España el Derecho migratorio, que entendemos aquí en sentido amplio. Esto es, como el conjunto de normas que regula todos los movimientos migratorios que se dan a través de las fronteras, ya sea por razones económicas o políticas, regular o irregularmente. El objeto de este trabajo es analizar sus principales resultados, centrándonos para ello en el examen del régimen de extranjería, extradición y asilo. Antes de abordar cada una de estas cuestiones de modo separado, haremos una referencia al marco jurídico internacional al que debe ajustarse aquella regulación interna. Un marco que no puede perder de vista que las instituciones de la Unión Europea (en adelante, UE) llevan décadas trabajando en el diseño de una política común de migración y asilo. El trabajo terminará con algunas conclusiones.

II. El Derecho internacional como marco jurídico aplicable a los movimientos migratorios

No es posible reflexionar sobre la regulación de los movimientos migratorios en España sin referirnos al contexto internacional en el que dicha regulación debe encajar. En particular, si algo tienen en común las diferentes cuestiones migratorias a las que se refiere la CE es la creciente influencia que en la misma ha tenido, de un lado, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y, de otro, el proceso de integración europea.

En realidad, la gestión eficaz de los movimientos migratorios a través de las fronteras constituye una preocupación para la mayoría de los Estados de la comunidad internacional y, por esa razón, está presente en sus agendas políticas y en la de un buen número de organizaciones internacionales desde

emigración española Vid., Juan B. VILAR, *La España del exilio: las emigraciones políticas españolas en los siglos XIX y XX*, 2ª ed., Madrid, Síntesis, 2012.

hace algunas décadas³. Desde un punto de visto jurídico, sin embargo, creo que debemos comenzar con una puntualización. El Derecho internacional ha asumido la diferencia entre migraciones voluntarias y forzosas, y solo ha avanzado verdaderamente en el diseño de un conjunto de obligaciones en relación con las segundas: las que se establecen respecto de las personas necesitadas de protección internacional (refugiados y personas o grupos que huyen de la violencia que genera un conflicto armado o de una situación de violación indiscriminada de derechos humanos). Respecto de las migraciones económicas, que se entienden voluntarias, puede afirmarse que, en el estado actual del Derecho internacional, la decisión relativa a las condiciones que los extranjeros deberán cumplir para poder entrar y permanecer en el territorio de un Estado o, en su caso, salir de él, sigue correspondiendo en lo fundamental a los ordenamientos jurídicos internos. Parece haber un consenso en torno a la idea de que estamos ante una facultad que los Estados consideran integrante del núcleo duro de competencias soberanas. No se habría positivizado aún, por tanto, un derecho a elegir como país de residencia un país distinto del país de nacionalidad, al margen de lo que establezcan al respecto los derechos internos.

A pesar de ello, la necesidad de gestionar en común un fenómeno que tiene por definición elementos transnacionales y que exigiría por ello la concertación de voluntades respecto de los objetivos a perseguir y de las vías, políticas y jurídicas, para lograrlos, ha impulsado a los Estados a buscar fórmulas de cooperación internacional. De este modo, el Derecho internacional le ha ido ganando terreno a la tradicional resistencia de los Estados a ceder el ejercicio de aquella competencia soberana.

No debe desdeñarse, en este sentido, el papel que juega el DIDH en este ámbito. Migrantes y refugiados son concebidos por este sector del Derecho internacional como colectivos vulnerables y trata por ello de imponer a los

³ Los últimos resultados que pueden mencionarse son los denominados Pactos Globales, cuyo punto de partida fue la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 19 de septiembre de 2016. Disponible en: <<https://bit.ly/2BNrOQY>>.

El Pacto Global para las Migraciones fue adoptado el 13 de julio de 2018. El Pacto Global para los Refugiados debe ser propuesto por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en su informe anual a la Asamblea General en 2018. Disponible en: <<https://bit.ly/2st08xi>>. La adopción formal de ambos Pactos está prevista para finales de año en una Cumbre internacional que se celebrará en Marrakech.

Estados obligaciones específicas de protección. Así, junto al desarrollo del Derecho internacional de los refugiados, que pivota sobre la Convención de Ginebra⁴, se han ido consolidando paulatinamente estándares de protección de derechos que resultan aplicables a los migrantes, a los refugiados y solicitantes de asilo u otra forma de protección internacional y también a las personas que se encuentran inmersas en procedimientos de extradición. Dos son los elementos que deben destacarse en punto.

En primer lugar, hay que señalar la importancia que ha ganado el principio de no devolución. Se trata de un principio nacido en el ámbito del Derecho internacional de los refugiados⁵, que ha trascendido después dicho ámbito y se concibe hoy como una regla fundamental del DIDH que impide devolver a una persona (refugiado, migrante o individuo cuya extradición se pretende) a un lugar donde su vida o su seguridad corran peligro. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y la doctrina de los órganos de protección de derechos humanos del sistema de Naciones Unidas han contribuido decididamente a su consolidación. Estamos, en el Estado actual del Derecho internacional, ante una obligación contenida en una norma imperativa de Derecho internacional general. No admite, por tanto, pacto en contrario y debe ser respetada en todo caso por los Estados de la comunidad internacional. De dicho principio se deriva, además, la prohibición de que el Estado lleve a cabo expulsiones colectivas de extranjeros que se encuentran en situación administrativa irregular en su territorio⁶.

En segundo lugar, cabe destacar que en estos tres ámbitos –extranjería, asilo y extradición– se han adoptado importantes tratados

⁴ Sobre el estatuto de los refugiados, de 28 de julio de 1951, (BOE núm. 252, de 21 de octubre de 1978).

⁵ La Convención de Ginebra fue precisamente el primer tratado internacional que lo incorporó. Así, el artículo 33.1 establece que «ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligran por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas».

⁶ En una sentencia adoptada el 3 de octubre de 2017, el TEDH condenó a España por la violación del artículo 4 del Protocolo 4 al CEDH (BOE núm. 247, de 13 de octubre de 2009), que prohíbe precisamente dichas expulsiones colectivas, en relación con las denominadas «devoluciones en caliente» practicadas en la valla de Melilla: Cfr. la sentencia dictada en el asunto *N.D. y N.T. c. España*, demandas número 8675/15 8697/15. Disponible en: <<https://bit.ly/2LIHrxD>>.

internacionales que imponen obligaciones de distinto alcance a sus Estados parte. Sin embargo, no hay un tratado internacional específico que regule, en general, el estatuto jurídico de los extranjeros. Deben hacerse al respecto dos precisiones. De un lado, es vertebral en este ámbito el principio de no discriminación. En general, los tratados internacionales de derechos humanos son interpretados de tal modo que los derechos que contienen deban ser garantizados por el Estado parte a todas las personas que están bajo su jurisdicción sin que quepa discriminación por la condición migratoria del individuo. De otro, debe ponerse de manifiesto el hecho de que España, como el resto de los estados miembros de la UE, no haya ratificado la Convención internacional para la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familiares, de 18 de diciembre de 1990⁷.

216

Debe hacerse por último una referencia a la UE, un espacio donde la mencionada necesidad de cooperación se hizo patente en los primeros momentos de la conformación del proceso de integración. Sin embargo, la traslación jurídica de esa necesidad de cooperación a los tratados y al Derecho derivado no fue inmediata y ha sido paulatina. Y ello porque, pese a la homogeneidad aparente de intereses entre Estados que son, sobre todo, países de acogida de migrantes y refugiados, y que, en consecuencia, se enfrentan al fenómeno desde una misma perspectiva, no siempre los miembros de esta organización han sabido anteponer la necesidad de avanzar en este ámbito a la cesión de competencias que dicho avance implicaba.

Una vez constatada la incapacidad de proporcionar, en solitario, respuestas eficaces a cuestiones como la lucha contra la inmigración irregular o el creciente número de peticiones de protección internacional, los Estados de la UE intentan desde hace décadas el diseño y la implementación común de una política de inmigración y asilo⁸. Así, el proceso de integración

⁷ Disponible en: <<https://bit.ly/1J8Fju8>>.

⁸ La bibliografía académica es, en este ámbito, ingente. Sin ánimo de exhaustividad, puede citarse la siguiente: Eliseo AJA FERNÁNDEZ y Laura DIEZ BUESO, (coordinador), *La regulación de la inmigración en Europa*. Barcelona, Fundació la Caixa, 2004; Philippe DE BRUYCKER, «L'émergence d'une politique européenne d'immigration». Bruselas: Bruylant, 2003; Elspeth GUILD, y Paul MINDERHOUD, (eds.), «The First Decade of EU Migration and Asylum Law». La Haya: Nijhoff, 2012; Kay HAILBRONNER, «Immigration and Asylum Law and Policy of the

europea ha venido a condicionar de modo evidente la competencia de los Estados miembros en estos ámbitos. La denominada política común de inmigración y asilo, de naturaleza compartida⁹, ha propiciado que un número creciente de decisiones en estas materias sean adoptadas por las Instituciones de la UE, que han regulado en común el estatuto jurídico de los no nacionales. Así, junto a los desarrollos del denominado Sistema Europeo Común de Asilo (SECA)¹⁰, debemos mencionar, de un lado, los derechos de los nacionales de los Estados miembros de la UE derivados de la libre circulación¹¹ y, de otro, el de algunas categorías de nacionales de terceros Estados¹².

El proceso de integración europea ha tenido también una incidencia importante en los procesos de extradición entre Estados miembros. Desde 2004¹³ la orden de detención europea, un procedimiento judicial

European Union». La Haya: Kluwer Law International, 2000; Fernando MARÍÑO MENÉNDEZ, (dir.), Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio. Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003; José MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *La inmigración y el asilo en la Unión Europea: hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*. Madrid, Colex, 2002; y Carmen PÉREZ GONZÁLEZ, «Política europea de inmigración y asilo», en AAVV, *Las migraciones internacionales, percepción y realidad. Un análisis desde la perspectiva de la seguridad*. Madrid: Ministerio de Defensa, 2017, pp. 67-107.

⁹ Cfr. el artículo 4.2.j) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), Diario Oficial, Serie C, núm. 202, de 7 de junio de 2016.

¹⁰ La información sobre su desarrollo está disponible en: <<https://bit.ly/2EYJlIE>>.

¹¹ Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, Diario Oficial, Serie L, núm. 158, de 30 de abril de 2004.

¹² Entre ellos, los reagrupados por un nacional de un tercer Estados que ya es residente en un Estado miembro (Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, Diario Oficial, Serie L, núm. 251, de 22 de septiembre de 2003), los residentes de larga duración (Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre residentes de larga duración, Diario Oficial, Serie L, núm. 16, de 23 de enero de 2004), los trabajadores altamente cualificados (Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado, Diario Oficial, Serie L, núm. 155 de 18 de junio de 2009), los trabajadores temporeros (Directiva 2014/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros, Diario Oficial, Serie L, núm. 94, de 28 de marzo de 2014), y los investigadores y otras figuras «afines» (Directiva UE 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación *aupair*, Diario Oficial, Serie L, núm. 132 de 2 de mayo de 2016).

¹³ Cfr. la Decisión Marco del Consejo 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002, relativa a la

simplificado que tiene como objeto la entrega a efectos de enjuiciamiento o de ejecución de una pena o de una medida privativa de libertad, se aplica entre ellos.

No podemos dejar de recordar, por último, que la CE fue reformada para hacer posible la ratificación del Tratado de la UE, adoptado en Maastricht en 1992. En efecto, el Tribunal Constitucional confirmó, mediante la Declaración de 1 de julio de 1992¹⁴, que el reconocimiento a los nacionales de los Estados de la UE del derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales era contrario al artículo 13.2 de la Constitución, que solo contemplaba la posibilidad de extender a extranjeros la titularidad del derecho de sufragio activo. Ello hacía imposible, en consecuencia, la ratificación del Tratado, salvo que se procediera a su reforma.

Estamos, en definitiva, ante materias que han experimentado, en virtud del Derecho internacional y europeo, extraordinarios desarrollos desde la aprobación de la CE en 1978. Vamos a ocuparnos a continuación de cada una de ellas por separado.

III. Constitución y extranjería

3.1. Los derechos de los extranjeros en España: la regulación legal y la doctrina constitucional

El artículo 13.1 de la CE se remite, como hemos visto, de un lado, a las obligaciones internacionales convencionalmente asumidas por España y, de otro, al desarrollo legislativo posterior. En lo que hace a este último, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social¹⁵ (en adelante, LOEX).

orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, Diario Oficial, Serie L, núm. 190, de 18 de julio de 2002.

¹⁴ BOE núm. 177, de 24 de julio de 1992.

¹⁵ BOE núm. 10, de 12 de enero del 2000. La ley supuso una revisión profunda de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (BOE núm. 158, de 3 de julio de 1985). La LOEX ha sido reformada en diferentes ocasiones, mediante las Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre (BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 2000), 14/2003, de 20 de noviembre (BOE núm. 279, de 21 de noviembre de 2003) y 2/2009,

El TC ya advirtió en 1985¹⁶ que el mencionado

(...) párrafo 1 del art. 13 de la Constitución no significa que los extranjeros gozarán solo de aquellos derechos y libertades que establezcan los tratados y las leyes (...). Significa, sin embargo, que el disfrute por los extranjeros de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución (...) podrá atemperarse en cuanto a su contenido a lo que determinen los tratados internacionales y la Ley interna española. Pero ni siquiera esta modulación o atemperación es posible en relación con todos los derechos, pues «existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos» (...); así sucede con aquellos derechos fundamentales «que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano» o, dicho de otro modo, con «aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución constituye fundamento del orden político español»¹⁷.

Es doctrina constitucional consolidada, en consecuencia, que resulta necesario distinguir, cuando hablamos de la titularidad de los derechos de los extranjeros, tres categorías de derechos diferentes¹⁸. Sin embargo, debe tenerse en cuenta, como apunta Díaz Crego, que

219

Si bien esta jurisprudencia del TC acota determinados ámbitos de igualdad entre españoles y extranjeros (...) el punto de partida del Alto Tribunal no es otro que la desigualdad jurídica de ambos colectivos; una desigualdad sobre la que el TC construye ciertas excepciones, sin terminar de perfilar por qué la excepción se refiere a un determinado derecho y no a otro.¹⁹

de 11 de diciembre (BOE núm. 299, de 12 de diciembre de 2009).

¹⁶ Tribunal Constitucional de España STC Exp. N° 99/1985, de 30 septiembre (RTC 1985, 99).

¹⁷ *Ibidem*, fundamento Jurídico 2.

¹⁸ Puede verse un estudio detallado de la jurisprudencia constitucional en Itziar GÓMEZ FERNÁNDEZ, *El derecho a tener derechos: definición jurisprudencial del estatuto de la persona extranjera*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2017. Sobre la cuestión del estatuto jurídico de los extranjeros en España *Vid.* también: Herminio LOSADA GONZÁLEZ, «Estatuto legal de los extranjeros», en Alberto PALOMAR OLMEDA, (coordinador), *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, 4ª ed., Tomo I, Cizur Menor: Aranzadi, 2010, pp. 199-272 y María del Camino VIDAL FEITO, *Constitución y extranjería*, Madrid: CEPCC, 2002.

¹⁹ María DÍAZ CREGO, «El derecho a no ser discriminado por razón de la nacionalidad:

La titularidad de los extranjeros de un primer grupo de derechos está excluida por el propio artículo 13, que señala que únicamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales. Se trata de los derechos de participación política y de acceso a funciones y cargo públicos²⁰.

A un segundo grupo se refería la sentencia dictada en el caso *Bowitz*, que acabamos de citar. Se trata de un grupo de derechos indisolublemente unidos, precisamente, a la dignidad del ser humano. Por ello, todos, nacionales, extranjeros en situación regular o irregular y apátridas, serían titulares de los mismos.

Un tercer grupo de derechos lo constituyen «aquellos derechos en los que la ley y los tratados han de configurar su contenido cuando se ejercitan por extranjeros (...) No obstante, en tanto en cuanto los derechos fundamentales son del individuo, la modulación que se puede introducir al ejercicio por extranjeros nunca podrá llegar hasta hacer desaparecer el derecho o hasta desfigurarlos haciéndolos irreconocibles»²¹.

Así las cosas, la LOEX, que parece partir de la igualdad entre extranjeros y nacionales en el disfrute de todos los derechos, concreta en cada caso las particularidades a las que se somete cada uno de ellos cuando se trata de determinar su titularidad por parte de los extranjeros. Esa concreción ha ido variando con el tiempo y en la misma ha tenido un peso importante la jurisprudencia del TC. Una primera reforma de la LOEX, producida transcurridos apenas unos meses desde su entrada en vigor²², introduciría la condición de residencia legal para el ejercicio de los derechos de sindicación, huelga y la educación no obligatoria de menores de edad. La reforma fue objeto de nueve recursos de inconstitucionalidad, resueltos

¿Un derecho de los extranjeros?» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 89, 2010, pp. 118.

²⁰ *Vid. infra*, epígrafe 3.3.

²¹ Luis LÓPEZ GUERRA, y otros, *Derecho constitucional, Volumen I, El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 169.

²² Producida mediante la citada Ley Orgánica 8/2000.

mediante ocho sentencias del TC en el año 2007²³, que se incorporarían a una nueva reforma de la LOEX en 2009²⁴.

Tal y como se ha señalado²⁵, la jurisprudencia del TC ha acudido al concepto de dignidad humana para establecer distintas categorías de derechos en función de su titularidad. Ha afirmado, en este sentido, que si bien todos los derechos son inherentes a aquella, existe la posibilidad de establecer distintas graduaciones cuando hablamos de la conexión entre dignidad y derechos. El grado de conexión, en concreto, derivará del análisis del contenido esencial del derecho y de su relación con la idea de dignidad. Entre los criterios a tener en cuenta para realizar dicha determinación está, precisamente, acudir a lo dispuesto en los tratados internacionales de los que sea parte España²⁶. Este «aperturismo» ha sido señalado por la doctrina como un argumento en favor del reconocimiento de derechos fundamentales «a todos los extranjeros que se hallen en el

²³ Tal y como recuerda la doctrina, las sentencias 236/2007, de 7 de noviembre (BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2007), 259/2007, de 19 de diciembre (BOE núm. 19, de 22 de enero de 2008) y 265/2007, de 20 de diciembre (BOE núm. 19, de 22 de enero de 2008), declararon «inconstitucional y nula la imposición de la condición de residencia en relación con los derechos a la educación, huelga y asistencia jurídica gratuita» y se limitaron a declarar inconstitucional, pero sin anular los preceptos, la restricción del derecho de sindicación a los inmigrantes residentes legales: Itziar GÓMEZ FERNÁNDEZ, «Los inmigrantes como titulares de derechos sociales». *Revista CEF Legal*, núm. 133, 2008, p. 138.

²⁴ Mediante la Ley Orgánica 2/2009, ya citada aquí. El Parlamento de Navarra recurrió ante el TC la restricción del derecho a la educación postobligatoria a los mayores de 18 años, por considerar que la misma vulnera el artículo 27 de la Constitución Española, que garantiza que «todos» tienen derecho a la educación. El recurso ha sido desestimado mediante la Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 155/2015, de 9 de julio (BOE núm. 194, de 14 de agosto de 2015).

²⁵ Itziar GÓMEZ FERNÁNDEZ, *op. cit.* nota 24, p. 140. Carmen PÉREZ GONZÁLEZ, y Francesca IPPOLITO, «*Eppur si muove!*: nuevos caminos jurisprudenciales para la protección de los derechos sociales de los migrantes indocumentados en Europa». *Revista Española de Derecho Comunitario*, núm. 53, 2016, pp. 89-108.

²⁶ Un criterio que, por lo demás, establece de modo expreso el artículo 10.2 de la Constitución. Debe tenerse en cuenta, además, que una parte de la doctrina sostiene que el Estado no estaría solo obligado por las normas convencionales en materia de derechos humanos, sino también «por la interpretación que de dichas normas hayan hecho los órganos de garantía que algunos de aquellos tratados han instituido en orden a supervisar el cumplimiento de las obligaciones jurídicas asumidas por los Estados parte en los mismos»: Juan Antonio, CARRILLO SALCEDO, «Prólogo», en Juan Antonio CARRILLO SALCEDO, (coordinador), *La ley de Extranjería a la luz de las obligaciones de España en Derechos Humanos*, Madrid, Universidad Internacional de Andalucía, Akal, 2002, pp. 10. A esa conclusión ha llegado recientemente el Tribunal Supremo español (sentencia núm. 1263/2018, de 17 de julio de 2018, de la sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo) en relación con un dictamen del CEDAW.

país», dada «su predisposición favorable al desarrollo de la universalidad y del reconocimiento del principio según el cual a cada ser humano se le debe garantizar, allá donde se encuentre, un núcleo esencial de derechos que son inviolables»²⁷. La idea de dignidad humana, a la que se refiere el artículo 10.1 de la Constitución española²⁸, ha servido desde el principio al TC para establecer que en determinadas ocasiones no son admisibles las distinciones fundadas en la ciudadanía, dado que para la garantía de aquella resultará imprescindible asegurar la igualdad completa entre extranjeros y españoles²⁹.

Con todo, la labor del TC ha sido casuística. No se ha establecido un catálogo de derechos incardinables en las categorías segunda y tercera a las que se ha hecho referencia. Así, por lo que hace a los derechos sociales, la jurisprudencia constitucional ha establecido que los extranjeros que se encuentran en España en situación administrativa irregular no tienen derecho al trabajo, ni derecho de acceso a determinadas prestaciones de la Seguridad Social derivadas de la condición de trabajador³⁰, ni derecho a la sanidad, a no ser que cumplan con las condiciones establecidas en la ley³¹.

²⁷ Filippo SCUTO, «Derechos de los inmigrantes en situación irregular», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 16, 2011, p. 222.

²⁸ Otras Constituciones de los Estados miembros de la UE hacen también mención expresa de la dignidad de las personas. Así, por ejemplo, el artículo 1 de la Constitución portuguesa establece que «Portugal es una República soberana, basada en la dignidad de la persona humana y en la voluntad popular y empeñada en la transformación en una sociedad sin clases».

²⁹ Así lo afirmó ya en su sentencia (Sala Segunda) 107/1984, de 23 de noviembre (BOE núm. 305, de 21 de diciembre de 1984).

³⁰ Debe tenerse en cuenta, en este sentido, que el artículo 14.3 de la LOEX establece que los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas. Se ha interpretado que «básicas» resulta equiparable con «esencial para la supervivencia» Vid: Carlos ESPLUGUES MOTA, *et. al.*, *Nacionalidad y extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 127.

³¹ El Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones (BOE núm. 98, de 24 de abril de 2012) restringió el derecho a la asistencia sanitaria a aquellos extranjeros que contasen con permiso de residencia en España, limitando el derecho a la misma de los inmigrantes en situación administrativa irregular a las urgencias (salvo en el caso de los menores y las mujeres embarazadas). Sobre esta cuestión Vid.: Margarita LEMA TOMÉ, «La reforma sanitaria en España: Especial referencia a la población inmigrante en situación administrativa irregular», *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 5, 2013, pp. 95-115. El TC afirmó la constitucionalidad del Real Decreto-Ley en su sentencia 16/2012 en su sentencia 139/2016, de 21 de julio (BOE núm. 196, de 15 de agosto de 2016). Con todo, en el momento en el que se escriben estas líneas, el Gobierno de España está

3.2. Un breve apunte sobre los límites al control de la inmigración irregular

Ya hemos señalado aquí que, dejando a un lado las obligaciones que impone el Derecho internacional de los refugiados, lo cierto es que ninguna norma de Derecho internacional consagra el derecho de los extranjeros a entrar y permanecer en el territorio de un Estado al margen de lo exigido por las normas internas de extranjería. De ello se deduce que, teniendo en cuenta los límites que impone el ya mencionado principio de no devolución, los Estados, España en este caso, podrán devolver a su país de origen a un extranjero que se encuentra en su territorio en situación administrativa irregular. Esa facultad del Estado está sin embargo limitada por el Derecho internacional. Es abundante la jurisprudencia del TEDH y la doctrina de los órganos de protección de derechos humanos del sistema de Naciones Unidas que han ido perfilando esos límites.

Un ejemplo reciente que se refiere a España, y al que ya hemos aludido, es la sentencia del TEDH de 3 de octubre de 2017³², en el que el Tribunal de Estrasburgo consideró que las denominadas «expulsiones en caliente» –devoluciones de extranjeros a través de la valla sin que se procediese al examen individual de su situación– suponían una violación del artículo 4 del Protocolo 4 adicional al CEDH, que prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros. El Tribunal tuvo en cuenta que los demandantes habían sido rechazados inmediatamente por las autoridades fronterizas, que no habían tenido acceso ni a un intérprete ni a agentes que pudieran aportarles las mínimas informaciones necesarias sobre el derecho de asilo y/o el procedimiento pertinente contra su expulsión.

3.3. El derecho de sufragio de los extranjeros

Tradicionalmente, los extranjeros han visto limitados los derechos de participación política en los Estados de acogida³³. En el caso de España,

tramitando su derogación.

³² *Vid. supra*, nota 7.

³³ Esas limitaciones no han estado exentas de críticas, por cuanto se entiende que esa participación política favorecería de modo evidente la integración de los extranjeros. *Vid.* al respecto: Ángel CHUECA SANCHO y Pascual AGUELO, «El derecho de voto de los extranjeros en

el apartado segundo del artículo 13 de la Constitución deja claro que mediante ley o tratado, y siempre atendiendo al principio de reciprocidad, se podrá extender a los extranjeros el derecho de sufragio activo y pasivo únicamente en las elecciones municipales³⁴.

Debe distinguirse aquí el caso de los ciudadanos europeos, a los que precisamente ese estatuto garantiza el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales, del de los nacionales de terceros países. En este último caso, el ejercicio del derecho dependerá de la adopción del correspondiente convenio bilateral³⁵. En el primero, es el propio Derecho de la UE el que obliga a los Estados miembros a garantizarlo. Tal y como se ha señalado, el cumplimiento de esa obligación motivó la reforma de este apartado del artículo 13 en 1992, una vez que el TC se había pronunciado al respecto en su Declaración de 1 de julio de 1992³⁶.

IV. Constitución y extradición

Las personas inmersas en procesos de extradición son consideradas aquí como una categoría particular de extranjeros a las que resultará de aplicación el principio de *non refoulment* como principio propio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Vamos a centrarnos en este apartado en el análisis de algunas cuestiones que se han suscitado ante el TC en relación, precisamente, con los derechos que deben garantizarse a estos individuos.

4.1. Procesos de extradición, recurso de amparo y derechos fundamentales

El TC ha afirmado en repetidas ocasiones que es posible el planteamiento de un recurso de amparo contra una decisión judicial

España en perspectiva europea». *CIDOB, Serie migraciones*, 2009. Disponible en: <<https://bit.ly/2GOG9Tc>>.

³⁴ *Vid.* sobre esta cuestión: Rafael NARANJO DE LA CRUZ, «El derecho al voto de los extranjeros no comunitarios en las elecciones municipales: reciprocidad, ciudadanía y condiciones de ejercicio del derecho». *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 27, 2016, pp. 329-353, y Miguel Ángel PRESNO LINERA, «El sufragio de los extranjeros residentes en las elecciones generales como exigencia de una ciudadanía democrática», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 27, 2016, pp. 257-283.

³⁵ La lista de países con los que España tiene suscrito un Convenio de este tipo está disponible en: <<https://bit.ly/2TiTKDt>>.

³⁶ *Vid. supra*, nota 15.

adoptada en el marco de un procedimiento de extradición. Es representativa de esta doctrina la sentencia 11/1983, de 21 febrero³⁷, en la que se afirma, de un lado, que «la extradición solo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la Ley, atendiendo al principio de reciprocidad, quedando excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo», y, de otro, que no cabrá inferir de lo anterior que todas las cuestiones que puedan suscitarse con motivo de expedientes o procesos de extradición deban quedar marginadas de la posibilidad del recurso de amparo constitucional, ya que, como sucede en el que daba origen a la sentencia que ahora citamos, cabe el planteamiento de pretendidos quebrantos de derechos y libertades constitucionalmente protegidos merced al repetido recurso.

En el origen de esos «quebrantos» o violaciones de derechos fundamentales pueden estar, desde luego, actos u omisiones imputables a las autoridades españolas. Pero también, y ello es interesante por lo que supone de aceptación de una doctrina muy consolidada del TEDH y otros órganos de protección internacional de derechos humanos, las que pudiesen ser imputables a autoridades extranjeras, si los tribunales españoles las conocían y pudieron evitarlas paralizando la extradición. Se trata, como digo, de una doctrina asentada en el Derecho internacional, que se deriva del principio de no devolución y que ha sido desarrollada convencional³⁸ y jurisprudencialmente.

A este desarrollo jurisprudencial ha contribuido en España el TC. Así, ya en 1988, mediante sentencia 141/1998³⁹, resolvió un recurso de

³⁷ BOE núm. 70, de 23 de marzo de 1983.

³⁸ Pueden citarse, a título de ejemplo, el artículo 3.1 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984 (BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 1987) que afirma que ningún Estado parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura y, en el ámbito europeo, el artículo 61.2 del Convenio europeo sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, de 11 de mayo de 2011 (BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014), que obliga a los Estados parte a adoptar «las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las víctimas de violencia contra la mujer necesitadas de protección, con independencia de su condición o de su lugar de residencia, no puedan ser devueltas en circunstancia alguna a un país en el que su vida pudiera estar en peligro o en el que pudieran ser víctimas de tortura o de penas o tratos inhumanos o degradantes».

³⁹ BOE núm. 181, de 30 de julio de 1998.

amparo interpuesto contra una decisión judicial que declaraba procedente la extradición y afirmó al respecto lo siguiente

Desde la perspectiva constitucional de un recurso de amparo formulado contra una decisión judicial que declara procedente la extradición, es evidente que pueden ser alegadas vulneraciones de derechos fundamentales imputadas de modo directo e inmediato a los órganos judiciales españoles por sus propias acciones u omisiones. Pero a partir de la STC 13/1994 hemos reconocido que las lesiones de derechos fundamentales que procedan de las autoridades extranjeras en el proceso penal de origen – lesiones ya acaecidas o el temor racional y fundado de que tales lesiones se produzcan en el futuro (ATC 23/1997; Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de enero de 1989, caso Soering, A. 161, pños. 85 y ss.)– podrían ser imputables a los Tribunales españoles que las conocieran y a pesar de ello autorizasen la entrega, porque en tal caso contribuirían bien a que el derecho fundamental ya quebrantado no fuera restablecido, bien a favorecer una futura lesión de los derechos fundamentales del extraditado, convirtiéndose así en autores eo ipso de una nueva lesión contra los derechos del extranjero extraditado.

226

4.2. Una breve referencia al asunto *Melloni*

Ya se ha dicho aquí que los Estados miembros de la UE, un espacio para la cooperación judicial y policial que ha alcanzado desarrollos muy notables y ha propiciado que se asiente cierto grado de confianza mutua entre autoridades policiales y judiciales de los distintos Estados miembros, han sustituido el procedimiento de extradición por un procedimiento propio, estrictamente judicial y más ágil: la denominada *euroorden*, la orden de detención europea⁴⁰. Pues bien, precisamente las dudas que planteó al TC español la compatibilidad de algunas de las disposiciones de la Decisión Marco que regula dicho procedimiento de detención y entrega con su propia doctrina constitucional motivaron la decisión de plantear por primera vez una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)⁴¹.

La supuesta contradicción traía causa de la posibilidad prevista en

⁴⁰ *Vid. supra*, nota 14.

⁴¹ Tribunal Constitucional de España. Auto del TC 86/2011, de 9 junio.

la Decisión Marco, y negada por la jurisprudencia del TC, de que una persona condenada en ausencia en un Estado miembro (en este caso el señor Melloni en Italia) pudiese ser entregada si el Derecho del Estado que requiere la extradición no prevé que su condena sea revisada en garantía de sus derechos de defensa. El TC preguntó también al TJUE sobre la aplicación en este caso del artículo 53 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE⁴², que dispone que

(n)inguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros.

El TJUE dio respuesta a esas preguntas en su sentencia de 26 de febrero de 2013, dictada en el asunto C-399/11⁴³ y, en aplicación de la doctrina de la primacía del Derecho de la UE sobre los Derechos internos de los Estados miembros, afirmó que la entrega no podía ser condicionada por motivos no previstos en la propia Decisión Marco. Esto es, que la norma del Derecho de la UE primaba sobre la interpretación que el TC venía haciendo del texto constitucional. El TC dio cumplimiento a esta decisión, y desestimó por tanto el recurso de amparo interpuesto por el señor Melloni, en su sentencia 26/2014, de 13 de febrero⁴⁴.

227

V. Constitución y derecho de asilo

Tal y como se ha avanzado ya, la configuración en España del

⁴² Diario Oficial, Serie C, núm. 202, de 7 de junio de 2016.

⁴³ Disponible en: <<https://bit.ly/2BQ2p9B>>.

⁴⁴ (BOE núm. 60, de 11 de marzo de 2014). La evidente repercusión jurídica de la decisión hace que contemos con una bibliografía muy extensa sobre el caso. A título de ejemplo, *Vid.*: Lorena BACHMAIER WINTER, «Más reflexiones sobre la sentencia Melloni : primacía, diálogo y protección de los Derechos fundamentales en juicios in absentia en el Derecho Europeo», *Civitas, Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 56, 2015, pp. 153-180, y Luis I GORDILLO PÉREZ y Ariane TAPIA TRUEBA, «Diálogos, monólogos y tertulias. Reflexiones a propósito del caso Melloni», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 22, 2014, pp. 245-270.

derecho de asilo y la protección que deba darse a las personas necesitadas de protección internacional es deudora en la actualidad de los avances que se han producido en el Derecho internacional y europeo. Los instrumentos normativos de referencia universal son la ya citada Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York, de 31 de enero de 1967⁴⁵.

El diseño en el ámbito de la UE de un SECA pivota sobre dicho instrumento⁴⁶: los Estados miembros de la UE se han obligado de esta manera a conceder asilo y la protección que dicho estatuto brinda a las personas que sean consideradas refugiadas en virtud de la Convención. Esto es, que cumplan con la definición contenida en su artículo 1.A⁴⁷. También, como no podía ser de otra manera, es esa la definición que se incorpora a la Ley española y a la jurisprudencia. El Derecho internacional y europeo, por tanto, es determinante para configurar el alcance del derecho previsto en el artículo 13 de la CE⁴⁸.

En efecto, los artículos 2 y 3 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria⁴⁹ se remiten a la definición de refugiado contenida en la Convención de Ginebra⁵⁰.

⁴⁵ *Vid.*: BOE núm. 252, de 21 de octubre de 1978.

⁴⁶ Así lo afirma expresamente, además, el artículo 18 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

⁴⁷ Según este artículo será considerada refugiada la persona que «debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un 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 su 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».

⁴⁸ De nuevo, la bibliografía es inabarcable. Resulta por ejemplo de sumo interés el trabajo de Pablo SANTOLAYA MACHETTI, *El derecho de asilo en la Constitución Española*. Valladolid, Lex Nova, 2001.

⁴⁹ *Vid.*: BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009.

⁵⁰ La protección subsidiaria, regulada en el artículo 4 de la Ley y deudora también de los desarrollos del Derecho de la UE, es la protección que se dispensa a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el artículo 10 de la Ley (la condena a pena de muerte o el riesgo de su ejecución material, la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, y las amenazas graves contra la vida o la integridad de los civiles motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto internacional o interno), y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren, acogerse a la

Debe tenerse en cuenta que no solo la definición remite a lo previsto en el Derecho internacional y de la UE. Los motivos de persecución⁵¹, el estatuto del solicitante de la protección, los derechos del individuo que finalmente la recibe⁵², las garantías que en todo caso deberán respetarse durante el procedimiento por el cual se decide su concesión o denegación, las razones por las que dicha protección puede ser revocada, son todas ellas cuestiones respecto de las cuales el Estado deberá atenerse, en su regulación, a las reglas marcadas internacionalmente.

VI. A modo de conclusión

Un importante número de tratados internacionales y de normas del Derecho de la UE se ocupan de las materias a las que se refiere el artículo 13 de la CE. Por esa razón, la regulación e interpretación del mismo debe tener en cuenta los límites que aquella normativa impone. Del análisis de la normativa y la jurisprudencia española cabe inferir que tanto el legislador como los tribunales, y ello incluye al TC, son plenamente conscientes de eso y, en general, fundamentan en el Derecho internacional y europeo normas y decisiones.

protección del país de que se trate.

⁵¹ *Cfr.* la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5), de 14 diciembre 2006 (RJ 2007, 148) y la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), sentencia de 24 febrero 2014 (RJ 2014, 1151).

⁵² Sobre esta cuestión también se ha pronunciado el TC que ha afirmado al respecto lo siguiente: «Si bien es cierto que el art. 13.4 CE reconoce el derecho de asilo, hay que subrayar que el mismo precepto constitucional remite al legislador ordinario –y sobre esto último volveremos en el F. 14– los «términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España». Estamos entonces ante una remisión al legislador ordinario para configurar el régimen de disfrute de este derecho constitucionalmente reconocido a quienes solicitan asilo en España. Atendiendo a la ubicación sistemática del precepto en el texto constitucional (Capítulo I del Título I: «De los españoles y los extranjeros») fácilmente se colige que no estamos ante un derecho fundamental de los enunciados en el Capítulo II del mismo Título I de la Constitución. Estamos, propiamente, ante un mandato constitucional para que el legislador configure el estatuto de quienes se dicen perseguidos y piden asilo en España. Los derechos del solicitante de asilo –o del ya asilado– serán, entonces, los que establezca la Ley. Obviamente, la Ley que regule el régimen de los extranjeros asilados –o peticionarios de asilo– ha de respetar plenamente los demás preceptos de la Constitución y, en especial, los derechos fundamentales que amparan a los extranjeros. Pero ningún precepto constitucional exige que esa Ley de configuración del derecho de asilo se apruebe con forma de ley orgánica. Hecha esta aclaración conviene que nos detengamos en precisar en qué términos los peticionarios de asilo disfrutan de los derechos fundamentales enunciados en los arts. 17 y 19 CE» (Tribunal Constitucional de España STC 53/2002 de 27 de febrero BOE núm. 80, de 3 de abril de 2002).

Esto no significa, claro está, que no surjan a menudo controversias sobre cómo dicho Derecho –internacional y europeo– es incorporado, interpretado o aplicado en España. La vulneración de los derechos fundamentales de extranjeros, personas inmersas en procedimientos de extradición y de personas eventualmente beneficiarias de algún tipo de protección internacional han propiciado la intervención de los tribunales internos (incluso del TC en vía de amparo) e internacionales. Cabe señalar, a modo de conclusión, que la jurisprudencia del TEDH ha resultado clave en este sentido. En particular, debe subrayarse el importante desarrollo que este tribunal ha hecho de las obligaciones que se derivan para los Estados parte en el CEDH del principio de no devolución. Un desarrollo que sirve de escudo para eventuales vulneraciones de derechos humanos que puedan producirse en el país del origen del extranjero, el refugiado o el individuo cuya extradición se pretende.

DISCURSO

Premio Regional de Sentencias sobre Acceso a la Justicia para personas migrantes y refugiadas en las Américas

A continuación transcribimos el discurso pronunciado por el doctor Gabriel Gualano Godoy, el 19 de enero del 2018, en calidad de jefe de la Unidad de Protección de la Oficina de Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur) en México, con ocasión de la entrega del «Premio Regional de Sentencias de Acceso a la Justicia de Personas Migrantes o Sujetas de Protección Internacional», cuyo primer puesto fue otorgado al Tribunal Constitucional del Perú, por la sentencia recaída en el Expediente N.º 02744-2015-PA/TC. La premiación fue organizada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados; la Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia, A.C.; la Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Sin Fronteras, I.A.P.; la Alianza para las Migraciones en Centroamérica y México; y la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos¹.

233

«Suprema Corte de la Nación, Ciudad de México
 Dra. Leticia Bonifaz Alfonso, Directora General de Estudios,
 Promoción y Desarrollo de los Derechos Humanos de la Suprema
 Corte de Justicia de la Nación,
 Honorable Magistrada Zulema Mosri Gutiérrez del Tribunal Federal
 de Justicia Administrativa,
 Dr. Álvaro Botero, Relator sobre los Derechos de los Migrantes de la
 Comisión Interamericana de los Derechos Humanos,
 Maestro Alan García, en representación de la Oficina en México

¹ Información detallada sobre el premio «Premio Regional de Sentencias de Acceso a la Justicia de Personas Migrantes o Sujetas de Protección Internacional». Disponible en: < <https://goo.gl/wUo4Wx>>.

del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos,
Maestra Nancy Pérez, Directora de Sin Fronteras,
Embajador Julio Garro Gálvez, de Perú, autoridades diplomáticas,
Señoras y señores, es un honor estar con ustedes.

Me aúno a los saludos iniciales a las autoridades presentes, así como al reconocimiento ya expresados en la inauguración por nuestro Representante Mark Manly en nombre del Acnur.

La sentencia recaída en el Expediente N.º 2744-2015-PA/TC, emitida por el Pleno del Tribunal Constitucional del Perú, pronunciada el 8 de noviembre de 2016, ofrece respuestas a problemas comunes en tiempos de globalización, como el desafío del acceso a la justicia por parte de trabajadores migrantes indocumentados y los deberes de los tres poderes de una República en función a los compromisos asumidos en materia constitucional y de derechos humanos, especialmente en relación a la protección a la niñez y los deberes de las autoridades migratorias de la administración pública.

234

Hay en el texto de la sentencia una interesante referencia al trabajo del jurista Ronald Dworkin y su conocida idea de la novela en cadena. Quisiera aprovechar ese acercamiento entre Derecho y Literatura para ofrecer una interpretación sobre el significado de la sentencia ganadora y su propuesta de un «Nuevo uso de la Constitución» como algo que permite romper con una secuencia de injusticias, como las descritas en las conocidas novelas de Mario Vargas Llosa.

Ese gesto de ruptura y cambio, en una temporalidad de urgencia, quizás sea exactamente lo que buscaban plasmar los artistas mexicanos José Clemente Orozco² y Rafael Cauduro, responsables por los murales que ilustran el recinto de la Suprema Corte de la Nación en México.

² José Clemente Orozco pintó en la Suprema Corte de Justicia de la Nación (1941) la obra «Las riquezas nacionales», que consta de cuatro tableros y engloba tres temas centrales. En dos tableros se refiere a la justicia y critica y satiriza su práctica, llena de errores e injusticias. El otro tema que aborda está referido a las riquezas nacionales; los productos de la tierra; y el último tema se refiere a los movimientos sociales obreros.

Franz Kafka describe un contexto que no parece lejano al caso y la paradoja vivida por más de 65 millones de desplazados en todo el mundo

Ante la ley hay un guardián. Un campesino se presenta frente a este guardián, y solicita que le permita entrar en la Ley. Pero el guardián contesta que por ahora no puede dejarlo entrar. El hombre reflexiona y pregunta si más tarde lo dejarán entrar. Tal vez –dice el centinela– pero no por ahora³.

La metáfora kafkiana es muy cercana a lo que escuchamos en nuestras labores humanitarias de los migrantes y refugiados cuando hablan del Derecho y de sus experiencias de «no tener derecho a los derechos».

La historia de los desplazados, como la historia de un padre brasileiro, migrante irregular en Perú, en riesgo de ser deportado y separado de su familia, incluso de su hija de 8 años, refleja cómo hoy el malestar en la cultura está íntimamente vinculado al malestar de la hospitalidad. Del radical de la misma palabra derivan dos sentidos opuestos, tanto *hostis*, hostilidad, cuanto *hospes*, hospitalidad. Solamente la tarea hermenéutica crítica puede presentar el sentido oculto por detrás de la palabra y la ambigua realidad de los migrantes y refugiados ante la ley hoy.

235

La pregunta concreta es: ¿qué quieren los Estados: proteger migrantes y refugiados o protegerse de los migrantes y refugiados? Quizás la respuesta de los jueces y la jueza constitucional de Perú a esa pregunta sea una manera clara de medir el nivel de respeto de un Estado a los derechos humanos de las personas forzosamente desplazadas que viven en su territorio y un llamado a juristas de las Américas.

El Pleno del Tribunal Constitucional de Perú es un excelente ejemplo de nuestro continente sobre como, mas allá de la nacionalidad y del estatus migratorio, la igualdad, el proceso justo y el interés superior de la niña son principios fundamentales aplicables al punto de cambiar la historia de una familia extranjera y, ahora también, a punto de marcar la historia del derecho constitucional en Latinoamérica.

³ Franz KAFKA, *Ante la Ley*. Disponible en: < <https://goo.gl/dMW6HU> >.

A su manera, la respuesta del Tribunal Constitucional a una situación kafkiana fue considerar que «la frontera» no puede ser el elemento no democrático de una democracia. Y que es posible una nueva política internacional basada en la hospitalidad. En ese sentido, los instrumentos internacionales invocados en la sentencia del órgano colegiado constitucional fueron muchos.

Al respecto caben destacar la resolución sobre protección de los migrantes A/RES/54/166, de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 24 de febrero de 2000⁴; la Opinión Consultiva 18/03, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, de fecha 17 de septiembre de 2003⁵; la decisión de la CIDH en el caso «Familia Pacheco Tineo»; la Convención sobre los Derechos del Niño y la Opinión Consultiva 21/14 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.

236

La emblemática sentencia que tengo el honor de presentar en este honorable recinto demuestra el verdadero compromiso con la protección efectiva de derechos fundamentales de personas en situación de movilidad y vulnerabilidad. Es digno de aplaudir que este fallo, seleccionado de entre 31 participantes, visibiliza la importancia del acceso a la justicia sin discriminación.

Particularmente, sostiene argumentos de derechos humanos tales como que cualquier decisión de separación de un niño de sus padres o familia, por motivos vinculados con la condición migratoria de los mismos, deberá ser excepcional, de carácter temporal y estar justificada siempre en el Interés Superior del Niño.

Asimismo, buscó dotar de efecto expansivo general a la sentencia, al advertir que no existía una norma reglamentaria sobre un procedimiento específico que confiriera garantías previas formales al migrante en situación irregular frente a la eventual imposición de una sanción administrativa en su contra. La sentencia atiende de fondo la problemática planteada y

⁴ Disponible en: <<https://goo.gl/dFcnpS>>.

⁵ Disponible en: <<https://goo.gl/FsUZar>>.

consigue precisar el potencial impacto negativo para personas en situaciones similares, poniendo luz en un «estado de cosas inconstitucional».

La sentencia ganadora requiere expresamente a los poderes Ejecutivo y Legislativo la expedición de un proyecto normativo, evidenciando, con dicha instrucción, el impacto progresista que genera la justicia constitucional en los demás poderes. Concretamente, dentro del Poder Judicial, sienta un precedente único marcando la línea de responsabilidad y elevando el estándar de análisis y calidad en sus resoluciones.

Asimismo, reconoce la facultad del Estado de regular políticas migratorias dentro de su propia jurisdicción, sin embargo, en este ejercicio el Tribunal establece un planteamiento muy importante sobre el principio de no discriminación e igualdad de toda persona, con total independencia de su estatus migratorio.

En todo sentido, con esta sentencia prevalece la necesidad de la reparación integral de la esfera jurídica del agraviado y busca evitar, mediante la propuesta de creación de un marco normativo novedoso, que casos como este se repitan y más personas se encuentren en riesgo de ser expulsados de un país y verse separados de sus familias, imperando en todo momento la observancia de la protección a los migrantes y del debido proceso.

Hay un potencial emancipatorio que el uso del Derecho puede tener en la vida de las personas, concretamente, en la vida de migrantes y refugiados. Cuando esa apertura viene de una actuación de una Corte Constitucional eso puede significar una respuesta de protección no solamente a los ciudadanos, sino también a los no ciudadanos y, en consecuencia, sus efectos informan a todas las demás instancias, convirtiéndose en un modelo para los demás sistemas de justicia de América Latina.

Del país originario de la víctima, una poeta migrante llamada Helena Kolody dijo, «Al Pintar estrellas en la pared, tuvo el cielo al alcance de las manos». Con la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional Peruano, los Ministros Miranda Canales, Urviola Hani, Blume Fortini, Ramos Núñez, Espinosa-Saldaña Barrera, han pintado una nueva forma de ver el derecho de una familia migrante ante la ley. El deseo y coraje

de esa familia, sumado al compromiso y sensibilidad de estos jueces constitucionales permiten que hoy un padre y su hija puedan experimentar el acceso a la Justicia como algo al alcance de sus manos.

¡Bravo!».

ENTREVISTA

Entrevista al profesor Manuel Atienza*

 JAVIER ADRIÁN**

El derecho de hoy, el de los Estados constitucionales, es uno que está en permanentes cambios. No solo ha cambiado el concepto de derecho, sino las formas de interpretarlo y de argumentarlo, además del rol que desempeñan los jueces. Precisamente, una de las áreas del derecho que se encarga de analizar, criticar y reflexionar sobre estos cambios es la filosofía del derecho. Pero no solo tiene dichas tareas, sino también la tarea de proponer cambios sustanciales en nuestras sociedades, sobre todo en las latinoamericanas, tan caracterizadas, por ejemplo, por la desigualdad o por la falta de reconocimiento de ciertas comunidades o grupos sociales.

Es debido a esta importancia de la filosofía del derecho en el cambio social, entre otros temas, que conversamos con el profesor Manuel Atienza, uno de los más destacados filósofos en habla hispana. La entrevista la hemos estructurado del siguiente modo: I. Teoría del derecho: argumentación jurídica; II. Teoría del derecho: razonamiento judicial; III. Teoría del derecho: positivismo jurídico; IV. Derechos humanos; V. Filosofía política; y, VI. Enseñanza del derecho. Agradecemos al profesor Manuel Atienza por esta entrevista.

241

I. TEORÍA DEL DERECHO: ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

1. Empezando por el tema de argumentación jurídica, se ha sostenido que los trabajos sobre argumentación jurídica de Robert Alexy y Neil MacCormick forman parte de lo que se conoce como la Teoría estándar de la argumentación jurídica. Llama la atención que estos autores

* Realizada en Lima, en diciembre de 2017.

**Magíster en Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y especialista Universitario en Argumentación Jurídica en la Universidad de Alicante. Asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú.

hayan coincidido en ideas esenciales de dicha teoría pese a pertenecer a familias jurídicas distintas como son el *common law* y el *civil law*. ¿Cuáles son esos elementos de coincidencia entre ambos autores?

Manuel Atienza (MA): Los dos autores escriben sus obras de referencia a finales de los años 70 y toman en cuenta, naturalmente, los anteriores desarrollos teóricos. Yo creo haber sido el primero en hablar de precursores y de representantes de la teoría estándar. Los precursores, como Chaïm Perelman, Theodor Viehweg y Stephen Toulmin, entre otros, se caracterizaron por contraponer la lógica deductiva a «nuevos» métodos que ellos propugnaban: la retórica, la tópica o la lógica informal. Pero lo plantearon en términos de oposición, y ellos optaron por una concepción no lógico-deductiva del razonamiento jurídico y, en general, del razonamiento práctico. Sin embargo, tanto Alexy como MacCormick, quienes construyen la teoría estándar, lo que proponen son teorías integradoras que tratan de combinar el razonamiento lógico deductivo con un tipo de razonamiento que iría mas allá, que en cierto modo viene a coincidir (aproximadamente) con lo que los precursores planteaban y se conecta también con un movimiento que había tenido lugar a finales de los 60, que se llamó «la recuperación de la razón práctica». Una de las aportaciones fundamentales de los autores de la teoría estándar de la argumentación jurídica, es la necesidad de distinguir entre la justificación interna y la justificación externa. La idea es que en los casos fáciles todo lo que se necesita para justificar una decisión, para argumentarla adecuadamente, es manejar la lógica y el silogismo judicial, que ahora se bautiza con el nombre de justificación interna. Mientras que en los casos difíciles no es que eso desaparezca, sino que, además de la justificación interna, se necesita la argumentación externa, es decir, las razones de por qué se establecen la premisa normativa y la premisa fáctica de una determinada manera. Esos razonamientos son los que se dice que ya no pueden ser exclusivamente razonamientos lógico-deductivos. Ahí es donde ingresan esos criterios de racionalidad práctica.

2. Teniendo en cuenta que ambas familias jurídicas difieren, por ejemplo, en la importancia de la argumentación oral o escrita, ¿cuál de estas considera usted que es el mejor tipo de argumentación?

MA: Las diferencias entre esas dos tradiciones no tienen solo que ver con la

mayor o menor importancia de la argumentación oral o escrita. Lo que está detrás de los planteamientos de MacCormick es un sistema de *common law*; concretamente el *common law* de Escocia, que tampoco es exactamente igual que el *common law* inglés. Por el contrario, la tradición jurídica de Alexy es la alemana, en donde tiene un gran peso la argumentación de la dogmática jurídica. Lo interesante del caso es que, a pesar de todas esas diferencias, los puntos en común son muchos y el planteamiento teórico de uno y otro autor, muy parecidos; seguramente porque sociedades con un grado de desarrollo semejante tienen también sistemas jurídicos funcionalmente equivalentes y necesitan de teorías jurídicas muy parecidas entre sí. Hay algunas diferencias; por ejemplo, el precedente tiene más fuerza en los sistemas de *common law*; pero nosotros no podemos prescindir tampoco del precedente como vemos que ocurre, de una manera particularmente patente, en el caso de las cortes constitucionales.

3. Pero quizás la argumentación escrita podría generar más predictibilidad

MA: Claro, pero la argumentación en el *common law* también es en muy buena medida escrita. O sea, en lo que se centran autores como MacCormick es en la argumentación de los Tribunales Supremos o Constitucionales, que es escrita. La Corte Suprema de los Estados Unidos, que tiene que resolver lo que podríamos considerar como los casos más difíciles en ese país, motiva sus decisiones por escrito. Otra cosa es que haya también un tipo de argumentación (descuidada por lo que he llamado la teoría estándar de la argumentación jurídica) que merecería atención y que, efectivamente, se produce oralmente: el alegato de un abogado ante un jurado o el interrogatorio de un testigo. Y sobre ello, por cierto, no conviene olvidar la tradición más antigua en el estudio de la argumentación jurídica: la retórica, que se basaba fundamentalmente en la oralidad.

4. Hablando de argumentación oral, cabe mencionar que en el Perú actualmente se está implementando progresivamente un nuevo Código Procesal Penal, el que tiene, entre otras características, una mayor incidencia de la argumentación oral. Se piensa que esto genera inmediatez, puesto que el juez tiene una directa relación con las partes, con los medios probatorios y que podría hacer un juicio más certero respecto a lo que va a decidir. El problema o, si se quiere, la debilidad

de la argumentación oral es que es muy rápida e inmediata. ¿Qué se requiere para argumentar mejor de modo oral?

MA: Lo primero que quiero decir es que en Perú, y no solamente aquí sino en casi todos los países latinoamericanos, se ha producido en los últimos tiempos un fenómeno de asunción del sistema de la oralidad de manera completamente acrítica e ideologizada; es lo que Taruffo ha llamado el mito de la oralidad. Parte de un supuesto que, sencillamente, es falso: que la oralidad, la argumentación oral, es siempre preferible a la escritura, a la argumentación escrita. Pero no es así. La oralidad tiene algunas ventajas, como la rapidez y la inmediatez; pero también inconvenientes muy serios: las argumentaciones más reflexivas suelen tener una forma escrita. O sea, la escritura contribuye a un juicio más reflexivo. La construcción de este mito está llevando, me parece, a consecuencias muy negativas. Yo creo que convendría mucho promover investigaciones empíricas, serias, para conocer qué es lo que realmente está ocurriendo. Porque con frecuencia, cuando preguntas a los jueces y a los profesionales del derecho, su opinión al respecto, ellos suelen mostrarse muy entusiastas: los juicios son ahora mucho más rápidos, te dicen, de manera que ahora se pueden resolver muchos más casos que antes. Pero, claro, el problema es que ese no puede ser el único parámetro para medir la calidad de la justicia. Lo que habría más bien que preguntarse es: ¿Pero se están resolviendo mejor los casos? Y ahí es donde puede venir muy bien recordar algo bien conocido por toda la tradición retórica. Los elementos menos racionales, más emotivos, de la argumentación, son más fáciles de vehiculizar a través de la argumentación oral. La argumentación escrita exige una mucha mayor reflexión, y esa es, por cierto, la razón de que Perelman y Olbrecht-Tyteca pusieran a su célebre libro el título de «Nueva» retórica: querían evitar la mala fama que arrastraba la retórica debido precisamente a la oralidad. En resumen, que lo sensato, me parece a mí, sería articular, combinar adecuadamente, elementos de escritura y elementos de oralidad. No es que yo sea enemigo de la oralidad, sino que la oralidad tiene tanto ventajas como desventajas.

5. Algunas teorías de la argumentación jurídica como la de Perelman o Viehweg comparten la crítica a la lógica en el sentido que resulta insuficiente para dar cuenta de una argumentación jurídica correcta. Esto ha llevado a propuestas que buscan optimizar la retórica o la tópica, por ejemplo. Más allá de la importancia de tales aportes pareciera que

hoy se ha descuidado profundizar también los estudios de la lógica y su rol en la argumentación jurídica. ¿Qué piensa usted sobre ello en particular?

MA: No es que se haya descuidado, sino que quizás esas dos tradiciones en el estudio de los argumentos han ido por caminos paralelos y se han cruzado pocas veces. Pero hay muchos estudios sobre argumentación desde una perspectiva estrictamente lógica; y, por cierto, un peruano, Francisco Miro Quesada, es uno de los precursores en la utilización de la lógica deductiva moderna, la lógica matemática, en el campo del derecho. En Latinoamérica hay autores muy importantes en lo que se refiere a la lógica jurídica; quizás los más importantes de todos hayan sido los argentinos Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, cuyo libro sobre los sistemas normativos puede ser considerado como el mejor ejemplo de aplicación de los instrumentos lógicos al derecho. Lo que pasa es que, como antes decía, los precursores de las teorías de la argumentación jurídica cometieron el error de contraponer la lógica a la tópica o a la retórica, en lugar de ver ambas tradiciones en el estudio de los argumentos como lo que realmente son: complementarias. Un ejemplo de esa manera complementaria, equilibrada, de ver las cosas nos la encontramos, por ejemplo, en Aristóteles: para él, los argumentos lógicos formaban parte de las pruebas retóricas, pero en la retórica había más que lógica. Algo, yo diría, bastante obvio pero que, unos y otros, tienden a olvidar: en la argumentación jurídica (en el estudio del derecho) necesitamos de la lógica, pero también de otras tradiciones en el estudio de los argumentos.

6. En el desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica, existen hoy muchos trabajos que apuntan sobre todo a cómo mejorar la argumentación jurídica en materia constitucional, de familia, etc. y a profundizar en el tema de contenidos jurídicos, pero quizás no existe esa misma atención a la argumentación sobre hechos. ¿Qué piensa al respecto?

MA: En algunos de los primeros libros que escribí sobre argumentación, concretamente uno que se llamó *Las razones del derecho*, publicado en 1991, ya señalaba ese déficit. En ese momento no había estudios sobre argumentación en materia de hechos. Pero ahora las cosas ya no son así: no es que haya algunos, sino que hay muchos. Es más, ahora se ha

convertido en una especie de moda. Yo creo incluso que se ha exagerado su importancia, en el sentido de que lo que se puede decir o aprender al respecto (en un curso sobre la materia) no es demasiado. Quiero decir, el tema es de enorme importancia práctica, pero los elementos teóricos uno los puede aprender con relativa facilidad. Por ejemplo, no me parece que haya mucha teoría relevante en relación con el estándar de prueba; por mucho que se escriba sobre ello, lo que me parece que queda son algunas cosas más bien de sentido común.

7. ¿Cuál cree que es la situación actual de los estudios de argumentación jurídica en España y en Latinoamérica?

MA: Bueno, creo que atravesamos un momento en el que existe un gran interés en estos estudios. Pero quizás nos falte ponernos de acuerdo en algunos esquemas básicos, necesarios para que pueda darse un desarrollo útil. No creo que sea una buena idea que cuando uno empieza a estudiar algo sobre argumentación, en seguida quiera elaborar una nueva teoría argumentativa del derecho o cosas por el estilo. Aunque pueda parecer extraño que lo diga, yo creo que los afanes de originalidad no son buenos, o por lo menos no siempre. En el campo de la argumentación jurídica estamos, en mi opinión, en una fase de construcción en la que, por así decirlo, ya disponemos de los ladrillos, de los materiales, y de lo que se trata es de ver cómo ensamblarlos adecuadamente. Por otro lado, como antes decía respecto a la argumentación en materia de hechos, los cursos de argumentación jurídica, en general, no tendrían que centrarse, como muchas veces ocurre, casi exclusivamente en la teoría, sino, mucho más, en la práctica de la argumentación. No se puede aprender a argumentar simplemente estudiando un tratado teórico de argumentación jurídica (aunque, naturalmente, puede ayudar), sino argumentando. Este es un campo en que no pueden disociarse la teoría y la práctica.

8. ¿Y cómo aprecia el desarrollo en Latinoamérica?

MA: Pues ahora hay cursos de argumentación jurídica en muchas facultades y en muchos centros, lo cual es un fenómeno nuevo y, en términos generales, positivo. Yo creo que para nosotros tendría que ser una materia muy importante del currículum; más importante que en otras culturas, porque nosotros venimos de una tradición donde no se han considerado, prácticamente nunca, los aspectos argumentativos del

derecho. Necesitamos llenar ese vacío y ver la argumentación jurídica como una disciplina transversal a los estudios jurídicos. Pero también sin exagerar aquí las cosas. Como antes decía, no debemos exagerar la importancia de la argumentación en materia de prueba ni tampoco de la argumentación en general. Porque el derecho no es solo argumentación. Ese es un ingrediente, una perspectiva, muy importante pero, ojo, no idealicemos el derecho pensando que la práctica jurídica es algo así como un gran diálogo en el que todos –todos los juristas– participan en condiciones de libertad y de igualdad irrestrictas. La argumentación –que no es solo argumentación según el modelo del discurso racional– es un importante componente del derecho. Pero el derecho no es solo eso.

II. TEORÍA DEL DERECHO: RAZONAMIENTO JUDICIAL

9. Pasando ahora al segundo tema que es el de razonamiento judicial, y teniendo en cuenta un poco lo antes mencionado, se podría afirmar que ser un buen argumentador, no necesariamente garantiza hacer justicia. ¿Cuál es su opinión sobre la relación que existe entre argumentación y ética?

MA: Si la argumentación la vemos como el conocimiento y el manejo de una serie de técnicas, y así es como tradicionalmente se ha concebido, entonces, eso no garantiza que con el manejo adecuado de la argumentación las soluciones vayan a ser más justas. Es el ejemplo clásico de los sofistas. Y son también los riesgos de la argumentación oral: se puede manejar la técnica y utilizarla con malos propósitos, para defender la injusticia. Por esa razón, como antes decía, en la formación de los juristas no podemos poner solo la argumentación; la ética, la filosofía moral, tiene que jugar también un papel. En otras palabras, para ser un buen jurista se necesita tener un buen conocimiento del derecho vigente, pero también dominar las técnicas, los métodos para manejar el derecho, que en buena medida son argumentativos, y poseer una formación de tipo político moral, para saber qué es lo que uno tiene que hacer con todo lo anterior. El último libro que he escrito, titulado *Filosofía del derecho y transformación social*, va por ahí. El anterior se tituló *Curso de argumentación jurídica*, y ahora trato de mostrar cuál debe ser la concepción del derecho que tiene que estar en el trasfondo de la argumentación jurídica y que tiene que ser una concepción vinculada a la filosofía moral y política.

10. En cierta forma, esta última parte de su respuesta tiene que ver con las cualidades que deben caracterizar a un buen jurista en general y a los jueces en particular. Al respecto, sería importante conocer ¿por qué usted considera que Perfecto Andrés Ibáñez representa lo más aproximado a un ideal de juez?

MA: Pues precisamente este juez, y gran amigo mío, se acaba de jubilar como magistrado del Tribunal Supremo en España, y ahora se le va a hacer un homenaje en un número de una revista que él dirigió desde su fundación: *Jueces para la democracia*. Mi participación en esa revista la he titulado «El juez perfecto», jugando, como se ve, con su nombre. Yo creo que él tiene, y en un grado muy elevado, todas las cualidades que debe tener un buen juez: Es un jurista serio, que conoce el derecho y ha estudiado a fondo todos los casos sobre los cuales ha tenido que intervenir. Posee además, una gran formación teórica, y esto es muy importante: en el derecho, la práctica y la teoría están indisolublemente unidas. Y tiene, y ha tenido siempre, un compromiso ético y político muy claro. Él ha sido, en estas últimas décadas, la principal referencia de la izquierda judicial en España. Fundador de la revista a la que antes me refería y de la asociación del mismo nombre: *Jueces para la democracia*. De manera que en él se aúnan las capacidades técnicas con la cultura jurídica ampliamente entendida y con el compromiso moral y político.

248

11. ¿Usted cree que en el ámbito jurídico, especialmente el de los jueces constitucionales, existe hoy una sobrevaloración de las decisiones de los Tribunales Constitucionales? Al parecer, buena cantidad de los estudios jurídicos en el ámbito académico, tienden a repetir, acríticamente, las ideas expuestas en las sentencias de los Tribunales Constitucionales.

MA: Uno de los mayores cambios que ha tenido lugar en todos nuestros sistemas jurídicos, es esto que llamamos la constitucionalización de los derechos. Lo que significa, la aparición de Constituciones en las que hay una tabla de derechos que, además, sirve como filtro para el resto de las normas del ordenamiento jurídico; y también, la creación de la institución del Tribunal Constitucional como un órgano contramayoritario, que tiene el extraordinario poder de resolver una ley votada por la representación de la voluntad popular que, sin embargo, no es derecho vigente porque

va en contra de la Constitución. Entonces, como consecuencia lógica de lo anterior, las decisiones de los tribunales constitucionales tienen una importancia y un impacto social extraordinarios y es comprensible, por ello, que esa influencia se advierta también en la academia. Pero conviene no perder de vista que, aunque los tribunales constitucionales tengan la última palabra en nuestros sistemas, eso no quiere decir que sean infalibles. En ocasiones se equivocan y los juristas teóricos deben, en consecuencia, tener una actitud crítica al respecto.

12. Recuerdo un trabajo suyo en el que analizaba la argumentación en casos difíciles, específicamente el caso GRAPO (Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre) resuelto por el Tribunal Constitucional español. Ante las variadas respuestas de la justicia ordinaria, este Alto Tribunal resolvió que si los presos llegaban a colocarse en estado de inconsciencia resultaba legítimo ordenar su alimentación forzosa con suero. Jurídicamente el caso estaba resuelto, pues mereció el pronunciamiento de la máxima instancia jurisdiccional en la protección de los derechos, pero usted, luego de analizar los argumentos del Tribunal Constitucional, contraargumenta y elabora un razonamiento que va en sentido contrario a dicha decisión jurisdiccional.

249

MA: Bueno, hay una cierta propensión a cometer el error consistente en identificar lo que son las respuestas finales con las respuestas correctas. Y son cosas distintas. En un Estado de derecho, en un sistema jurídico bien organizado en general, tiene que haber respuestas últimas. Nuestros sistemas están organizados de manera jerarquizada, piramidal, y tendrá que haber un órgano como el Tribunal Constitucional, o en otros sistemas, la Corte Suprema, que diga la última palabra: obedece a una razón de seguridad jurídica. Pues el derecho no es en esto como la filosofía, en donde los problemas pueden quedar abiertos; es más, esa apertura es incluso una de las características de los problemas filosóficos. En el derecho las cosas no son así. Alguien tiene que decir la última palabra, pero la última palabra no quiere decir la palabra correcta. No necesariamente. Por eso es que aunque uno reconozca naturalmente que lo que dijo el Tribunal Constitucional en tal materia es la decisión vinculante desde el punto de vista jurídico, puede estar equivocada; y no sólo por razones, digamos, de moralidad política, sino estrictamente jurídicas. Por eso es que tiene pleno sentido que los dogmáticos o teóricos del derecho escriban un artículo comentando y

discutiendo, por ejemplo, una decisión de un Tribunal Constitucional o Supremo. Es más, ese es un aspecto importante del cometido de los juristas teóricos, pues abre una vía para el cambio –la mejora– del derecho, desde dentro del propio derecho.

13. ¿Se podría afirmar que en los casos judiciales siempre hay una única respuesta correcta?

MA: Sí. Creo que en esto, y en muchas otras cosas, Dworkin tenía razón y que se ha interpretado, en general, bastante mal su tesis al respecto. En principio, parece una tesis muy radical, lo que lleva a muchos a enfrentarse con ella, pues –vienen a decir–, ¿cómo es posible, cómo va a haber, una única respuesta correcta si los jueces muchas veces discrepan entre sí, y de ahí la existencia de diversas instancias judiciales? Ahora bien, para empezar, Dworkin está hablando de una única respuesta correcta en relación con los casos que se les presentan a los jueces, no en general, o sea, no está diciendo, por ejemplo, que la respuesta legislativa a un cierto problema sea una determinada ley con tales contenidos normativos. Y cuando un caso ingresa en el sistema judicial eso quiere decir que, salvo algunas pocas excepciones, se trata de una cuestión bivalente: la ley en cuestión será constitucional o no, el acusado, culpable o inocente, etcétera. Hay una respuesta que es la correcta; pero una entre dos: no caben más alternativas. Por otro lado, decir que una es la correcta, no quiere decir que la otra se base en un cúmulo de disparates; lo que quiere decirse es que en favor de la respuesta correcta pueden aducirse –o se han aducido– mejores razones que en favor de la otra. Pero esto es algo que, yo creo, cuando se entiende bien, aceptaría la mayor parte de los juristas prácticos. Si uno le pregunta a un juez: ¿A lo largo de tu experiencia, te has encontrado alguna vez –o con qué frecuencia– con casos en los que al final, después de haber estudiado, deliberado, etc., no sabías cuál de las dos era la correcta? Yo creo que la contestación que la mayor parte nos va a dar, es que eso ocurre muy raramente. Nos van a decir que en un cierto número de casos les costó mucho llegar a la conclusión de que tal respuesta era la correcta. Pero al final había una que era mejor que la otra. Bueno, yo creo que eso es todo lo que la tesis de Dworkin significa: algo bastante trivial, pero esencial. De todas formas, para ser bien cautos –así entiendo yo la tesis de Dworkin–, conviene introducir en lo anterior un adverbio: «casi». O sea, lo que viene a decir la tesis es que casi siempre hay una única respuesta correcta; y

se deja abierta la posibilidad de que puedan presentarse situaciones tan complejas, tan equilibradas, que no haya forma de decantarse por una de las dos opciones. Pero esas situaciones de empate son, y creo que casi todo el mundo estará de acuerdo con esto, ciertamente muy raras.

14. En textos como los de Gustavo Zagrebelsky, se habla del derecho «dúctil», de aquella característica flexible del derecho en el Estado constitucional. Dicho autor también considera que el derecho está unido con la moral. A fin de que esto se entienda mejor en el ámbito judicial, puede explicarnos ¿de qué tipo de moral se está hablando en este contexto?, ¿se trata de una moral individual o subjetiva, de una social o mayoritaria o de una crítica o ideal? Sería importante explicar a los jueces si tal conexión entre derecho y moral se da en todo tipo de casos o predominantemente en los casos difíciles o extremadamente difíciles.

MA: Ese libro de Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, ha tenido mucho éxito. A mí me parece, sin embargo, desde el punto de vista teórico, extremadamente débil. Creo que hay en él buenas intuiciones pero no hay ninguna construcción teóricamente relevante. La mejor explicación sobre cuál es la conexión entre el derecho y la moral, yo creo que uno la puede encontrar en Dworkin o en Nino. La idea –esto es lo que defendió Nino– es la siguiente. Las razones jurídicas por sí mismas no son razones justificativas. Detrás de las razones jurídicas tiene que haber –hay– razones morales. Esto se ve con claridad en relación con los casos difíciles. Así, por ejemplo, si el juez tiene que resolver una cuestión que tenga que ver con conceptos tales como los de libertad, igualdad o dignidad humana, parece cosa obvia que no va a poder manejarlos adecuadamente prescindiendo de teorías morales: son nociones introducidas en el derecho, pero de carácter manifiestamente moral. Pero incluso en los casos fáciles se da una conexión necesaria entre el derecho y la moral. Si se parte del esquema silogístico, uno siempre podrá preguntarle al juez por qué utiliza como premisa normativa de su razonamiento una norma válida de su sistema y no otra posible norma. El juez podría recurrir aquí a la regla de reconocimiento de Hart y contestar algo así como: esa regla obliga a usar como premisas normativas la Constitución y las normas conformes con la Constitución. Pero de nuevo cabría preguntarle: ¿y por qué consideras que debes obedecer la regla de reconocimiento? Y la respuesta final no puede ser más que moral. De manera que siempre hay

un componente moral en el razonamiento judicial. Lo que pasa es que muchas veces, sobre todo en los casos fáciles, no lo vemos, porque no se hace explícito, dado que existe un consenso, o sea, no se pone en discusión la obligación de seguir esa regla.

15. ¿Por componente moral estamos atendiendo a esa moral ideal?

MA: Por componente moral estamos entendiendo la razón moral última que puede dar el juez para someterse al sistema jurídico y utilizar las normas de su sistema. Ese es un juicio de tipo moral que normalmente comparten los otros jueces y la comunidad jurídica y, en ese sentido, forma parte de la moral social. Pero, a su vez, la justificación de esa moral social tendrá que basarse en razones de lo que suele llamarse una moral crítica, reflexiva. Lo que pasa es que muchas veces los jueces no se han hecho esa pregunta; creen que basta con basarse en el derecho y, si acaso, en la moral social, en la moral aceptada. Pero no es así. Pensemos en supuestos de casos difíciles como el de la huelga de hambre, el aborto, la eutanasia... Por un lado, el juez, para resolver esos problemas, debe tener en cuenta la moral social: a la hora de interpretar una expresión poco clara, es importante contar con las opiniones que tenga la gente al respecto. Pero la cosa no se queda ahí. Y si el juez basa explícitamente su argumento en ese tipo de moral, es obvio que lo hace porque, en ese caso, considera que la moral social (lo que piensa la opinión pública) es la moral justificada. Lo que, por cierto, no siempre ocurre. Pensemos en el caso de la presunción de inocencia. Al menos muchos jueces tienen una concepción *garantista* del derecho penal, lo que les lleva a interpretar esa institución de una manera que choca con lo que son las opiniones dominantes entre la gente. La mayoría de la población, o una parte muy considerable de la misma, no comparte el sentido que la presunción de inocencia tiene en el contexto del *garantismo* penal. No son partidarios, en definitiva, de un derecho penal mínimo, sino más bien de un derecho penal máximo. De manera que, en conclusión, las razones morales del razonamiento jurídico, en último término, son razones de la moral justificada.

III. TEORÍA DEL DERECHO: POSITIVISMO JURÍDICO

16. Ya en otros ámbitos de la teoría del derecho, hace unos 20 o 25 años atrás, en el debate español sobre el positivismo jurídico y algunas formas de atacarlo o también quizás de rescatarlo, se desplazó de alguna

forma el debate típico entre iusnaturalismo y positivismo jurídico, dirigiéndolo de nuevo hacia un debate sobre qué tipo de positivismo jurídico podría existir o sobre el no positivismo jurídico, entre otros. Algunos, siguiendo a Raz, defendían las tesis del positivismo jurídico excluyente de la moral. Otros, defendían las tesis del positivismo jurídico incluyente, en el sentido de que, contingentemente, hay una relación entre derecho y moral. Hay un texto de Juan Etcheverry y Pedro Serna, titulado *El caballo de Troya del positivismo jurídico*, en el que se plantea que si bien el positivismo jurídico incluyente plantea posiciones interesantes, hoy en día en España ya no hay tanto debate. En el Perú, nunca se desarrolló tal debate o en todo caso, no se desarrolló de un modo destacado. Por ello, nos gustaría saber ¿cuál es su opinión sobre el positivismo jurídico? o en todo caso ¿a qué se refiere con la afirmación de que ya estamos en una etapa en la que debemos dejar atrás el positivismo jurídico que ha muerto de éxito o aquella otra afirmación, realizada junto a Juan Ruiz Manero, de que nos encontramos en una etapa post positivista?

MA: Pues, por lo que se refiere a los juristas peruanos, yo creo que si no han tenido ese debate, podrían tranquilamente evitárselo y no perderían nada con ello. Es un debate muy escolástico y que tiene mucho que ver con el seguidismo en relación con ciertas posiciones de autores anglosajones. Muchos creen que lo que nosotros, en el mundo latino, tenemos que hacer es hacernos eco y comentar las discusiones de los autores anglosajones, pero a mí eso me parece equivocado. Discutiendo de esa manera se suele llegar a resultados que no son muy interesantes. Entre otras cosas porque, algo que suele quedar fuera de la discusión, lo esencial en todo esto me parece que es la perspectiva histórica: esa es la clave para entender el positivismo jurídico. Y eso es lo que tuvo en cuenta un filósofo español en los años 50 y 60 del siglo pasado, Felipe González Vicén, que, en mi opinión, escribió textos fundamentales sobre el asunto, pero que casi nadie ha leído. La idea general es que, si el positivismo jurídico fue la manera hegemónica de entender el derecho en los siglos XIX y XX, eso es una consecuencia de un cambio que había tenido lugar en el derecho a finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX: la «positivización» del derecho y la codificación. Una vez que existieron ordenamientos jurídicos con sistemas de fuentes bien establecidos, desapareció, en buena medida, la necesidad de acudir

al derecho natural. Otro texto también de gran importancia, y que no ha solido tenerse en cuenta en esa discusión, se debe a un autor argentino, Genaro Carrió. En 1970 escribió un librito que significa realmente lo que luego se ha llamado el positivismo jurídico incluyente; o sea, su tesis fue que los principios en el sentido en el que los entiende Dworkin pueden formar parte de un sistema jurídico, si es que la regla de reconocimiento los incorpora (como ocurre hoy con todos nuestros sistemas). Creo que deberíamos hacer una reflexión muy autocrítica sobre el seguidismo de los autores anglosajones al que antes me refería. No quiero decir con ello que debemos encerrarnos en nosotros mismos y permanecer ajenos a todo lo que venga de fuera, de otra cultura que no sea la nuestra. Hay autores importantes y con los que hay que dialogar aunque, en relación con el positivismo jurídico, lo que dice, por ejemplo, uno de ellos, Joseph Raz, resulta verdaderamente extraño. Su positivismo jurídico excluyente se basa en la distinción entre el derecho y el razonamiento jurídico, es decir que, según él, en la identificación del derecho, la moral no puede jugar ningún papel, pero en el razonamiento jurídico resulta que sí. Y esto es algo que – lo poníamos de manifiesto Juan Ruiz Manero y yo en el trabajo al que antes te referías– choca, y con razón, con las intuiciones de los juristas. Dicho de otra manera, es una construcción artificiosa, y no sé hasta qué punto está justificada la atención que se ha prestado a la misma. Me parece que no lo está: no veo que se pueda separar el derecho y el razonamiento jurídico de esa manera radical.

Volviendo a la perspectiva histórica. Yo creo que, así como el positivismo jurídico surge por un cambio en la configuración de los sistemas jurídicos, el final del positivismo jurídico tiene que ver con otro cambio en la configuración de los derechos: el fenómeno de la constitucionalización al que antes me he referido. Para decirlo con la metáfora que usó Habermas: «la moral ha emigrado al interior de los derechos», es decir, ahora, la Constitución forma parte del derecho (sus normas tienen carácter obligatorio) y la Constitución incorpora elementos de tipo moral. En nuestros días, las fronteras del derecho son muy poco nítidas, y si uno se empeña en seguir la tesis positivista de la separación estricta (conceptual o metodológica) entre el derecho y la moral, el riesgo es que no puede dar cuenta de muchos fenómenos jurídicos. A mí me parece que el positivismo jurídico es, sobre todo, una concepción excesivamente pobre del derecho,

que no permite dar cuenta de toda la complejidad de nuestros sistemas jurídicos. Por lo demás, es obvio que los positivistas tenían y tienen razón al considerar que el derecho es un fenómeno social e histórico, o sea, que no existe algo así como un derecho natural. Pero es equivocado pensar que el jurista tiene que optar entre ser partidario del positivismo jurídico o del derecho natural. En mi opinión, una concepción adecuada del derecho en nuestros días no tiene que ser ni una cosa ni la otra. Y, a falta de un nombre mejor, yo diría que esa concepción que necesitamos es el post-positivismo. El tipo de teoría jurídica que uno puede encontrar en autores como Dworkin, Nino, Alexy o MacCormick.

17. En algunos de sus textos se aprecia el desarrollo progresivo de la idea del derecho entendido como argumentación. Primero se esboza en *Las razones del derecho*, luego se consolida en *El derecho como argumentación* y quizás, luego, se expresa de modo más didáctico en su *Curso de argumentación jurídica*. Nos gustaría saber ¿en qué consiste su tesis del derecho como argumentación?, pues, de un lado, podría dar a entender que el derecho de hoy es básicamente argumentación, descuidando otros elementos que componen el derecho, con lo que se aprecia un lado instrumental del derecho o, de otro lado, aludiría a la relevancia que tiene para la legitimidad de los jueces o de quienes argumentan.

255

MA: Efectivamente, lo que yo defiendo es esto último, no lo primero; aunque el título «El derecho como argumentación» puede haber resultado equívoco. No pienso, ni lo he pensado nunca, naturalmente, que el derecho sea solo argumentación. La idea que quería expresar con ese título es que, si vemos el derecho como argumentación, podemos entender muchos aspectos interesantes del derecho. Podemos manejarnos mejor en la práctica del derecho, etcétera. Pero reducir el derecho a argumentación no sería más que una deformación ideológica, asumir un punto de vista reduccionista, teóricamente equivocado y con malas consecuencias en la práctica.

IV. DERECHOS HUMANOS

18. En relación al tema de los derechos humanos, usted ha revelado que hoy en día es importante el concepto de los derechos humanos, así como su enseñanza, desarrollo y protección ¿Cómo entiende usted los derechos humanos?

MA: El próximo libro que escriba es posible que tenga como objeto los derechos humanos. De momento he escrito algo así como un avance del mismo: diez ideas sobre los derechos humanos, que espero poder desarrollar luego. Los derechos humanos constituyen una vía de penetración de la moral en el derecho y esa es una de las grandes transformaciones que se han producido en nuestros ordenamientos. Esa, y la importancia creciente de la argumentación jurídica. Los más jóvenes es posible que no lo perciban, porque para ellos los derechos humanos siempre han constituido un elemento central del derecho. Pero no siempre ha sido así. Cuando yo empecé a estudiar derecho, a finales de los años sesenta, casi nadie hablaba de los derechos humanos. Es más, en la España de la época, ese discurso era, por así decirlo, sospechoso: señal de que no se era un verdadero jurista y se introducía la política en el derecho. Pero las cosas han cambiado. En un famoso artículo, Bobbio habló de que vivíamos ahora en la «era de los derechos», una etapa histórica que, de alguna manera, se inicia con la modernidad, pero que adquiere su auge en las últimas décadas. Y con esto se introducen en el derecho también muchos problemas. Por ejemplo, problemas que tienen que ver con el concepto y la fundamentación de los derechos; hay casos claros de esos derechos, pero también casos que estarían en lo que se suele llamar la zona de penumbra: y la fundamentación que demos a los derechos permite, precisamente, resolver esos casos de la penumbra. También hay problemas en relación a cómo lograr que los derechos tengan una realización práctica; esto último es particularmente urgente, sobre todo, en relación con los derechos sociales.

19. ¿Tiene sentido seguir hablando hoy de la universalidad y del carácter objetivo de la dignidad, teniendo en cuenta las diferentes culturas, por ejemplo la del Medio Oriente?

MA: Ese es uno de los problemas de fundamentación más complejos y más decisivos a propósito de los derechos humanos. En mi opinión, uno no puede ser más universalista que objetivista, pero esto hay que aclararlo. No todos los derechos que tenemos son derechos humanos; los derechos humanos son solo aquellos que tienen un carácter muy básico y cuyo núcleo es precisamente la dignidad. Ahora bien, el concepto de dignidad tiene un carácter universal y consiste, en lo que Kant señaló, en una de las formulaciones del imperativo categórico: en la exigencia de no instrumentalizar a otro ser humano. Y esa no es una idea, una exigencia,

que valga solo para una cultura, por ejemplo, la occidental, y no para otras. Es una exigencia completamente universal, con independencia que se haya formulado en el contexto de una u otra cultura. Si prescindimos de la universalidad, el concepto de derechos humanos se desvanece.

20. Ciertamente se puede asumir que los derechos humanos son un concepto histórico, pudiendo incluso rastrearse su origen, pero esta afirmación ¿no se contrapone con aquella otra de que los derechos humanos son universales y por tanto válidos en todo tiempo y lugar?

MA: No, porque cuando se dice que el concepto de derechos humanos tiene un carácter histórico, hay que distinguir aquí dos aspectos. Una cosa es que sea histórico, en el sentido de que esa idea haya surgido con la modernidad y dentro de un cierto contexto. Y otra cosa es que su justificación sea de carácter histórico; o sea, no cabe pensar que la justificación de los derechos humanos depende del contexto social y de la época histórica. Son cosas distintas; es la diferencia que va entre explicar y justificar. Los derechos humanos se explican históricamente, pero su justificación no puede basarse en la historia. No tendría sentido, por ejemplo, decir que la revolución de los esclavos que organizó Espartaco no estaba justificada, porque en esa época la esclavitud formaba parte de la organización social de la antigua Roma.

257

V. FILOSOFÍA POLÍTICA

21. Permítame preguntarle ahora con respecto a algunos temas de filosofía política, ¿usted se considera un liberal?

MA: Más que un liberal, políticamente yo me considero un socialista. Lo que pasa es que el socialismo, bien entendido, significa recoger la herencia liberal y llevarla más allá. Hay una frase muy famosa de un socialista español, Indalecio Prieto. Él decía que era «socialista a fuer de liberal», y la frase me parece muy acertada. Por otro lado, la palabra «liberal» se entiende de maneras distintas en Europa y en América. Para nosotros, los liberales son los conservadores moderados, no los «liberales igualitaristas». De manera que, por ejemplo, el equivalente al partido demócrata en Estados Unidos no son los partidos liberales europeos, sino los partidos socialistas o socialdemócratas. Ahora bien, en América Latina, se ha adoptado el uso estadounidense, lo que, en mi opinión, genera confusión

y cierta deformación ideológica. Al seguir ese uso, al desterrar o considerar como un tabú la expresión «socialista», es como si se quisiera ignorar un elemento fundamental del progreso de los últimos tiempos, el que supuso precisamente el socialismo. Si no fuera por el socialismo, hoy no tendríamos derechos sociales y muchas otras cosas. De manera que yo soy socialista, partidario del socialismo democrático, que es una concepción que integra al liberalismo, lo que de valioso tuvo el liberalismo, pues conviene no olvidar que el «neoliberalismo» de nuestros tiempos significa, en muchos aspectos, volver al liberalismo de antaño, al *laissez faire, laissez passer*, que tanto sufrimiento supuso para tanta gente. La buena tradición liberal, para entendernos, es la de John Stuart Mill quien, precisamente, pensó que liberalismo y socialismo no eran antitéticos.

22. En el ámbito de la filosofía política hay diferentes autores «liberales» en diferentes grados. No se podría equiparar a Nozick con su libertarianismo respecto a Rawls con su liberalismo igualitarista. Además, el liberalismo ha triunfado en cierta medida porque se ha incorporado en las Constituciones. En los Estados constitucionales, muchas de las disposiciones constitucionales tienen herencia liberal. Esta protección de la libertad individual en el sentido de una libertad muchas veces negativa, en que el Estado no debe interferir en las decisiones de la vida del ciudadano, debiendo dejar que este tome las decisiones que así lo estime y que adopte la concepción de vida buena que cada uno elija. Allí, el Estado debe ser neutral en cuanto al modo de vida de los ciudadanos. Pero resulta que en los tiempos actuales, por ejemplo en Latinoamérica, aparecen sociedades claramente fragmentadas, donde hay una abismal diferencia entre estructuras sociales y donde hay personas que no están incluidas de alguna forma en ese denominado contrato social, que debe servir para todos, lo que ha generado diferentes tesis que atacan al liberalismo. Los comunitaristas dicen que hay que preocuparse más en la comunidad, en que hay valores compartidos, y también una tendencia que hoy está algo de moda es el republicanismo, que en alguna de las versiones de Pocock o Skinner refieren que es importante entender las ideas en su contexto histórico y que, por ejemplo, cuando se discutía en los inicios del constitucionalismo estadounidense no eran las posturas liberales las que predominaban, sino las posturas republicanas en las que se

apostaba por las virtudes ciudadanas o de cómo hacer que el ciudadano participe más en política, pero, con el paso del tiempo, tales tesis republicanas quedaron relegadas. Por ello, dichos autores apuestan por el renacimiento de tales tesis republicanas. ¿Cuál es su opinión sobre el republicanismo?

MA: Creo que, básicamente, es una cuestión de moda y que parte del éxito tiene que ver con el olvido de la tradición socialista. O sea, lo que pueda haber de positivo en el republicanismo, en mi opinión, es lo que uno puede encontrar en el socialismo democrático. No creo que sea casual que todos o casi todos los republicanistas sean estadounidenses. Pero insisto, en nuestra tradición, la crítica al liberalismo (el preocuparse por el bien común, la lucha contra la exclusión, el cultivo de las virtudes públicas) la llevó a cabo el socialismo. A mí me parece bastante curioso que se piense que en Cicerón (quien, naturalmente, defendió la esclavitud: era propietario de esclavos; por cierto, como los redactores de la Constitución de los Estados Unidos) o incluso en Maquiavelo, puedan encontrarse mejores guías para pensar cómo deberíamos organizar nuestras sociedades que, pongamos, en Marx o en John Stuart Mill. Por lo demás, creo que el republicanismo en ocasiones aparece ligado al populismo que, en mi opinión, es uno de los grandes males políticos que se ciernen sobre nuestras sociedades.

259

23. Esa tradición socialista democrática ¿por quienes estaría representada en Europa? Rawls sostiene que existen cuatro roles que la filosofía política puede cumplir como parte de la cultura pública de una sociedad: identificar los términos del conflicto político divisivo, orientar a que una sociedad evalúe las instituciones frente al conflicto, reconciliar a la sociedad ante el conflicto, así como proponer una utopía realizable que permita un mejor futuro para nuestra sociedad. Al respecto, ¿usted cree que en Europa dicho socialismo democrático se constituye en una utopía realizable?

MA: Me parece que estamos olvidando cosas básicas que tendrían que formar parte de nuestra tradición de filosofía política. Me refiero al socialismo y, claro está, el autor clave en esta tradición (no el único) es Marx. Yo nunca he sido marxista, pero la obra de Marx me ha interesado y me sigue interesando. Es importante, por otro lado, darse cuenta de que en la tradición marxista no está solo la versión autoritaria y despótica, el llamado

«marxismo-leninismo»; sino también, el socialismo democrático. Por otro lado, si tomamos en cuenta los dos grandes modelos que siguieron los países desarrollados después de la segunda guerra mundial, el estadounidense y el europeo, yo creo que este segundo es manifiestamente superior; o sea, promueve un tipo de sociedad más civilizada, más igualitaria, con más derechos y donde la gente, los individuos, pueden tener existencias más satisfactorias. Piénsese, simplemente, en que en los Estados Unidos sigue sin haber un derecho universal a la salud, consecuencia, sin duda, del tipo de liberalismo ahí imperante y que en muchos sitios –de manera en mi opinión incomprensible–, toman como modelo. En Europa, ese derecho se aseguró por primera vez en Inglaterra (lo hicieron los laboristas, los socialistas) y, por ejemplo en España, se introduce el seguro obligatorio de enfermedad, incluso ya durante los últimos años del franquismo, esto es, antes de la democracia. Y el problema es que, en los últimos tiempos, por incomprensible que resulte, da la impresión de que lo que se va imponiendo (o se ha impuesto), a través de la globalización, es el liberalismo individualista: el llamado neoliberalismo que está destruyendo nuestras sociedades. Es una verdad de Perogrullo: si no conseguimos reducir la desigualdad extrema, no tendremos sociedades decentes. Es imposible lograr sociedades integradas, donde la gente no se sienta excluida, participe en la vida pública, etcétera, si los derechos sociales no están mínimamente garantizados. Lo que nos falta, por lo tanto, es esencialmente igualdad; y mucho más, naturalmente, si uno piensa en Latinoamérica que, como se sabe, es la región del mundo más desigualitaria.

24. ¿Esto requeriría de un Estado más bien fuerte en la promoción de virtudes cívicas, tolerancia. etc.?

MA: Para que aparezcan las virtudes cívicas se necesita que las personas tengan satisfechas sus necesidades básicas. No digo que no sea importante también educar a la gente. Pero lo fundamental, en esto uno no puede ser sino marxista, son las condiciones de existencia, o sea, la organización económico-social. ¿Qué virtud se va a poder transmitir a alguien que vive en la indigencia, en la exclusión, que se da cuenta de que no puede llevar a sus hijos a una escuela decente y que no puede alimentarlos adecuadamente? Como es obvio, su principal preocupación no puede ser otra que la de asegurarse un bienestar básico. Y, por cierto, un bienestar que debe ser sostenido en el tiempo y para todos.

25. Pero, para darle a esas personas que no tienen nada, ¿habría que quizás quitarle algo a aquellos que tienen mucho?

MA: Obviamente, pero la manera pacífica y civilizada de hacerlo consiste en introducir algo que se ha inventado hace ya bastante tiempo: un sistema impositivo progresista que, por cierto, es una de las más tradicionales reivindicaciones del socialismo.

26. ¿Ello nos llevaría a privilegiar el bienestar general por sobre los derechos individuales? ¿No sería esta una postura utilitarista?

MA: Pues claro que lo es. ¿Pero qué objeción racional puede ponerse frente a una política de ese tipo? ¿Acaso hay algo de malo en tratar de lograr el bienestar general? Y por supuesto que eso no supone ir contra ningún derecho individual. Los países con un sistema impositivo más progresista (donde los más ricos pagan más) son también aquellos en donde existen más derechos civiles y políticos. Por algo será.

27. Los autores liberales estarían poco dispuestos a aceptar, tal vez el propio Rawls, que se sacrifiquen los derechos individuales por el bienestar general.

261

MA: Depende de qué tipo de autor liberal se trate. Pero recordemos que uno de los principios de Rawls es el de diferencia; o sea, que las desigualdades solo están justificadas, según él, si benefician a los peor situados, que es otra forma de decir: si se garantiza cierto bienestar general. La teoría de la justicia de Rawls viene a corresponderse, no con la práctica política estadounidense, sino más bien con la europea (al menos, la de antes de la globalización). Insisto una vez más: el bienestar general, o sea, en el que todos vean satisfechas sus necesidades básicas es la exigencia más obvia del principio de dignidad humana. Y la dignidad es de alguna forma previa para poder hablar de libertad o de igualdad. O sea, los llamados derechos sociales son, cabría decir, más fundamentales que los otros, pero en realidad no se excluyen entre sí, sino que todos ellos forman una unidad. Como decía Kant, la dignidad, la libertad y la igualdad (las tres ideas centrales de las diversas formulaciones del imperativo categórico) se integran en una misma ley moral.

VI. ENSEÑANZA DEL DERECHO

28. ¿Cuál cree usted que es el rol que desempeñan las universidades en las sociedades actuales en la enseñanza del Derecho?

MA: Pues creo que es un rol que se está volviendo bastante problemático. Soy más bien pesimista en relación con lo que está pasando con las universidades en general y con la universidad española en particular. En el caso español, la introducción del neoliberalismo en la universidad se ha venido a llamar el Plan Bolonia y su consecuencia fundamental es la destrucción de la institución: la universidad española quizás no fuera excelente, pero al menos tenía algunas cosas positivas. Ahora, de lo que se trata es de introducir la lógica empresarial en la universidad, de manera, que casi parece que hay que preguntarle a las empresas para que nos digan qué y cómo se debe enseñar. No es que no haya que formar a los estudiantes para que puedan al final de sus estudios lograr un empleo. Pero la universidad debe cumplir también otras funciones, y una de ellas tendría que ser la de crítica social, a la que parece haberse renunciado prácticamente del todo. A mí me sorprende cada vez más la llamativa falta de espíritu crítico que uno encuentra hoy en la universidad española, tanto entre los estudiantes como entre los profesores. Digamos que aquí se ha producido, para utilizar la terminología de Habermas, una completa colonización del mundo de la vida, de un aspecto del mismo, por parte del sistema económico-administrativo. Y esto es particularmente grave en un momento en el que se necesitaría introducir cambios drásticos en el mundo, si no queremos renunciar sin más a que haya un futuro. Y me temo que para ese cambio no se puede contar mucho con la universidad, por lo menos si continúa la dinámica de los últimos tiempos.

262

29. ¿Por qué en algunos de sus textos, por ejemplo, en Las razones del derecho, incide en el sentido de que la enseñanza del derecho debe ser más práctica?

MA: Porque el derecho es algo práctico, un tipo de praxis social. Y ese elemento se capta muy bien desde una perspectiva argumentativa. Cuando se realiza un curso de argumentación jurídica, el objetivo no puede ser, simplemente, el de enseñar teoría de la argumentación jurídica, sino enseñar a argumentar; la teoría es un elemento auxiliar. En ese sentido,

el derecho se asemeja a la medicina. El médico no es un químico o un biólogo, sino alguien que debe movilizar conocimiento de una variedad de tipos para curar o prevenir una enfermedad. Y lo mismo pasa con el jurista: lo que se le pide es que, a partir de una serie de conocimientos que, en realidad, son muy variados, sea capaz de encontrar soluciones a lo que llamamos problemas jurídicos: cómo decidir un caso y fundamentarlo, cómo redactar una demanda para lograr un fallo favorable a los intereses de un cliente, cómo configurar una ley para resolver tal problema social, etcétera. Para nosotros es tal la importancia de la práctica que ni siquiera puede plantearse, si se va al fondo del asunto, la distinción entre teoría y práctica. Por ejemplo, yo diría que la filosofía del derecho es, en realidad, una práctica teórica, y que una filosofía del derecho que no sirva de alguna manera para la práctica, carece de valor.

30. La enseñanza del derecho en las escuelas norteamericanas, más vinculadas al método del caso, ¿debería ser de mayor fomento y aplicación en las escuelas de derecho latinoamericanas o del modelo continental?

MA: Sí. Pero lo que está ocurriendo, me parece, es que lo estamos aplicando (me refiero al famoso método socrático) mal. Por ejemplo, en España, mi impresión es que la necesidad de que la enseñanza del derecho sea más práctica se ha confundido con una especie de pragmatismo de corto vuelo. Muchos no advierten que para poder ser un buen jurista práctico (no un «practicón» del tres al cuarto) se necesita contar con una buena formación en teoría del derecho. O sea, dado que el material jurídico está cambiando constantemente, con lo que debería contar sobre todo un estudiante del derecho es con una red conceptual (lo que normalmente llamamos una teoría) que le permita comprender y manejar el material normativo. Y un aspecto fundamental de todo ello es la argumentación. De manera que el estudiante que sale de una Facultad de Derecho tiene, obviamente, que conocer los contenidos básicos del sistema jurídico que vaya a tener que utilizar. Pero sobre todo, tiene que haber aprendido a usar esos contenidos y los que constantemente se van generando para resolver problemas. Por lo demás, el método socrático (y conviene recordar que Sócrates no fue un profesor de Harvard, sino un filósofo griego) es muy difícil de utilizar: no solo porque requiere ciertas habilidades por parte de profesores y estudiantes, sino también, yo diría que sobre todo, porque exige mucho

trabajo, mucha preparación previa a la clase por parte de profesores y estudiantes.

31. ¿Cree que hay razones para asumir que el oficio de profesor universitario sigue mereciendo la pena?

MA: Esperemos que sí. Pero tampoco en esto soy muy optimista. Enseñar algo es muy difícil, uno tiene que ser consciente de ello, aunque al mismo tiempo, como es lógico, un profesor no puede dejar de pensar que puede lograrlo. Bueno, de vez en cuando te encuentras con que alguna cosa que has dicho en una clase, que has escrito en un libro, alguien lo ha recogido y le ha servido para algo útil. Puede pasar y a veces pasa. Pero uno tiene que esforzarse por ejercer la profesión tratando de enseñar algo, de mejorar algún aspecto del mundo, aunque quizás no se vaya a producir ese resultado y, en todo caso, aunque él no pueda llegar a conocerlo. Forma parte de la deontología del profesor.

32. ¿Qué autores han influido en mayor medida en su formación filosófica?

264

MA: En cuanto a mi formación filosófica, puedo contestar refiriéndome a los tres cuadros que tengo en la habitación de mi casa en la que trabajo: un cuadro famoso de la escuela de Atenas, en la que aparecen los autores más clásicos: Sócrates, Platón, Aristóteles, algunos estoicos...; también tengo un retrato de un joven Kant; y otro de Marx (en este caso, no del joven Marx). Creo que son los filósofos que para mí han sido más determinantes. Y por lo que se refiere a los juristas, pondría en primer lugar a von Ihering; creo que él ha sido el más importante de los dos últimos siglos y el iniciador, en cierto modo, del post-positivismo. Y entre los contemporáneos, quienes más me han influido son Nino, Dworkin, Alexy y MacCormick. Pero, claro, hay muchísimos otros a los que les debo mucho.

33. Es curioso que un texto tan importante de MacCormick como es *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978), no se haya traducido al español, ¿sabe usted por qué?

MA: Pues creo que por pura casualidad, por mala suerte. El azar juega un papel fundamental para explicar muchas cosas. Y la verdad es que se han traducido al castellano, en las últimas décadas, muchísimas obras cuyo valor es considerablemente menor que el de ese libro. De todas formas,

ahora se va a publicar pronto en Palestra un libro de MacCormick sobre argumentación jurídica de una etapa posterior y que, en cierto modo, es un desarrollo de las tesis contenidas en aquel.

34. Y de MacCormick ¿qué ha influido en usted?

MA: Muchas cosas. Estudié a fondo su libro de 1978 *Legal Reasoning and Legal Theory*, que es uno de los mejores que se han escrito en las últimas décadas sobre argumentación jurídica, si no el mejor. En algunos aspectos yo diría que es incluso mejor que el de Alexy de la misma fecha, aunque las tesis que defienden uno y otro autor son muy parecidas. Lo que yo destacaría sobre todo del libro de MacCormick es su claridad, su elegancia y su vinculación con la práctica. Pero he leído también muchas otras cosas de MacCormick y nunca me ha decepcionado. Todo lo que ha escrito es muy bueno.

35. Hay una traducción italiana del libro de MacCormick: Ragionamento giuridico e teoria del diritto. Una de las ideas principales del libro es que detrás de toda forma de razonar jurídicamente hay teoría del derecho que es indesligable de esta.

265

MA: Sí. Como antes decía, Alexy y MacCormick tienen concepciones muy semejantes de la argumentación jurídica, pero su método de exposición es bastante distinto. Alexy parte de una teoría filosófica general (básicamente, la teoría del discurso habermasiana) que de alguna forma aplica al derecho. Y MacCormick, podríamos decir, va construyendo una teoría (o va utilizando elementos teóricos) a medida que va planteando y solucionando problemas jurídicos de carácter argumentativo. Pero es obvio, como lo indica ya el título, que para MacCormick la argumentación jurídica no puede separarse de la teoría del derecho.

36. Dado que los filósofos griegos han tenido mucha influencia en usted. ¿Hay algún autor griego que sea su preferido?, ¿por qué?

MA: En primer lugar, yo no soy ningún especialista en la filosofía griega. Pero me gusta leer a los clásicos. Los diálogos de Platón me fascinan y me han fascinado desde que los descubrí. En ese sentido, por la vinculación de Platón con la literatura, siempre me sentí más inclinado hacia este que hacia Aristóteles. Pero ya no sé si es así en los últimos tiempos. La *Retórica* de Aristóteles es el libro que más veces he leído en mi vida.

37. En uno de sus libros vi que usted había revisado con mucha atención el texto de I.F. Stone sobre El juicio de Sócrates ¿qué le pareció?

MA: Desde hace muchos años, yo empiezo mi curso de Filosofía del derecho con la *Apología de Sócrates*. Y creo que no hay mejor manera de introducir a los estudiantes para comprender lo que significa la filosofía y el derecho. Pienso, y la experiencia me lo confirma, que nadie con un mínimo de inteligencia y de sensibilidad puede dejar de sentirse tocado tras la experiencia de esa lectura. Entre otras cosas, uno aprende ahí en qué consiste la técnica del interrogatorio y encuentra planteado el que quizás sea el principal problema de la filosofía del derecho: ¿Por qué debe obedecerse el derecho? ¿Debe obedecerse? Hay mucho escrito sobre Sócrates, pero yo guardo un recuerdo muy especial del libro de Stone, quizás por el momento en que lo leí: me permitió entender muchas cosas.

38. Para ir terminando, de sus libros ¿cuál de ellos le trajo más satisfacciones personales?

266

MA: Creo haber tenido suerte en mi vida profesional. A decir verdad, he trabajado muchísimo, pero aparte de eso, he tenido la fortuna de trabajar en la Universidad en una época en la que se han tenido muchos medios y en que la filosofía del derecho ha tenido un gran auge, en buena medida por el interés que en los últimos tiempos ha surgido por esta materia en muchos países latinoamericanos. He escrito bastante y mucha gente ha leído esos textos, lo que resulta muy satisfactorio.

39. ¿Cuál le gustó más?

MA: Quizás los dos últimos: el *Curso de argumentación jurídica* y *Filosofía del derecho y transformación social*. El primero es una síntesis y una sistematización de mucho trabajo anterior. Creo que puede ser de utilidad para los juristas, en el sentido de que puede contribuir a completar su formación. Y en el otro, lo que presento es algo así como la concepción del derecho que, en mi opinión, da sentido al enfoque argumentativo. O sea, el uso de los instrumentos argumentativos tiene que estar encaminado a mejorar el sistema jurídico y el sistema social. Como antes ya he dicho, el estudio filosófico del derecho no puede desconectarse de la transformación social.

MISCELÁNEA

La violencia sexual contra las mujeres ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El largo camino desde la invisibilización a una protección integral

 CLAUDIO NASH ROJAS*

Sumario

I. Introducción. **II.** La violencia de género y los derechos humanos. 2.1. La violencia de género en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. 2.2. El comienzo: la invisibilización de la violencia de género en la jurisprudencia de la CIDH. 2.3. Un giro necesario: la construcción de un enfoque diferenciado para enfrentar la violencia de género en la jurisprudencia de la CIDH. **III.** Violencia de género en la jurisprudencia reciente de la CIDH. 3.1 Violencia sexual. 3.2. Violencia sexual como forma de tortura. 3.3. Esterilizaciones no consentidas. 3.4. Derecho a la vida de las mujeres (art. 4 CADH). **IV.** Obligaciones del Estado de adoptar medidas de debida diligencia para prevenir la violencia contra las mujeres. **V.** Obligación del Estado de investigar los actos de violencia contra las mujeres y realizar una investigación diligente. **VI.** Conclusiones.

Resumen

El enfoque predominante en materia de derechos humanos de las mujeres es el correctivo, basado en el principio de igualdad y no discriminación. La aplicación de este enfoque supone una lectura de los derechos de las mujeres a partir del contexto de discriminación estructural en el que viven. Tomando en consideración estos elementos contextuales, este texto busca determinar la

* Doctor en Derecho. Académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Presidente de la fundación Diálogo Jurisprudencial Iberoamericano.

forma en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado casos relativos al goce y ejercicio de los derechos respecto de las mujeres. Estudiaremos la forma en que se ha ido configurando una protección robusta de los derechos humanos de las mujeres en la jurisprudencia de la Corte, cómo se han ido ampliando los temas tratados y la forma en que las obligaciones generales también se han reconfigurado cuando la CIDH asume una perspectiva de género en su análisis.

Palabras clave

Violencia de género, violencia sexual, discriminación, derechos humanos de las mujeres, Corte Interamericana de Derechos Humanos

Abstract

The predominant focus on women's human rights is the corrective, based on the principle of equality and non-discrimination. The enforcement of this approach entails a reading of women's rights based on the context of structural discrimination experienced by women. Taking into consideration these contextual elements, the paper seeks to determine the way in which the Inter-American Court of Human Rights has interpreted cases related to the enjoyment and exercise of rights with respect to women. We will study the way in which a robust protection of women's human rights has been configured in the jurisprudence of the Court, how the topics discussed have been expanded and how the general obligations have also been reconfigured when the Court assumes a gender perspective in its analysis.

Keywords

Gender violence, sexual violence, discrimination, women's human rights, Inter-American Court of Human Rights

I. Introducción

Este estudio parte de la premisa según la cual los derechos humanos se insertan en un contexto histórico determinado. Por tanto, no son neutrales ni atemporales; de ahí que tiendan a aplicarse a la luz de los criterios culturales predominantes en cada época. Por estas consideraciones, su protección debe considerar los factores culturales involucrados en cada contexto y, de manera especial, a los sujetos destinatarios de tal protección.

Tradicionalmente, el paradigma sobre el cual se han aplicado los catálogos de derechos ha sido profundamente excluyente de las mujeres. De ahí la necesidad de corregir estas prácticas de exclusión, dando efectividad al principio de universalidad, de manera que se adopten medidas que protejan a los distintos titulares de tales derechos. Esta es la manera por la cual se lograría que los derechos se gocen y ejerzan en condiciones de igualdad y sin discriminación¹.

La forma en que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) ha enfrentado la lectura restrictiva de los derechos humanos ha sido normativa y jurisprudencial. La primera se ha concretado a través de nuevos instrumentos nacionales e internacionales que consagren, sin margen de duda, los derechos de quienes han sido excluidos en la práctica de la titularidad de los mismos y, la segunda, a través de la creación de mecanismos que velen por una efectiva aplicación de estos derechos. Es decir, estamos ante esfuerzos por efectivizar los derechos. Además, frente a la lectura de los derechos que privaba de su ejercicio a las mujeres, se hizo necesario contar con instrumentos que definieran claramente los alcances de las obligaciones del Estado cuando el titular de derechos sea una mujer. Estos instrumentos no agregan nuevos derechos, sino que explicitan la forma de garantizarlos.

En este sentido, un avance en el sistema de protección internacional fue desarrollar un enfoque correctivo. Este se basa en la constatación de que las mujeres viven en una situación de discriminación que les impide ejercer sus derechos en condiciones de igualdad con los hombres y está en la base de la Convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (Cedaw, por sus siglas en inglés) que, justamente, lo que busca es corregir estas desigualdades para generar situaciones de efectiva igualdad. La norma más interesante en esta perspectiva es la del art. 4 de la Cedaw que establece, explícitamente, la obligación del Estado de

¹ El principio de igualdad y no discriminación ha sido ampliamente recibido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), tanto a nivel normativo como en la práctica de los órganos de protección. Ejemplo de esto son los artículos. 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); arts. 2.1, 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículos 1 y 4 Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Cedaw); artículos 1 y 2 de la Convención de Belem do Pará. Sobre jurisprudencia de la Corte Interamericana, ver: Cuadernillos de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, N.º 4 Género. Disponible en: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/genero1.pdf>>.

adoptar medidas de corrección². Para lograr una interpretación acorde con el principio de igualdad y no discriminación, es necesario que la labor interpretativa considere el contexto cultural y las particularidades del titular para lograr un efectivo goce y ejercicio de los derechos.

Tomando en consideración los elementos interpretativos reseñados, veremos cómo estos han influido en la forma en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha interpretado casos relativos al goce y ejercicio de los derechos respecto de las mujeres. Estudiaremos la forma en que se ha ido configurando una protección robusta de los derechos humanos de las mujeres en la jurisprudencia de la CIDH, cómo se han ido ampliando los temas tratados y la forma en que las obligaciones generales también se han reconfigurado cuando la CIDH asume una perspectiva de género en su análisis.

II. La violencia de género y los derechos humanos

2.1. La violencia de género en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

272

El artículo 1 de la Cedaw establece que «la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económicas, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera». En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), existe un instrumento específicamente desarrollado para combatir la violencia contra las mujeres: la Convención de Belém do Pará³ (1984), instrumento que reconoce el derecho que tienen las mujeres víctimas de violencia al acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Su artículo 1 dispone que debe entenderse

² CEDAW, artículo 4.1: «La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato». (CEDAW, ratificada en 1979 y entró en vigencia en 1981).

³ OEA. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará). Adoptada por la Asamblea General el 09 de junio de 1994.

por violencia contra la mujer «cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado», mientras que el artículo 2 establece los ámbitos donde puede darse dicha violencia⁴. Finalmente, en el artículo 7 se precisan las obligaciones del Estado⁵.

El Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Comité DDHH) emitió la Observación General N.º 28 (2000) sobre igualdad entre hombres y mujeres, en la que establece una cuestión central para la interpretación de los derechos cuando su titular –en el caso concreto– sea una mujer: es necesario reconocer que los factores culturales influyen en la discriminación contra las mujeres⁶. Por su parte, el Comité de la Cedaw, en su Recomendación General N.º 19, entendió que la definición de discriminación contra la mujer del artículo 1 de la Convención, abarca la violencia basada en el sexo e incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad⁷.

Como vemos, la violencia que sufren las mujeres se manifiesta en distintos ámbitos y eso obliga a considerar dicho fenómeno en su totalidad. La violencia no se da solo en el espacio público, sino que también se presenta,

⁴ «Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a) que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; b) que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y c) que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra». (Convención de Belém do Pará, artículo 2).

⁵ Dentro de las cuales es importante destacar algunas: adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces; y, adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.

⁶ Comité DH. Observación General N.º 28. Artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (La igualdad entre hombres y mujeres), 68º período de sesiones, U.N. Doc. Disponible en: HRI/GEN/1/Rev.7 at 207 (2000), párrafo 5.

⁷ CEDAW. Recomendación General N.º 19, 11º período de sesiones, U.N. Doc. disponible en: HRI/GEN/1/Rev.1 at 84 (1994), párrafo 6.

con especial fuerza, en el ámbito doméstico⁸. Es así como el fenómeno de la violencia contra las mujeres deja de ser una cuestión privada y se transforma en una forma de violación de sus derechos humanos⁹, respecto de la cual el Estado debe adoptar las medidas necesarias para su erradicación¹⁰. Estas medidas deben centrarse en aspectos preventivos, que permitan abocarse a las causas de la violencia, así como en aquellos aspectos que la permiten¹¹.

En definitiva, la violencia ejercida contra las mujeres tiene impacto en el goce y ejercicio de sus derechos humanos¹².

2.2. El comienzo: la invisibilización de la violencia de género en la jurisprudencia de la CIDH

Es claro que en sus primeros casos la CIDH invisibilizó la violencia de género y, particularmente, la violencia sexual. Dos casos son ejemplos claros de esta invisibilización. En el primer caso «Caballero y Santana» vs. Colombia (1995), hay el testimonio de una testigo que señala que la señora María del Carmen Santana fue trasladada desnuda en una camioneta por sus captores, sin que este hecho fuera objeto de ningún tipo de análisis en la sentencia dictada por la CIDH¹³. El segundo caso «Loayza Tamayo» vs. Perú (1997), la víctima reclamó que había sido objeto de violencia sexual

⁸ Rhonda COPELON, «Terror íntimo: La violencia doméstica entendida como tortura», en Rebeca COOK (Edit.) *Derechos humanos de la mujer. Perspectivas nacionales e internacionales*, Bogotá, ProFamilia, 2001. Disponible en: < http://ovsyg.ujed.mx/docs/biblioteca-virtual/Terror_intimo.pdf >

⁹ CEDAW. Recomendación General N.º 19, 11º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 84 (1994), párrafos. 8 y 9.

¹⁰ ASAMBLEA GENERAL, «Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer», *Informe del Secretario General*, A/61/122, 6 de julio de 2006.

¹¹ Nieves RICO, *Violencia de género: un problema de Derechos Humanos*, Serie Mujer y Desarrollo N.º 10, Santiago de Chile, CEPAL NACIONES UNIDAS, 1996. Disponible en: <<https://www.cepal.org/mujer/noticias/paginas/3/27403/violenciadegenero.pdf>>

¹² «La violencia contra la mujer es una violación de los derechos humanos de las mujeres e impide que las mujeres gocen de sus derechos humanos y libertades fundamentales, como los derechos a la vida y la seguridad personal, al más alto nivel posible de salud física y mental, a la educación, al trabajo y a la vivienda, así como a la participación en la vida pública. Dicha violencia perpetúa la subordinación de las mujeres y la distribución desigual del poder entre las mujeres y los hombres. Tiene consecuencias para la salud y el bienestar de las mujeres, acarrea un pesado costo humano y económico, obstaculiza el desarrollo y también puede causar el desplazamiento». Asamblea General. Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer. Informe del Secretario General. A/61/122, 6 de julio de 2006, párrafo 156.

¹³ CIDH. caso «Caballero Delgado y Santana» vs. Colombia, (*Fondo*), Sentencia de 8 de diciembre de 1995, Serie C N.º 22, párrafo 37.

(violación sexual mientras estuvo privada de libertad), frente a lo cual, la CIDH solo se limitó a señalar en la sentencia de fondo que «dada la naturaleza del hecho, no está en condiciones de darlo por probado»¹⁴. La CIDH no aplicó, en este caso, sus parámetros mínimos sobre la obligación de investigar y sancionar –lo cual hacía desde su primera sentencia contenciosa–¹⁵; menos aún consideró el contexto de violencia armada en el que se produjo la violencia sexual en contra de la señora Loayza Tamayo; no evaluó su testimonio, ni los posibles patrones sistemáticos de violencia; ni siquiera estableció el deber de investigar y sancionar este tipo de violencia, entre otros elementos que pudo haber utilizado. De esta forma, una primera aproximación de la CIDH se desarrolló desde parámetros tradicionales, que invisibilizaron formas evidentes de violencia contra las mujeres en el contexto de conflictos armados.

2.3. Un giro necesario: la construcción de un enfoque diferenciado para enfrentar la violencia de género en la jurisprudencia de la CIDH

Debieron de pasar años para que la CIDH comenzara a poner al día su jurisprudencia en materia de violencia de género. A continuación daremos cuenta de algunos de los hitos de este proceso, así como del escenario en el que se desarrolló.

275

Comencemos por el contexto internacional. El Comité de DDHH, en su Observación General N.º 28 (2000), reconoció los factores culturales

¹⁴ «Aún cuando la Comisión alegó en su demanda que la víctima fue violada durante su detención, la Corte, después de analizar el expediente y, dada la naturaleza del hecho, no está en condiciones de darlo por probado. Sin embargo, los otros hechos alegados como la incomunicación durante la detención, la exhibición pública con un traje infamante a través de medios de comunicación, el aislamiento en celda reducida, sin ventilación ni luz natural, los golpes y otros maltratos como el ahogamiento, la intimidación por amenazas de otros actos violentos, las restricciones al régimen de visitas (*supra*, párrafo 46 c., d., e., k. y l.), constituyen formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes en el sentido del artículo 5.2. de la Convención Americana. De las alegaciones y pruebas examinadas aparecen elementos graves y convergentes, y no desvirtuados por el Estado, que permiten válidamente presumir la existencia de una práctica de tratos crueles, inhumanos y degradantes en la cual se enmarca el presente caso «de la señora María Elena Loayza Tamayo, en violación del derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5 de la Convención Americana». CIDH, Caso «Loayza Tamayo» vs. Perú, (*Fondo*), Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párrafo 58.

¹⁵ CIDH, caso «Velásquez Rodríguez» vs. Honduras, (*Fondo*), Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C N.º 4.

que influyen en la discriminación contra la mujer¹⁶. Por su parte, el Comité de la Cedaw, en su Recomendación General N.º 25 (2004), reconoció la situación de discriminación que sufre la mujer e insta a que los Estados tomen medidas transformadoras al respecto¹⁷. El mismo Comité, en el caso «A. T» vs. Hungría (2003), había establecido que «en muchas ocasiones que las actitudes tradicionales según las cuales se considera a la mujer como subordinada al hombre contribuyen a la violencia contra ella»¹⁸. Lo cual también permitió construir la idea de que el contexto está determinado por factores culturales que permiten que se produzcan discriminaciones hacia las mujeres. Por su parte, la relatora especial sobre violencia contra la mujer, en su «Informe de Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género: la violencia contra la mujer» (2006), se analiza la situación de violencia contra la mujer en México y el contexto en el cual destaca «una desigualdad de género arraigada en la sociedad y, por el otro, un sistema jurídico y de gobierno dividido en varios niveles que no responde con eficacia a los delitos de violencia, incluida la violencia de género»¹⁹ y señala como medidas a adoptar por el Estado, la investigación diligente de todos los actos de violencia contra la mujer, llevar a juicio a los agresores, ofrecer rápidamente indemnizaciones adecuadas y brindar apoyo a los supervivientes; asimismo, señala que es deber del Estado fortalecer la administración de justicia, prestando atención especial a los obstáculos de derecho y de procedimiento que impiden el acceso de las mujeres,

¹⁶ «La desigualdad que padecen las mujeres en el mundo en el disfrute de sus derechos está profundamente arraigada en la tradición, la historia y la cultura, incluso en las actitudes religiosas. (...) Los Estados Partes deben cerciorarse de que no se utilicen las actitudes tradicionales, históricas, religiosas o culturales como pretexto para justificar la vulneración del derecho de la mujer a la igualdad ante la ley y al disfrute en condiciones de igualdad de todos los derechos previstos en el Pacto». Comité de Derechos Humanos. Observación General N.º 28, aprobada por el Comité en su 1834a sesión (68º período de sesiones), celebrada el 29 de marzo de 2000, párrafo 5.

¹⁷ «(...) los Estados Partes están obligados a hacer frente a las relaciones prevalecientes entre los géneros y a la persistencia de estereotipos basados en el género que afectan a la mujer no solo a través de actos individuales sino también porque se reflejan en las leyes y las estructuras e instituciones jurídicas y sociales». Comité CEDAW. Recomendación General N.º 25, aprobada en el 30º período de sesiones, 2004, párrafo 7.

¹⁸ Comité CEDAW. Comunicación N.º. 2/2003, Señora A. T. contra Hungría, dictamen adoptado el 26 de enero de 2005, 32º período de sesiones, párrafo 9.4.

¹⁹ ONU Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias. «Informe» *Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género: la violencia contra la mujer*, 2006, párrafo 6º. Disponible en < <http://www.cinu.org.mx/biblioteca/documentos/dh/mujer.pdf>>.

especialmente las mujeres indígenas y migrantes, a recursos judiciales y medios de protección eficaces²⁰.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), emite en 2007 un informe sobre los derechos humanos en Brasil en el cual este órgano de protección se refiere por primera vez a este tema, dando cuenta de los problemas existentes en este país para investigar los casos de violencia contra las mujeres²¹. Ello es la base del caso que marca un hito en el sistema interamericano, el caso «María da Penha»²² (2001), en el cual la Comisión profundiza su análisis respecto a la violencia contra la mujer y las dificultades de acceso a la justicia. Sostuvo la Comisión en su informe de fondo

Dado que esta violación contra Maria da Penha forma parte de un patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado para procesar y condenar a los agresores, considera la Comisión que no solo se viola la obligación de procesar y condenar, sino también la de prevenir estas prácticas degradantes. Esa ineffectividad judicial general y discriminatoria crea el ambiente que facilita la violencia doméstica, al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para sancionar esos actos. (caso «María da Penha», párrafo 56).

277

Dicho enfoque integral se aplica a la lectura de la realidad del acceso a la justicia de las mujeres en el continente, lo que quedó plasmado en el informe realizado por la Comisión sobre Acceso a la Justicia para Mujeres

²⁰ ONU Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias. «Informe» *Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género: la violencia contra la mujer*, párrafo 69.

²¹ «Además, incluso donde estas comisarías especializadas existen, el caso continúa frecuentemente siendo que las quejas no son del todo investigadas o procesadas. En algunos casos las limitaciones entorpecen los esfuerzos que se realizan para responder a estos delitos. En otros casos, las mujeres no presentan cargos formales contra el agresor. (...) Los delegados que no han recibido suficiente capacitación pueden no ser capaces de prestar los servicios requeridos, y algunos continúan, según se informa, respondiendo a las víctimas de manera que les hacen sentir vergüenza y humillación». COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe Brasil*, 29 septiembre 1997, párrafo 26. Disponible en: <<http://www.cidh.org/countryrep/Brasesp97/indice.htm>>.

²² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe N° 54/01. Caso 12.051 Maria Da Penha Maia Fernandes*. Brasil, 16 de abril de 2001. Disponible en: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/capituloiii/fondo/brasil12.051.htm>>.

Víctimas de Violencia²³ (2007), en el que se da cuenta de que la situación de discriminación y violencia respecto a las mujeres es generalizada en las Américas

La CIDH ha podido constatar que la violencia y la discriminación contra las mujeres todavía son hechos aceptados en las sociedades americanas, lo cual se refleja en la respuesta y en el tratamiento de los casos de violencia por parte de los funcionarios de la administración de la justicia y de la policía. En consecuencia, es evidente la necesidad de que los Estados diseñen y fortalezcan programas de capacitación para funcionarios del sistema de justicia y de la policía sobre el problema de la violencia contra las mujeres como una grave violación a los derechos humanos y su obligación de ofrecer un trato digno y humano a las víctimas cuando intentan acceder a instancias judiciales. (*Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia*, párrafo 11).

La Comisión en dicho informe hace ver las dificultades que existen para que las mujeres puedan acceder a los sistemas de justicia, tales como «la victimización secundaria que pueden recibir al intentar denunciar los hechos sufridos; la falta de protecciones y garantías judiciales para proteger su dignidad, seguridad y privacidad durante el proceso, así como la de los testigos; el costo económico de los procesos judiciales; y la ubicación geográfica de las instancias judiciales receptoras de denuncias» y «la falta de información disponible a las víctimas y sus familiares sobre la forma de acceder a instancias judiciales de protección y el procesamiento de los casos»²⁴.

En el caso «*Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*» (2004), la CIDH realizó una primera reflexión diferenciada a la violencia sufrida por las mujeres de la comunidad masacrada. En dicha ocasión, la CIDH, señaló que «[l]as mujeres que fueron objeto de violencia sexual» continuaban «padeciendo sufrimientos por dicha agresión». Agrega que

²³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Relatoria sobre los Derechos de la Mujer. *Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, 20 enero 2007. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68. Disponible en: <<https://www.cidh.oas.org/women/Accesso07/indiceacceso.htm>>.

²⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Relatoria sobre los Derechos de la Mujer. *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia*, párrafo 172.

«la violación sexual de las mujeres fue una práctica del Estado, ejecutada en el contexto de las masacres, dirigida a destruir la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual» y que esto tuvo impacto en las mujeres que «se perciben como estigmatizadas en sus comunidades y han sufrido por la presencia de los victimarios en las áreas comunes del municipio». Finalmente, agrega que «la impunidad en la que permanecen estos hechos ha impedido que las mujeres participen en los procesos de justicia»²⁵. Esto se establece en los hechos que tienen en consideración en materia de reparaciones.

En esta línea de comenzar a visibilizar la violencia contra las mujeres en el contexto de la jurisprudencia contenciosa, la CIDH dicta sentencia en el caso «Penal Castro y Castro» vs. Perú²⁶ (2006). En dicha sentencia, la Corte reconoce la existencia de distintas formas de violencia que afectaron a las mujeres internas en dicho recinto²⁷, entre los que señala formas de violencia como instrumentalización en medio de un conflicto armado²⁸, formas de afectación dirigidas contra las mujeres por su sola condición de tales²⁹, y formas de violencia aparentemente neutrales, pero que afectaban desproporcionadamente a las mujeres³⁰. Todo ello le permitió a la CIDH

²⁵ Todas las citas corresponden a: CIDH. caso «Masacre Plan de Sánchez» vs. Guatemala, (Reparaciones), Sentencia 19 de noviembre de 2004, párrafo 49.19.

²⁶ CIDH, caso «Penal Miguel Castro Castro» vs. Perú. (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N.º 160.

²⁷ «Al analizar los hechos y sus consecuencias la Corte tomará en cuenta que las mujeres se vieron afectadas por los actos de violencia de manera diferente a los hombres, que algunos actos de violencia se encontraron dirigidos específicamente a ellas y otros les afectaron en mayor proporción que a los hombres [...]» caso «Penal Miguel Castro Castro» vs. Perú. (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N.º 160, párrafo 223.

²⁸ «Ha sido reconocido por diversos órganos peruanos e internacionales que durante los conflictos armados las mujeres enfrentan situaciones específicas de afectación a sus derechos humanos, como los actos de violencia sexual, que en muchas ocasiones es utilizada como «un medio simbólico para humillar a la parte contraria.» caso «Penal Miguel Castro Castro» vs. Perú. (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N.º 160, párrafo 223.

²⁹ «Dentro de las graves condiciones de detención se encuentran: (...) desatención de las necesidades fisiológicas de la mujer al negarles materiales de aseo personal, como jabón, papel higiénico, toallas sanitarias y ropa íntima para cambiarse; desatención de las necesidades de salud pre y post natal; prohibición de dialogar entre sí, leer, estudiar y realizar trabajos manuales. El daño y sufrimiento experimentados por las mujeres en general y especialmente las mujeres embarazadas y por las internas madres resultó particularmente grave en los términos que se describen más adelante.» caso «Penal Miguel Castro Castro» vs. Perú. (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párrafo 319).

³⁰ «El haber forzado a las internas a permanecer desnudas en el hospital, vigiladas por hombres

configurar, en este caso, formas de violencia de género basadas en violencia contra las mujeres.

Lo más relevante en este caso es el enfoque de la CIDH, ya que realiza una lectura de los hechos a partir de las particularidades de las titulares de derechos. En este sentido, si bien los hechos de violencia ocurridos en el Penal fueron generalizados, la violencia contra las mujeres tuvo características particulares que permitieron a la CIDH establecerlo como un caso de violencia de género.

El caso que marca un hito definitivo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana fue el caso «González y otras» (Campo Algodonero) vs. México (2009), que desarrolló ampliamente los estándares mínimos en materia de acceso a la justicia en casos de violencia contra las mujeres. El enfoque fue integral, considerando el contexto cultural en el cual se desarrollaron los hechos para resolver el caso. Señaló la CIDH que las autoridades nacionales «minimizaban el problema y llegaban a culpar a las propias víctimas de su suerte, fuera por su forma de vestir, por el lugar en que trabajaban, por su conducta, por andar solas o por [la] falta de cuidado de los padres»³¹. Sobre esta base, la CIDH califica el contexto como uno de «cultura de impunidad», y que «esta ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada como parte del diario vivir»³². De la misma forma, la CIDH estableció que la violencia contra las mujeres tenía sus

armados, en el estado precario de salud en que se encontraban, constituyó violencia sexual en los términos antes descritos, que les produjo constante temor ante la posibilidad de que dicha violencia se extremara aún más por parte de los agentes de seguridad, todo lo cual les ocasionó grave sufrimiento psicológico y moral, que se añade al sufrimiento físico que ya estaban padeciendo a causa de sus heridas. Dichos actos de violencia sexual atentaron directamente contra la dignidad de esas mujeres [...]» caso «Penal Miguel Castro Castro» vs. Perú. (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N.º 160, párrafo 308.

³¹ CIDH, caso «González y otras» (Campo Algodonero) vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C N.º 205, párrafo 154.

³² CIDH, caso «González y otras» (Campo Algodonero) vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C N.º 205, párrafo 388.

raíces en conceptos referidos a la inferioridad y subordinación de estas³³. Lo central en dicha sentencia consiste en el reconocimiento explícito de la violencia de género como un fenómeno complejo que no responde a casos aislados sino a una situación de discriminación estructural³⁴.

Aquí cobra relevancia la pregunta sobre las reparaciones. A juicio de la Corte, no bastan las medidas positivas ordinarias de garantía de los derechos; esto es, revisar la institucionalidad para determinar las normas, las prácticas, las instituciones que permiten estas violaciones de derechos; hacer cambios culturales adecuados para visibilizar estas situaciones de subordinación, y adoptar medidas coordinadas y eficaces por parte de todos los órganos del Estado para superar estas situaciones. En este caso se estaba ante una discriminación estructural, ya que la violación de derechos de las mujeres se basa en elementos socioculturales generalizados, y por ello es que adujo que las reparaciones debían transformar este tipo de discriminación

[...] teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos ocurridos en el presente caso y que fue reconocida por el Estado, las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación [...] (caso «González y otras» [Campo Algodonero] vs. México, párrafo 450).

281

El hito que marca esta sentencia es, precisamente, tratar la violencia contra las mujeres no como un acto privado, sino como resultado de un contexto de discriminación estructural en que viven las mujeres en nuestro continente, lo cual tiene consecuencias hermenéuticas así como la imposición de reparaciones contra quienes incurran en estos actos.

³³ CIDH, caso «González y otras» (Campo Algodonero) vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C N.º 205, párrafo 133.

³⁴ CIDH, caso «González y otras» (Campo Algodonero) vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C N.º 205, párrafos 134 y 450.

En los casos «Fernández Ortega y otros»³⁵ y «Rosendo Cantú» y otra³⁶ (2010), ambos sobre violencia sexual contra mujeres indígenas en México, la CIDH reiteró lo señalado en el caso «Campo Algodonero», al reconocer que la violencia contra las mujeres constituye una violación de derechos humanos y una ofensa a la dignidad humana³⁷. Asimismo, señaló que la violencia de género constituye una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre las mujeres y los hombres³⁸, que afecta a las mujeres sin distinguir su raza, clase, etnia, cultura edad o religión, entre otras. Este enfoque ha sido reiterado en el caso «Véliz Franco y otros» vs. Guatemala (2014), donde la CIDH sitúa su análisis en un contexto de violencia contra las mujeres en Guatemala, el que tiene expresiones «históricas, sociales y políticas»³⁹ que deben ser consideradas para «la precisión sobre el grado en que era exigible al Estado considerar la existencia de un riesgo para la niña y, en consecuencia, el deber de actuar»⁴⁰. De esta forma, el contexto o la situación en la que se encuentran las mujeres titulares de derechos convencionales, es un elemento sustantivo y no meramente circunstancial para la interpretación de los derechos y el dictado de medidas de reparación.

Hay dos casos posteriores ante la CIDH que amplían los alcances de la protección de los derechos humanos de las mujeres. En ambos hay importantes consideraciones sobre la autonomía individual y el impacto

³⁵ CIDH caso «Fernández Ortega y otros» vs. México. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N.º 215.

³⁶ CIDH caso «Rosendo Cantú y otra» vs. México. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N.º 216.

³⁷ CIDH, caso «Fernández Ortega y otros» vs. México. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N.º 215, párrafo 118; CIDH caso «Rosendo Cantú y otra» vs. México. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párrafo 100.

³⁸ CIDH, caso «Fernández Ortega y otros» vs. México. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N.º 215, párrafo 118; CIDH caso «Rosendo Cantú y otra» vs. México. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párrafo 108. CIDH caso «Espinoza Gonzáles» vs. Perú. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C N.º 289, párrafo 222.

³⁹ CIDH, caso «Véliz Franco y otros» vs. Guatemala. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C N.º 277, párrafo 65.

⁴⁰ CIDH, caso «Véliz Franco y otros» vs. Guatemala. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C N.º 277, párrafo 67.

que este derecho puede tener para las mujeres en el contexto cultural latinoamericano, caracterizado por patrones de discriminación en su contra:

Por un lado, el caso «Gelman» vs. Uruguay (2011), María Claudia García fue detenida junto a su esposo y trasladada a un centro clandestino para que culminara su embarazo para, luego del parto, ser desaparecida y su hija, secuestrada por sus captores. La CIDH señaló que el trato que se le dio a María Claudia fue

[una] instrumentalización de su cuerpo en función del nacimiento y el periodo de lactancia de su hija, quien fue entregada a otra familia luego de ser sustraída y sustituida su identidad. Los hechos del caso revelan una particular concepción del cuerpo de la mujer que atenta contra su libre maternidad, lo que forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres⁴¹.

Por otro lado, el caso «Artavia Murillo» vs. Costa Rica (2012), relativo al derecho a la fertilización asistida. En él, la CIDH profundiza en el tema de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. En efecto, partir de la idea de autonomía individual, la CIDH concluye que

283

la vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, la CIDH ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la CIDH considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico⁴².

Por su parte, en el Caso «Masacre Río Negro» vs. Guatemala (2012), la CIDH vuelve sobre el tema de las implicancias culturales que tienen los actos de violencia contra las mujeres. En este caso, relativo a actos de violencia contra una comunidad indígena, la Corte aborda el

⁴¹ CIDH, caso «Gelman» vs. Uruguay, (Fondo y Reparaciones), Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C N.º 221, párrafo 97.

⁴² CIDH, caso «Artavia Murillo y otros» (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C N.º 257, párrafo 143.

impacto diferenciado que tuvo la violencia en las mujeres que sufrieron violencia sexual. La sentencia señala que las «violaciones sexuales masivas o indiscriminadas y públicas, acompañadas en ocasiones de la muerte de mujeres embarazadas y de la inducción de abortos» constituyen una práctica «dirigida a destruir la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual»; luego cita el informe de la CEH según el cual «las violaciones masivas tenían un efecto simbólico, ya que las mujeres mayas tienen a su cargo la reproducción social del grupo [...] y personifican los valores que deben ser reproducidos en la comunidad»⁴³. En este caso, la violencia dirigida contra mujeres es analizada en su contexto relevante (comunidad) y se establece que las mujeres no solo fueron violentadas sino que, además, son instrumentalizadas para afectar su entorno comunitario lo que configura, claramente, una forma de violencia agravada.

En todos estos casos está la base sobre la cual se han ido ampliando los alcances de la protección de los derechos humanos de las mujeres, particularmente en casos de violencia de género. En ellos, la protección se basa en un enfoque particular, la perspectiva de género⁴⁴, que no solo implica conocer la normativa sobre derechos humanos de mujeres, sino que supone reconocer la existencia de actos de discriminación contra las mujeres y las afectaciones que generan en estas las ideas y valoraciones estereotipadas en lo que respecta al alcance y contenido de los derechos humanos⁴⁵.

⁴³ CIDH, caso «Masacres de Río Negro» vs. Guatemala. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 4 de septiembre de 2012, párrafo 59.

⁴⁴ La perspectiva de género es un categoría de análisis que permite visibilizar la asignación social diferenciada de roles y tareas en virtud del sexo, género u orientación sexual; revela las diferencias en oportunidades y derechos que siguen a esta asignación; evidencia las relaciones de poder originadas en estas diferencias; se hace cargo de la vinculación que existe entre las cuestiones de género, la raza, la religión, la edad, las creencias políticas, entre otros; pregunta por los impactos diferenciados de las leyes y políticas públicas basadas en estas asignaciones, diferencias y relaciones de poder y determina en qué casos un trato diferenciado es arbitrario, y en qué casos, necesario. Ver: COMISIÓN PERMANENTE DE GÉNERO Y ACCESO A LA JUSTICIA CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA, Propuesta Modelo de Incorporación de la Perspectiva de Género en las Sentencias. Disponible en: <http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?p_l_id=16908&folderId=1391406&name=DLFE-6959.pdf>

⁴⁵ CIDH, caso «Espinoza Gonzáles» vs. Perú. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 20 de noviembre de 2014, párrafo 326.

III. Violencia de género en la jurisprudencia reciente de la CIDH⁴⁶

A continuación, revisaremos algunos desarrollos en la jurisprudencia de la CIDH que configuran una jurisprudencia robusta en materia de derechos humanos de las mujeres desde una óptica de igualdad y no discriminación basada, fundamentalmente, en medidas correctivas sobre la base de una interpretación de los derechos y libertades convencionales, a la luz del contexto en el que viven las mujeres en nuestra región.

En el Caso «Masacre Plan de Sánchez» vs. Guatemala (2004) y en el Caso del «Penal Miguel Castro Castro» vs. Perú (2006), la CIDH reconoció que las mujeres son afectadas por ciertos actos en forma diferenciada respecto de los hombres. En el primer caso, la violencia sexual contra las mujeres fue una práctica del Estado que tuvo como objetivo la destrucción de la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual⁴⁷. En el segundo, se considera que algunos actos de violencia sexual muchas veces fueron utilizados como un medio simbólico que buscaba humillar a la contraparte⁴⁸.

Cabe aclarar que la CIDH considera que no toda agresión dirigida contra una mujer vulnera la Convención Belém do Pará; para que una agresión sea considerada violencia de género, los actos de violencia deben de ser perpetrados en contra de una mujer por el simple hecho de ser mujer. En los «Casos Ríos» y otros y «Perozo» y otros, ambos contra Venezuela, el tribunal interamericano señaló que «las presuntas víctimas se vieron enfrentadas a situaciones de riesgo, y en varios casos fueron agredidas física y verbalmente por particulares, en el ejercicio de sus labores periodísticas y no por otra condición personal [...]. De esta manera, no ha sido demostrado que los hechos se basaran en el género o sexo de las presuntas víctimas»⁴⁹.

⁴⁶ Esta sección y las siguientes son una versión basada en una investigación conjunta entre la Fundación Diálogo Jurisprudencial, que dirijo, y el Observatorio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

⁴⁷ CIDH, caso «Masacre Plan de Sánchez» vs. Guatemala. (Fondo), Sentencia de 29 de abril del 2004. Serie C N.º 105, párrafo 42.19

⁴⁸ CIDH, caso «Penal Miguel Castro Castro» vs. Perú. (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N.º 160, párrafo 223.

⁴⁹ CIDH, caso «Ríos y otros» vs. Venezuela, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones

No obstante, en el Caso «Véliz Franco y otros» vs. Guatemala (2014), la CIDH señala que la violencia de género puede no ser evidente, pero puede extraerse de un análisis de los «signos de violencia sexual o la mutilación de los cuerpos»⁵⁰. La sentencia aclara que en el caso «la falta de certeza absoluta sobre lo expresado [violencia género] se vincula a la falta de conclusión de la investigación interna, así como al modo en que esta hasta ahora se ha desarrollado. Así, por ejemplo, elementos trascendentes como la presencia de violencia sexual en los hechos no han sido determinados en una forma certera»⁵¹. Concluye la CIDH que la violencia basada en el género, es un forma de discriminación en contra de la mujer⁵².

De otro lado, la violencia de género no siempre es directa, sino que puede expresarse en forma indirecta, principalmente a través de estereotipos. Esta es una cuestión que ha preocupado a la CIDH⁵³. A su juicio, los estereotipos de género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y los Estados deben adoptar las medidas necesarias para erradicarlos⁵⁴, cuestión que ha sido reiterada en fallos recientes sobre la materia⁵⁵. Una de las principales preocupaciones de la CIDH ha sido las consecuencias que tienen los estereotipos de género en las investigaciones llevadas a cabo por autoridades estatales al enfrentarse a casos de violencia de género⁵⁶. Estos prejuicios culturales incluso pueden

y Costas). Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párrafo 279 y CIDH, caso «Perozo y otros» vs. Venezuela. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párrafo 295.

⁵⁰ CIDH, caso «Véliz Franco y otros» vs. Guatemala. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C N.º 277, párrafo 178.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² CIDH, caso «Véliz Franco y otros» vs. Guatemala. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C N.º 277, párrafo, 207.

⁵³ CIDH, caso «González y otras» (Campo Algodonero) vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C N.º 205, párrafo 401.

⁵⁴ CIDH, caso «Artavia Murillo y otros» (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C N.º 257, párrafo 302.

⁵⁵ CIDH, caso «Espinoza Gonzáles» vs. Perú. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C N.º 289, párrafo 268. En el mismo sentido: CIDH caso «Velásquez Paiz y otros» vs. Guatemala. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C N.º 307, párrafo 180.

⁵⁶ CIDH, caso «González y otras» (Campo Algodonero) vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C N.º 205, párrafo 401

llevar a las autoridades a ignorar cierta evidencia o realizar pruebas en forma tardía⁵⁷.

De ahí que en casos de violencia de género, el cuestionamiento sobre antecedentes sexuales de la víctima «son en principio inadmisibles, por lo que la apertura de líneas de investigación sobre el comportamiento social o sexual previo de las víctimas en casos de violencia de género no es más que la manifestación de políticas o actitudes basadas en estereotipos de género»⁵⁸. Así, en el caso «Espinoza Gonzáles» vs. Perú (2014), la CIDH dejó expresa constancia que la caracterización de las mujeres como «chica mala» o como el «ser asertivas, manipuladoras» o que carecen de credibilidad, están presentes en las decisiones que los jueces y juezas adoptan, decidiendo sobre la culpabilidad o inocencia sobre la base de evidencia sesgada⁵⁹.

A continuación, analizaremos algunas formas particulares de violencia de género, tales como la violencia sexual, las esterilizaciones forzadas y el derecho a la vida de las mujeres en situación de embarazos riesgosos.

287

3.1. Violencia sexual

Los elementos de la violencia sexual han sido señalados por la CIDH desde el caso «Penal Miguel Castro Castro» vs. Perú (2006), cuando la CIDH estableció que forzar a las internas a permanecer desnudas y la inspección vaginal constituían violencia sexual⁶⁰, así como la inspección

⁵⁷ CIDH, caso «Véliz Franco y otros» vs. Guatemala. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C N.º 277, párrafo 210.

⁵⁸ CIDH, caso «Véliz Franco y otros» vs. Guatemala. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C N.º 277, párrafo 209.

⁵⁹ «[...] la Corte reconoce y rechaza el estereotipo de género por el cual se considera a las mujeres sospechosas de haber cometido un delito como intrínsecamente no confiables o manipuladoras, especialmente en el marco de procesos judiciales. Al respecto, la Corte ha aseverado que valoraciones de esta naturaleza muestran 'un criterio discrecional y discriminatorio con base en la situación procesal de las mujeres [...]'. CIDH, caso «Espinoza Gonzáles» vs. Perú. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C N.º 289, párrafo 272.

Respecto a dichos de la perita Rebecca Cook sobre estereotipos, ver: CIDH, Caso «J.» vs. Perú. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C N.º 275, párrafo 352.

⁶⁰ CIDH, caso «Penal Miguel Castro Castro» vs. Perú. (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N.º 160, párrafos 308 y 312; CIDH, caso «Espinoza

vaginal dactilar realizada por varias personas a la vez con el pretexto de que tenían que revisar a las internas⁶¹. La CIDH retoma lo señalado por el Derecho Penal Internacional y establece que «por violación sexual también debe entenderse los actos de penetración vaginal o anal, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril»⁶². Por su parte, en el caso «Fernández Ortega» y otros vs. México (2010), la CIDH reconoció que «la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno. En particular, la violación sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias, incluso, trascienden a la persona de la víctima»⁶³.

En el caso «J.» vs. Perú (2013), la CIDH, además de reiterar los estándares mencionados anteriormente⁶⁴, analiza un nuevo elemento como constitutivo de violencia sexual, los «manoseos», avanzando en el reconocimiento de ciertas conductas naturalizadas como contrarias a los derechos convencionales. Sobre el particular afirmó

Gonzáles» vs. Perú. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C N.º 289, párrafo 191.

⁶¹ CIDH, caso «Penal Miguel Castro Castro» vs. Perú. (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N.º 160, párrafos 309.

⁶² CIDH, caso «Penal Miguel Castro Castro» vs. Perú. (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N.º 160, párrafo 310. En el mismo sentido CIDH, caso «Espinoza Gonzáles» vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 20 de noviembre del 2014. Serie C N.º 289, párrafo 192

⁶³ CIDH, caso «Fernández Ortega y otros» vs. México. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N.º 215, párrafo 119. En el mismo sentido CIDH, caso «Rosendo Cantú y otra» vs. México. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N.º 216, párrafo 109

⁶⁴ «Siguiendo la línea de la normativa y la jurisprudencia internacionales y tomando en cuenta lo dispuesto en la Convención de Belém do Pará, la Corte ha considerado que la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que, además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno. En este sentido, en otro caso ante la Corte se estableció que el someter a mujeres a la desnudez forzosa mientras estas eran constantemente observadas por hombres armados, quienes aparentemente eran miembros de las fuerzas de seguridad del Estado, constituyó violencia sexual». CIDH, caso «J.» vs. Perú. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C N.º 275, párrafo 191.

La Corte considera que este acto implicó la invasión física del cuerpo de la señora J. y al involucrar el área genital de la presunta víctima significó que el mismo fuera de naturaleza sexual. Asimismo, las circunstancias en las que se produjeron los hechos eliminan cualquier posibilidad de que hubiese habido consentimiento. Por tanto, este Tribunal considera que el «manoseo» del cual fue víctima la señora J. constituyó un acto de violencia sexual. Si bien las víctimas de violencia sexual tienden a utilizar términos poco específicos al momento de realizar sus declaraciones y no explicar gráficamente las particularidades anatómicas de lo sucedido [...], este Tribunal considera que a partir de las declaraciones de la presunta víctima que constan en el expediente del presente caso no es posible determinar si dicha violencia sexual además constituyó una violación sexual en los términos señalados anteriormente [...](Caso «J.» vs. Perú, párrafo 360).

Por otro lado, un tema relevante es la prueba de la violencia sexual. Al respecto, la CIDH ha reconocido que este tipo de ilícitos se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor (o los agresores). De ahí concluye que «no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho»⁶⁵. Este mismo tratamiento diferenciado debe darse a las señales físicas como medios probatorios. Al igual que en el Caso «J.» vs. Perú, en el Caso «Espinoza Gonzáles» vs. Perú⁶⁶ la Corte precisó que

la ausencia de señales físicas no implica que no se han producido maltratos, ya que es frecuente que estos actos de violencia contra las personas no dejen marcas ni cicatrices permanentes. Lo mismo es cierto para los casos de violencia y violación sexual, en los cuales no necesariamente se verá reflejada la ocurrencia de los mismos en un examen médico, ya que no todos los casos de violencia y/o violación sexual ocasionan lesiones físicas o enfermedades verificables a través de un examen médico. (caso «J.» vs. Perú, párrafo 329. En el mismo sentido caso «Espinoza Gonzáles vs. Perú», párrafo 153).

⁶⁵ CIDH, caso «J.» vs. Perú. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C N.º 275, párrafo 323.

⁶⁶ CIDH, caso «Espinoza Gonzáles» vs. Perú. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 20 de noviembre del 2014. Serie C N.º 289, párrafo 150.

Por su parte, en el caso «Velásquez Paiz» y otros vs. Guatemala (2015), la CIDH dio por probado que, a los efectos del artículo. 7 de la Convención de Belem do Pará, el caso correspondía a un asesinato como expresión de violencia de género, con base en elementos probatorios tales como los indicios de una probable violación sexual, las lesiones que presentaba el cuerpo y «el contexto de aumento de la violencia homicida contra las mujeres en Guatemala, agravamiento del grado de violencia contra aquellas y el ensañamiento ejercidos contra los cuerpos de muchas de las víctimas, lo cual ocurre en un entorno de diversas formas de violencia contra la mujer»⁶⁷.

Por lo tanto, es posible concluir que la CIDH ha adoptado una concepción amplia tanto de la violencia de género como de la violación sexual en particular y se ha abierto a medios probatorios flexibles que hagan factible la prueba de este tipo particular de ilícitos.

3.2. Violencia sexual como forma de tortura

290

La CADH, en su artículo 5, protege la integridad personal. Las afectaciones a dicho derecho tienen diversas connotaciones de grado, pudiendo abarcar desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos y/o degradantes⁶⁸. La violencia sexual constituye una ofensa contra la dignidad de las mujeres, afectando su integridad personal. Desde el caso «Penal Miguel Castro Castro» vs. Perú (2006), la CIDH ha establecido que la violencia sexual puede constituir tortura ya que «la violación sexual es una experiencia sumamente traumática que puede tener severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima humillada física y emocionalmente, situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas»⁶⁹.

⁶⁷ CIDH, caso «Velásquez Paiz y otros» vs. Guatemala. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 19 de noviembre del 2015. Serie C N.º 307, párrafo 192.

⁶⁸ CIDH, caso «J.» vs. Perú. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C N.º 275, párrafo 362; CIDH, caso «Favela Nova Brasília» vs. Brasil. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 16 de febrero del 2017. Serie C N.º 333, párrafo 250.

⁶⁹ CIDH, caso «Penal Miguel Castro Castro» vs. Perú. (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N.º 160, párrafos 308 y 311.

En el mismo caso, el Tribunal interamericano señaló que la inspección vaginal que sufrieron las víctimas por parte de agentes del Estado constituyó una violación sexual que, por sus efectos, configura tortura⁷⁰. En el caso «Fernández Ortega y otros vs. México»⁷¹ (2010), la CIDH especificó con mayor detenimiento los elementos que deben cumplir los actos de violencia sexual para constituir tortura, siguiendo los componentes ya especificados en su jurisprudencia; esto es, que debe ser un acto intencional, causar severos sufrimientos físicos o mentales y cometerse con un determinado fin o propósito⁷².

En el caso «J.» vs. Perú (2013), la CIDH puso especial atención en los elementos subjetivos que deben ser considerados para establecer qué tipo de afectación a la integridad personal es la que ha sufrido la víctima. Señala el Tribunal interamericano que «las características personales de una supuesta víctima de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, deben ser tomadas en cuenta al momento de determinar si la integridad personal fue vulnerada, ya que tales características pueden cambiar la percepción de la realidad del individuo y, por ende, incrementar el sufrimiento y el sentido de humillación cuando son sometidas a ciertos tratamientos»⁷³.

Por su parte, en el caso «Espinoza Gonzáles» vs. Perú (2014), al momento de calificar los actos de violencia en contra de la víctima como tortura, la CIDH tuvo en consideración elementos del contexto en el que se produjo la violencia sexual. Así, estableció que el caso debe ser enmarcado dentro del conflicto armado peruano en el cual hubo un uso generalizado

⁷⁰ CIDH, caso «Penal Miguel Castro Castro» vs. Perú. (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N.º 160, párrafo 312.

⁷¹ CIDH caso «Fernández Ortega y otros» vs. México. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N.º 215, párrafos 212-217. CIDH, caso «Rosendo Cantú y otra» vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 31 de agosto del 2010. Serie C N.º 216, párrafos 111-117.

⁷² CIDH caso «Fernández Ortega y otros» vs. México. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N.º 215, párrafo 120; CIDH, Caso «J.» vs. Perú. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C N.º 275, párrafos 362 y 364; CIDH, caso «Favela Nova Brasília» vs. Brasil. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 16 de febrero del 2017. Serie C N.º 333, párrafo 255.

⁷³ CIDH, caso «J.» vs. Perú. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C N.º 275, párrafo 362.

de la violencia sexual contra mujeres⁷⁴. Luego, al analizar concretamente los hechos sufridos por Gladys Carol Espinoza Gonzáles, determinó que «constituye discriminación individualizada por su condición de mujer, en violación del artículo 1.1 de la Convención Americana en su perjuicio, en relación con los derechos a la integridad personal y a la honra y la dignidad establecidos en los artículos 5.1, 5.2 y 11 del mismo instrumento, y con las obligaciones establecidas en los artículos 1 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura»⁷⁵.

En el Caso «Favela Nova Brasília» vs. Brasil (2017), la Corte agregó una consideración sobre la gravedad de la violación sexual como acto dirigido en contra de personas sometidas a la custodia del Estado «tomando en cuenta la vulnerabilidad de la víctima y el abuso de poder que despliega el agente»⁷⁶. Asimismo, en cuanto a la prueba del hecho, la CIDH establece que es obligación del Estado «garantizar los derechos de la persona privada de la libertad, lo que implica la obtención y el aseguramiento de toda prueba que pueda acreditar alegados actos de tortura»⁷⁷.

292

En materia de investigación de estos casos, el estándar general en materia de violación sexual, en tanto forma de tortura, es que la obligación de investigar se ve reforzada conforme lo dispuesto por la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura⁷⁸.

En conclusión, la CIDH desde su temprana jurisprudencia ha reconocido la posibilidad de que los actos de violación sexual constituyan tortura, tanto en consideración de elementos subjetivos de la víctima, como del contexto. Asimismo, ha establecido que las obligaciones internacionales se hacen más intensas respecto de las personas sujetas a la custodia del Estado (mujeres privadas de libertad).

⁷⁴ CIDH, caso «Espinoza Gonzáles» vs. Perú. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C N.º 289, párrafo 195.

⁷⁵ CIDH, caso «Espinoza Gonzáles» vs. Perú. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C N.º 289, párrafo 229.

⁷⁶ CIDH, caso «Favela Nova Brasília» vs. Brasil. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 16 de febrero del 2017. Serie C N.º 333, párrafo 255.

⁷⁷ CIDH, caso «Favela Nova Brasília» vs. Brasil. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 16 de febrero del 2017. Serie C N.º 333, párrafo 253.

⁷⁸ CIDH, caso «Favela Nova Brasília» vs. Brasil. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 16 de febrero del 2017. Serie C N.º 333, párrafo 252.

3.3. Esterilizaciones no consentidas

Un tema nuevo en la jurisprudencia de la Corte es el planteado en el caso «I.V.» vs. Bolivia (2016), referido a casos de esterilización forzada de mujeres en Bolivia. Este caso permitió a la CIDH desarrollar estándares relativos a la salud reproductiva y los estereotipos de género.

En primer lugar, la CIDH estableció que la salud sexual y reproductiva «constituye ciertamente una expresión de la salud que tiene particulares implicancias para las mujeres debido a su capacidad biológica de embarazo y parto»⁷⁹. En cuanto al vínculo de la salud sexual y reproductiva con la autonomía y libertad reproductiva, la CIDH hace un amplio desarrollo del contexto cultural de «marginación y discriminación» en que se gozan y ejercen los derechos reproductivos por parte de las mujeres y la forma desproporcionada en que las afectan las esterilizaciones forzadas⁸⁰.

No hay duda que un aspecto clave de este fallo es que puso el tema en un contexto de discriminación histórica en contra de las mujeres en materia de sus derechos sexuales y reproductivos. De ahí que en esta materia

⁷⁹ CIDH, caso «I.V.» vs. Bolivia. (Excepciones Preliminares, Fondo. Reparaciones y Costas), Sentencia de 20 de noviembre del 2016. Serie C N.º 329, párrafo 157.

⁸⁰ «La Corte reconoce que la libertad y autonomía de las mujeres en materia de salud sexual y reproductiva ha sido históricamente limitada, restringida o anulada con base en estereotipos de género negativos y perjudiciales, tal como lo describió el propio médico durante la audiencia. Ello se ha debido a que se ha asignado social y culturalmente a los hombres un rol preponderante en la adopción de decisiones sobre el cuerpo de las mujeres y a que las mujeres son vistas como el ente reproductivo por excelencia. En particular, la Corte advierte que el fenómeno de la esterilización no consentida está marcado por estas secuelas de las relaciones históricamente desiguales entre las mujeres y los hombres. Aunque la esterilización es un método utilizado como anticonceptivo tanto por mujeres como hombres, las esterilizaciones no consentidas afectan de forma desproporcionada a las mujeres exclusivamente por esta condición en razón que se les asigna socialmente la función reproductora y de planificación familiar. Por otra parte, el hecho de que las mujeres son el sexo con la capacidad biológica de embarazo y parto, las expone a que durante una cesárea sea frecuente la ocurrencia de esterilizaciones sin consentimiento al excluirlas del proceso de adopción de decisiones informadas sobre su cuerpo y salud reproductiva bajo el estereotipo perjudicial de que son incapaces de tomar tales decisiones de forma responsable. En razón de lo anterior, la Corte considera que opera la protección estricta del artículo 1.1 de la Convención por motivos de sexo y género, pues las mujeres tradicionalmente han sido marginadas y discriminadas en esta materia. Por lo anterior, la Corte examinará el caso bajo un escrutinio estricto». CIDH, caso «I.V.» vs. Bolivia. (Excepciones Preliminares, Fondo. Reparaciones y Costas), Sentencia de 20 de noviembre del 2016. Serie C N.º 329, párrafo 243.

no estamos ante un hecho aislado, sino ante una política estatal que es expresión de esta situación de discriminación que enfrentan las mujeres en relación con sus derechos sexuales y reproductivos, en tanto actos como la esterilización forzada les afecta en forma desproporcionada y se basan en estereotipos que marginan a las mujeres de la toma de decisiones sobre un aspecto esencial de su autonomía individual.

Para la CIDH, al ser la esterilización un acto que afecta derechos de las mujeres (autonomía y vida privada), cualquier medida que tome el Estado debe contar con el consentimiento libre e informado de la mujer que será objeto de la medida⁸¹. Dicho consentimiento exige una decisión libre y con toda la información pertinente⁸². CIDH estableció, además, que en aquellos casos en que por riesgo a la salud e incluso a la vida de la mujer, sea necesario realizar una intervención que afecte sus derechos reproductivos, se deben cumplir con altos estándares que justifiquen este trato diferenciado respecto del goce de derechos y su prueba⁸³. A juicio de la CIDH, la esterilización forzada constituye una violación convencional⁸⁴.

⁸¹ CIDH, caso «I.V.» vs. Bolivia. (Excepciones Preliminares, Fondo. Reparaciones y Costas), Sentencia de 20 de noviembre del 2016. Serie C N.º 329, párrafos 161-166.

⁸² «La Corte considera que el concepto del consentimiento informado consiste en una decisión previa de aceptar o someterse a un acto médico en sentido amplio, obtenida de manera libre, es decir sin amenazas ni coerción, inducción o alicientes impropios, manifestada con posterioridad a la obtención de información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible, siempre que esta información haya sido realmente comprendida, lo que permitirá el consentimiento pleno del individuo. El consentimiento informado es la decisión positiva de someterse a un acto médico, derivada de un proceso de decisión o elección previo, libre e informado, el cual constituye un mecanismo bidireccional de interacción en la relación médico-paciente, por medio del cual el paciente participa activamente en la toma de la decisión, alejándose con ello de la visión paternalista de la medicina, centrándose más bien, en la autonomía individual. Esta regla no solo consiste en un acto de aceptación, sino en el resultado de un proceso en el cual deben cumplirse los siguientes elementos para que sea considerado válido, a saber, que sea previo, libre, pleno e informado. Todos estos elementos se encuentran interrelacionados, ya que no podrá haber un consentimiento libre y pleno si no ha sido adoptado luego de obtener y entender un cúmulo de información integral». CIDH, caso «I.V.» vs. Bolivia. (Excepciones Preliminares, Fondo. Reparaciones y Costas), Sentencia de 20 de noviembre del 2016. Serie C N.º 329, párrafo 166.

⁸³ CIDH, caso «I.V.» vs. Bolivia. (Excepciones Preliminares, Fondo. Reparaciones y Costas), Sentencia de 20 de noviembre del 2016. Serie C N.º 329, párrafo 244. En el mismo sentido: CIDH, Caso «González Lluy y otros» vs. Ecuador. (Excepciones Preliminares, Fondo. Reparaciones y Costas), Sentencia de 1 de septiembre del 2015. Serie C N.º 298, párrafo 257; CIDH, caso «Flor Freire» vs. Ecuador. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 31 de agosto del 2016, párrafo 125.

⁸⁴ «Tomando en cuenta la definición de violencia contra la mujer adoptada en la Convención de Belém do Pará, la Corte considera que el médico debió haber previsto que la alteración de forma

En definitiva, las prácticas de esterilización forzada constituyen una forma de violencia que las discrimina y son expresión de formas de control de las mujeres y sus cuerpos por parte del poder patriarcal. De ahí que frente a ellas debe haber respuestas preventivas y punitivas efectivas.

3.4. Derecho a la vida de las mujeres (art. 4 CADH)

Un debate que se presentó a la CIDH a través de una medida provisional respecto de una mujer (identificada como «B») en el Salvador⁸⁵, fue el de las medidas que debe adoptar el Estado para asegurar el derecho a la vida de mujeres que ven en riesgo su existencia de continuar con un embarazo. En la resolución de medidas provisionales otorgadas por la CIDH de fecha 29 de mayo de 2013 resolvió

Requerir al Estado de El Salvador que adopte y garantice, de manera urgente, todas las medidas que sean necesarias y efectivas para que el grupo médico tratante de la señora B. pueda adoptar, sin interferencia alguna, las medidas médicas que se consideren oportunas y convenientes para asegurar la debida protección de los derechos consagrados en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana y, de este modo, evitar daños que pudiesen llegar a ser irreparables a los derechos a la vida y la integridad personal y a la salud de la señora B., conforme a lo expresado en los párrafos considerativos 11 a 17 de la presente Resolución. (Asunto B., 29 de mayo de 2013).

295

Luego, en una segunda resolución de medidas provisionales de fecha 19 agosto del mismo año, dispuso lo siguiente

intencionada de la capacidad física de reproducción biológica de la señora I.V. en total desconocimiento de su autonomía y libertad reproductiva iba a provocarle un intenso sufrimiento emocional y, a pesar de ello, no modificó su conducta bajo la creencia de que era él quien estaba en mejor posición de tomar la decisión que consideraba más beneficiosa para I.V. La Corte estima que una intromisión de tal envergadura sobre el cuerpo y la integridad personal de la señora I.V. sin su consentimiento provocó de forma previsible un sufrimiento significativo sobre la víctima, toda vez que el médico se arrogó una decisión personalísima de la señora I.V. –que no era de vida o muerte–. Asimismo, la Corte ha resaltado que las esterilizaciones afectan de forma desproporcionada a las mujeres por el hecho de ser mujeres y con base en la percepción de su rol primordialmente reproductivo y de que no son capaces de tomar decisiones responsables sobre su salud reproductiva y la planificación familiar». caso «I.V.» vs. Bolivia. (Excepciones Preliminares, Fondo. Reparaciones y Costas), Sentencia de 20 de noviembre del 2016. Serie C N.º 329, párrafo 252.

⁸⁵ CIDH, Asunto «B. respecto de El Salvador». (Medidas Provisionales), Resolución de 29 de mayo de 2013; CIDH, Asunto «B. respecto de El Salvador». (Medidas Provisionales), Resolución de 19 de agosto de 2013.

Sobre el requisito de la extrema gravedad, la Corte observa que el procedimiento médico que interrumpió el embarazo de la señora B. fue practicado el 3 de junio de 2013 [...]. Al respecto, la Corte estima relevante resaltar que valora positivamente la labor adecuada y oportuna de las autoridades estatales para dar cumplimiento a las medidas provisionales que fueron ordenadas a favor de la señora B. Por otra parte, la Corte observa que después de realizada la cesárea la señora B. se encontraría estable [...]. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal considera que los posibles riesgos a su vida y a la integridad personal que pudieran surgir por la continuación de dicho embarazo, y por los cuales se adoptaron las medidas provisionales en el presente asunto, no subsisten actualmente [...]. (Asunto B., de 19 de agosto de 2013, considerando 14).

Estas dos resoluciones son muy interesantes ya que, en conjunto, con la sentencia del caso «Artavia Murillo» y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica (2012)⁸⁶, van configurando un acercamiento claro de la CIDH en el sentido que de la obligación de los Estados de garantizar de forma eficaz el derecho a la vida de las mujeres no puede descartar medidas como el aborto terapéutico, como una exigencia de derechos humanos.

IV. Obligación del estado de adoptar medidas de debida diligencia para prevenir la violencia contra las mujeres

El Estado, dentro de su obligación de garantía, debe prevenir las violaciones a los derechos humanos. La CIDH, en el Caso «González y otras» (Campo Algodonero) vs. México (2009), estableció un alto estándar de exigibilidad de esta obligación de prevención en casos de violencia contra las mujeres. Señala la CIDH que «la estrategia de prevención debe

⁸⁶ «La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la ‘concepción’ en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras ‘en general’ que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general». CIDH, Caso «Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro)» vs. Costa Rica. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C.N.° 257, párrafo 264.

ser integral; es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia»⁸⁷.

Por otro lado, las obligaciones de la CADH se ven reforzadas con las disposiciones de la Convención Belém do Pará. Ahora bien, cabe señalar que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación a derechos humanos, pero sí de aquellas cuando estaba en conocimiento del riesgo que dicha situación representaba para las víctimas. En el mismo caso «González y otras» (Campo Algodonero) vs. México (2009), la CIDH marcó un punto de quiebre, pues es la primera vez que analiza un caso de violencia de género de tal envergadura. En este se señala que hay dos momentos clave para analizar si el deber de prevención del Estado se cumplió o no: el anterior a la desaparición y el posterior a la misma⁸⁸. En relación al primer momento, antes de que desaparecieran las víctimas, existe un deber de prevención, pero no es absoluto, sino que surge a partir de ciertos parámetros estrictos: conocimiento por parte de la autoridad de la situación de riesgo real e inmediato de las víctimas⁸⁹. Con respecto al segundo momento, esto es,

⁸⁷ «En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará.» CIDH, caso «González y otras» (Campo Algodonero) vs. México. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 16 de noviembre del 2012. Serie C No. 205, párrafo 278.

⁸⁸ CIDH. caso «González y otras» (Campo Algodonero) vs. México. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 16 de noviembre del 2012. Serie C N.º 205, párrafo 281. En el mismo sentido CIDH, caso «Véliz Franco y otros» vs. Guatemala. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 19 de mayo del 2014. Serie C N.º 277, párrafos. 137-141.

⁸⁹ «Sobre el primer momento –antes de la desaparición de la víctima– la Corte, de modo análogo a cómo lo ha hecho con anterioridad, considera que la eventual falta de prevención de la desaparición no conlleva per se la responsabilidad internacional del Estado porque, a pesar de que éste conocía o debía conocer una situación de incremento de actos violentos que involucraba actos cometidos contra mujeres, inclusive niñas, no ha sido establecido que tenía conocimiento de un riesgo real e inmediato para la víctima de este caso [...].» CIDH, caso «Véliz Franco y otros» vs. Guatemala. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie

luego de que las mujeres hubiesen desaparecido y antes del hallazgo del cuerpo, la CIDH ha fijado un criterio más alto para todas las autoridades y señala que «[...] deben existir procedimientos adecuados para las denuncias y que estas conlleven una investigación efectiva desde las primeras horas. Las autoridades deben presumir que la persona desaparecida sigue con vida hasta que se ponga fin a la incertidumbre sobre la suerte que ha corrido»⁹⁰.

Por lo tanto, las obligaciones de los Estados se deben determinar en base a los alcances de las convenciones internacionales y de los contextos particulares; de esa forma, el deber de prevención traducido en medidas efectivas para garantizar una real protección a las mujeres resulta de suma relevancia en contextos de violencia contra mujeres. Por otro lado, una vez que ha ocurrido la desaparición, el Estado está en conocimiento del riesgo y, por lo tanto, debe realizar todas las medidas posibles para una investigación efectiva y dar con el paradero de las víctimas. Los Estados tienen el deber —considerando lo dispuesto además en la Convención Belém do Pará— de actuar con la debida diligencia, adoptando la normativa necesaria para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer⁹¹.

V. Obligación del estado de investigar los actos de violencia contra las mujeres y realizar una investigación diligente

Un tema central en el caso «González y otras» (Campo Algodonero) vs. México (2009) fue determinar los alcances de la obligación que tiene el Estado de investigar los casos de violencia contra las mujeres. En su sentencia la CIDH estableció que cada derecho de que es titular una mujer debe ser leído a la luz de la prohibición de actos de violencia contra las mujeres y el Estado debe adoptar normativa necesaria para investigar y

C N.º 277, párrafo 139; CIDH, Caso «González y otras» (Campo Algodonero) vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C N.º 205, párrafo 282.

⁹⁰ CIDH, caso «Véliz Franco y otros» vs. Guatemala. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C N.º 277, párrafo 141. En el mismo sentido: CIDH, caso «González y otras» (Campo Algodonero) vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C N.º 205, párrafo 282.

⁹¹ CIDH, caso «González y otras» (Campo Algodonero) vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C N.º 205, párrafos 287 y 293.

sancionar los actos de violencia que puedan ocurrir⁹².

En el caso «J.» vs. Perú (2013), la CIDH retoma el tema y establece algunos elementos novedosos en cuanto a la investigación de actos constitutivos de afectación a la integridad personal calificados como «manoseos sexuales». La discusión era interesante ya que el Estado peruano había discutido la obligación de investigar este tipo de actos. La CIDH, en primer lugar, establece que la obligación de investigar violaciones a la integridad personal surge no de su jurisprudencia, sino del mandato general de garantizar los derechos convencionales establecidos en el art. 1.1 de la CADH⁹³. Sobre el argumento del Estado de que la acción penal por violación es privada, la CIDH determinó como criterio general que «es necesario que los Estados garanticen que sus legislaciones internas no impongan condiciones diferenciadas para la investigación de agresiones a la integridad personal de índole sexual»⁹⁴, lo que implica que el Estado debe iniciar las investigaciones de oficio conforme lo dispone el art. 7.b de la Convención Belem do Pará. Finalmente, sobre las características de la investigación, la CIDH señala que la investigación que debe iniciar el Estado, una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, «debe ser una investigación seria, imparcial y efectiva [...]. Por tanto, el inicio de la investigación no puede estar condicionado por quien realiza la denuncia ni por la creencia de las autoridades, antes de iniciar la investigación, de que las alegaciones realizadas son falsas»⁹⁵.

Sobre el acceso a la justicia por parte de mujeres, en el caso «Véliz Franco» y otros vs. Guatemala (2014), la CIDH refuerza el vínculo en la CADH (arts. 8 y 25) y la Convención Belem do Pará (art. 7, letras b y c), y concluye que «ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación

⁹² CIDH, caso «González y otras» (Campo Algodonero) vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C N.º 205, párrafo 287.

⁹³ CIDH, caso «J.» vs. Perú. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 27 de noviembre del 2013. Serie C N.º 275, párrafo 348.

⁹⁴ CIDH, caso «J.» vs. Perú. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 27 de noviembre del 2013. Serie C N.º 275, párrafo 350.

⁹⁵ CIDH, caso «J.» vs. Perú. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 27 de noviembre del 2013. Serie C N.º 275, párrafo 352.

la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección»⁹⁶. Además, la CIDH desarrolló con profundidad en este caso los alcances de la obligación de investigar casos de violencia por razón de género y señala que «las autoridades estatales tienen la obligación de investigar ex officio las posibles connotaciones discriminatorias por razón de género en un acto de violencia perpetrado contra una mujer, especialmente cuando existen indicios concretos de violencia sexual de algún tipo o evidencias de ensañamiento contra el cuerpo de la mujer (por ejemplo, mutilaciones), o bien cuando dicho acto se enmarca dentro de un contexto de violencia contra la mujer que se da en un país o región determinada»⁹⁷. A continuación, la CIDH profundizó sobre las medidas que deben ser implementadas para investigar una muerte que puede tener un móvil sexual o si se produjo algún tipo de violencia sexual

300

[...] En una investigación penal por violencia sexual es necesario que se documenten y coordinen los actos investigativos y se maneje diligentemente la prueba, tomando muestras suficientes, realizando estudios para determinar la posible autoría del hecho, asegurando otras pruebas como la ropa de la víctima, la investigación inmediata del lugar de los hechos y garantizando la correcta cadena de custodia. En ese tenor, las primeras fases de la investigación pueden ser especialmente cruciales en casos de homicidio contra la mujer por razón de género, ya que las fallas que se puedan producir en diligencias tales como las autopsias y en la recolección y conservación de evidencias físicas pueden llegar a impedir u obstaculizar la prueba de aspectos relevantes, como por ejemplo, la violencia sexual. En cuanto a la realización de autopsias en un contexto de homicidio por razón de género, la Corte ha especificado que se debe examinar cuidadosamente las áreas genital y para-genital en búsqueda de señales de abuso sexual, así como preservar líquido oral, vaginal y rectal, y vello externo y púbico de la víctima. Asimismo, en casos de supuestos

⁹⁶ CIDH, caso «Véliz Franco y otros» vs. Guatemala. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C N.º 277, párrafo 185.

⁹⁷ CIDH, caso «Véliz Franco y otros» vs. Guatemala. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C N.º 277, párrafo 187.

actos de violencia contra la mujer, la investigación penal debe incluir una perspectiva de género y realizarse por funcionarios capacitados en casos similares y en atención a víctimas de discriminación y violencia por razón de género. (Caso «Véliz Franco y otros» vs. Guatemala, párrafo 188).

Sobre las líneas de investigación la CIDH señala que la investigación debe «garantizar el debido análisis de las hipótesis de autoría surgidas a raíz de la misma»⁹⁸.

En el caso «Espinoza Gonzáles» vs. Perú (2014) la CIDH señaló que los constantes incumplimientos sobre el deber de investigar en forma diligente las vulneraciones a derechos humanos de mujeres, constituyen una afectación al derecho de acceso a la justicia y ello conlleva a una situación de impunidad, que constituye, a su vez, una forma de propiciar la repetición de estos actos. Así se configura un acto de discriminación en el acceso a la justicia de las mujeres⁹⁹.

En materia probatoria, la CIDH ha establecido ciertos resguardos que deben aplicarse al momento de tomar declaraciones a las víctimas de actos de violencia sexual. En este sentido, el Tribunal interamericano fijó criterios mínimos para la recepción de testimonios sobre tortura

301

- i) se debe permitir que ésta pueda exponer lo que considere relevante con libertad, por lo que los funcionarios deben evitar limitarse a formular preguntas; ii) no debe exigirse a nadie hablar de ninguna forma de tortura si se siente incómodo al hacerlo; iii)

⁹⁸ CIDH, caso «Véliz Franco y otros» vs. Guatemala. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C N.º 277, párrafo 169.

⁹⁹ «En este sentido, la Corte reitera que la ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia. Dicha ineficacia o indiferencia constituye en sí misma una discriminación de la mujer en el acceso a la justicia. Por ello, cuando existan indicios o sospechas concretas de violencia de género, la falta de investigación por parte de las autoridades de los posibles móviles discriminatorios que tuvo un acto de violencia contra la mujer, puede constituir en sí misma una forma de discriminación basada en el género». CIDH, caso «Espinoza Gonzáles» vs. Perú. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C N.º 289, párrafo 280. En el mismo sentido, CIDH, caso «Véliz Franco y otros» vs. Guatemala. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 19 de mayo del 2014. Serie C No. 277, párrafo 208).

se debe documentar durante la entrevista la historia psicosocial y previa al arresto de la presunta víctima, el resumen de los hechos narrados por ésta relacionados al momento de su detención inicial, las circunstancias, el lugar y las condiciones en las que se encontraba durante su permanencia bajo custodia estatal, los malos tratos o actos de tortura presuntamente sufridos, así como los métodos presuntamente utilizados para ello, y iv) se debe grabar y hacer transcribir la declaración detallada. (Caso «Espinoza Gonzáles» vs. Perú, párrafo. 248).

En los casos en que la denuncia de tortura esté vinculada a violencia sexual o violación sexual «dicha grabación deberá ser consentida por la presunta víctima»¹⁰⁰. Además, determina en este mismo caso, ciertos elementos que deben tenerse en consideración al recibir estos testimonios, particularmente, que este proceso no las revictimice, por lo que «la declaración de esta se realice en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza, y que la declaración se registre de forma tal que se evite o limite la necesidad de su repetición»¹⁰¹. En el mismo sentido, la CIDH detalla una serie de elementos que deben contener las declaraciones, con el consentimiento de la víctima, para una adecuada investigación de los hechos¹⁰². En cuanto a las medidas probatorias, en estos casos es necesario que «se realice inmediatamente un examen médico y psicológico completo y detallado por personal idóneo y capacitado, en lo posible del sexo que la víctima indique, ofreciéndole que sea acompañada por alguien de su confianza si así lo desea» conforme con protocolos desarrollados

¹⁰⁰ CIDH, caso «Espinoza Gonzáles» vs. Perú. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C N.º 289, párrafo 248.

¹⁰¹ CIDH, caso «Espinoza Gonzáles» vs. Perú. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C N.º 289, párrafo 249.

¹⁰² «Dicha declaración deberá contener, con el consentimiento de la presunta víctima: i) la fecha, hora y lugar del acto de violencia sexual perpetrado, incluyendo la descripción del lugar donde ocurrió el acto; ii) el nombre, identidad y número de agresores; iii) la naturaleza de los contactos físicos de los que habría sido víctima; iv) si existió uso de armas o retenedores; v) el uso de medicación, drogas, alcohol u otras sustancias; vi) la forma en la que la ropa fue removida, de ser el caso; vii) los detalles sobre las actividades sexuales perpetradas o intentadas en contra de la presunta víctima; viii) si existió el uso de preservativos o lubricantes; ix) si existieron otras conductas que podrían alterar la evidencia, y x) detalles sobre los síntomas que ha padecido la presunta víctima desde ese momento». CIDH, caso «Espinoza Gonzáles» vs. Perú. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C N.º 289, párrafo 249.

al efecto¹⁰³. Particularmente, respecto de los peritajes ginecológicos, la CIDH establece un criterio amplio en el sentido que «la procedencia de un peritaje ginecológico debe ser considerada sobre la base de un análisis realizado caso por caso, tomando en cuenta el tiempo transcurrido desde el momento en que se alega que ocurrió la violencia sexual»¹⁰⁴. Es esencial contar con el consentimiento de la víctima y si este no se da o no es posible realizar el peritaje ginecológico, «en ninguna circunstancia debe servir de excusa para desacreditar a la presunta víctima y/o impedir una investigación». Con todos estos elementos a la vista, la CIDH concluye que una investigación ineficaz o la indiferencia de las autoridades frente a estos hechos, constituye una forma de «discriminación en el acceso a la justicia» y, más aún, «cuando existan indicios o sospechas concretas de violencia de género, la falta de investigación por parte de las autoridades de los posibles móviles discriminatorios que tuvo un acto de violencia contra la mujer, puede constituir en sí misma una forma de discriminación basada en el género».

En definitiva, es posible ver toda una construcción por parte de la CIDH para dar efectividad a las investigaciones en casos de violencia contra las mujeres. El hecho que las circunstancias culturales tiendan a minimizar estos actos de violencia han llevado a la Corte a desarrollar parámetros mínimos muy detallados de las investigaciones y las actuaciones de los órganos de justicia.

VI. Conclusiones

El objetivo de este estudio ha sido analizar la forma en que la Corte Interamericana ha tratado el tema de la violencia de género. Queda claro que el enfoque predominante en el Derecho Internacional sobre los Derechos Humanos de las mujeres es el correctivo; esto es, la obligación que tiene el Estado de corregir todas aquellas cuestiones institucionales y/o culturales que impiden a las mujeres ejercer plenamente sus derechos humanos, todo lo cual configura expresiones de violencia contra ellas en la forma de discriminación que constituye una expresión de violación de

¹⁰³ CIDH, caso «Espinoza Gonzáles» vs. Perú. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C N.º 289, párrafo 252.

¹⁰⁴ CIDH, caso «Espinoza Gonzáles» vs. Perú. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C N.º 289, párrafo 258.

los derechos humanos. Asimismo, es evidente que para dar efectividad a la protección de los derechos humanos de las mujeres es necesario que los órganos de control interpreten el contenido y alcance de sus derechos a la luz del contexto predominante, expresado a través de patrones culturales que mantienen a las mujeres en una situación de discriminación estructural.

Finalmente, se aprecia que la perspectiva predominante en el DIDH para tratar los derechos humanos de las mujeres se realiza desde el principio de igualdad y no discriminación para lo cual se emplea una categoría analítica particular: la perspectiva o enfoque de género.

Respecto de la protección de las mujeres frente a la violencia de género, hemos podido establecer que en una primera etapa la CIDH invisibilizó la violencia de género a partir de patrones tradicionales que ignoraban dicha violencia. Luego, a partir del desarrollo realizado a nivel normativo y en los órganos de protección de derechos (Naciones Unidas y la OEA), se han ido construyendo parámetros de protección de los derechos humanos de las mujeres en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Dichos parámetros son estándares ya sólidos, en la que la violencia de género es entendida como una forma particular de discriminación y violación de los derechos humanos. Dicho enfoque tiene expresión en distintos ámbitos, particularmente, la violencia sexual y los derechos reproductivos. Asimismo, se han revisado un conjunto de casos en los que es evidente que las obligaciones de prevención y de debida diligencia en las investigaciones de casos de violencia de género se han ido consolidando con mínimos exigibles en todos los Estados en materia de violencia de género y, particularmente, en materia de violencia sexual y violación de derechos reproductivos de las mujeres.

Quedan a futuro los desafíos los cuales están circunscritos en dos ámbitos. Por una parte, la violencia múltiple que afecta a las mujeres en nuestra región y los desafíos que esto representa para un enfoque de derechos humanos. Por otra, ampliar la perspectiva de género a otras temáticas de violencia que viven las mujeres en nuestra región y dar efectividad a dicha protección.

Propuesta para una nueva jurisprudencia. Colombia frente al caso Artavia

 MARTHA CECILIA PAZ*

Sumario

I. Introducción. La sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica. Caso Artavia Murillo. **II.** Argumentos de la Corte IDH. **III.** Métodos de interpretación utilizados por la Corte IDH. **IV.** El estado actual de la jurisprudencia colombiana. **V.** Deber de incorporar la decisión Artavia Murillo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. **VI.** Conclusiones.

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo realizar un análisis de la sentencia sobre el caso Artavia Murillo Vs. Costa Rica, para identificar: i) El alcance del derecho a la vida previsto en el artículo 4.1 de la Convención Americana ; ii) El contenido del derecho a la intimidad familiar derivado de esta sentencia; iii) Contrastar los señalamientos de la sentencia con la jurisprudencia constitucional colombiana en torno a los derechos sexuales y reproductivos; y iv) Proponer el ajuste de la jurisprudencia colombiana a la decisión de la Corte IDH.

Palabras clave

Fecundación *in vitro*, derecho a la vida, derecho a la intimidad familiar, derechos sexuales y reproductivos.

Abstract

The present paper aims, an analysis of the judgment on case Artavia Murillo Vs. Costa Rica, to identify: i) the scope of the right to life contained in article 4.1 of the American Convention; ii) The content of the right to family privacy derived from this sentence; iii) Contrast the statements of the judgment with Colombian constitutional jurisprudence regarding sexual and reproductive rights; and iv) Propose the adjustment of Colombian jurisprudence to the

* Magistrada auxiliar de la Corte Constitucional en Colombia. Docente en la Universidad del Rosario en Bogotá. Máster en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid. Especialista en Derecho Comparado por la Universidad de Bologna, Italia.

decision of the Inter-American Court.

Keywords

IVF, right to life, right to family privacy, sexual and reproductive rights.

I. Introducción: la sentencia de la sala constitucional de Costa Rica. Caso Artavia Murillo

La sentencia referida se dicta con base en hechos acaecidos en Costa Rica, en relación con la decisión tomada por jueces de ese país en torno a la técnica de reproducción asistida, denominada Fecundación *In Vitro* (en adelante FIV). El día 3 de febrero de 1995, el Ministerio de Salud de Costa Rica emitió el Decreto Ejecutivo No. 24029-S, que autorizaba la FIV para parejas conyugales. La técnica permite la remoción de los óvulos de una mujer para ser fertilizados con espermatozoides masculinos en un procedimiento de laboratorio en el que, una vez fertilizado el óvulo, se devuelve al útero de la mujer. El procedimiento se llevó a cabo de manera normal por el Instituto Costarricense de Fertilidad hasta el año 2000, cuando la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica declaró la inconstitucionalidad del Decreto considerando que: i) se regulaba el derecho a la vida por parte del Poder Ejecutivo, lo que era contrario a la Constitución de Costa Rica y ii) a juicio de los jueces constitucionales costarricenses, desde el momento de la concepción existe la «persona» y, por tanto, ese ser humano debe ser protegido por el ordenamiento jurídico. De manera sucinta, la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia estimó lo siguiente:

i) El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, de congelación y, lo que es fundamental en el fallo, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte.

ii) La regla más importante en la sentencia, es que la aplicación de la técnica FIV supone una elevada pérdida de embriones que no puede justificarse en el hecho de que su objetivo sea lograr un ser humano y dotar de un hijo a una pareja que, de otra forma, no podría tenerlo; destaca la sentencia, por el contrario, que los embriones cuya vida se procura primero y luego se frustra, son seres humanos y el ordenamiento constitucional no admite ninguna distinción entre ellos.

iii) Para la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, la aplicación de la técnica de Fecundación *in Vitro* y Transferencia Embrionaria, en la forma en que se desarrolla en la actualidad, atenta contra la vida humana. Pese a ello, no desconoció la sentencia que los avances de la ciencia y la biotecnología son tan vertiginosos que la técnica podría llegar a ser mejorada de tal manera que los reparos señalados en la sentencia pudiesen desaparecer.

iv) Indicó que las condiciones en las que se aplica la FIV llevan a concluir que cualquier eliminación o destrucción de concebidos –voluntaria o derivada de la impericia de quien ejecuta la técnica o de la inexactitud de esta– viola su derecho a la vida, por lo que la técnica no es acorde con la Constitución y por ello el reglamento cuestionado es inconstitucional por infracción del artículo 21 de la Constitución Política y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Tras estimar que la FIV contraviene el derecho a la vida. La sentencia deja constancia que, ni aún por norma de rango legal es posible autorizar legítimamente su aplicación «por lo menos mientras su desarrollo científico permanezca en el actual estado y signifique el daño consciente de vidas humanas».

A partir de esta decisión, muchas parejas de Costa Rica se vieron gravemente afectadas y decidieron acudir a todo tipo de recursos legales, incluyendo acciones de inconstitucionalidad, denuncias judiciales, entre otras, donde alegaban i) violación de su derecho a la intimidad, por cuanto debían revelar información de su vida íntima para poder viajar al exterior a realizar la FIV; ii) problemas de pareja derivados de los inconvenientes reproductivos y iii) trastornos depresivos y afujías económicas ante la imposibilidad de generar una familia, más el alto costo que implicaba intentar la FIV fuera del país. Ello justificó que el caso llegase a la Corte IDH, que debía establecer si

efectivamente se habían vulnerado los derechos de las presuntas víctimas, al haberse declarado la inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo No. 24029-S e impedido, por contera, la práctica de la Fecundación *In Vitro* en el territorio costarricense.

II. Argumentos de la CIDH

La sentencia de la Corte IDH concluye que la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal; libertad personal, y a la vida privada y familiar, resaltando que la manera como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de los padres.

La Corte armoniza varios derechos constitucionales a efecto de armar el edificio de sus argumentos y sustentar esta decisión: El derecho a la vida previsto en artículo 4.1 de la Convención Americana y su derivado, el derecho a la vida privada, tiene para la Corte IDH una estrecha relación con la autonomía reproductiva y con el acceso a servicios de salud reproductiva; implica, por tanto, el derecho de acceder a la tecnología médica que se requiera para su efectivo ejercicio. Ambos derechos suponen la posibilidad de decidir convertirse en padre o madre, incluso si dicha decisión acoge la idea de ser padres genéticos, y de contar con los medios que pueden ser utilizados para controlar la fecundidad de la madre.

308

Adicionalmente, el derecho a la vida privada incluye la protección de la integridad personal, que abarca la integridad física y psicológica. Por tanto, los Estados están en la obligación de contar con todos los medios necesarios que garanticen dicha integridad, y para el caso en cuestión, dichos medios hacen alusión a la efectiva existencia de una prestación de servicio a la salud —específicamente a la salud reproductiva—, incluyendo la atención médica respecto a los métodos de planificación familiar que existan y al acceso a la tecnología médica respecto a estos métodos. Igualmente, al tenor del fallo, del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia, se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva; en consecuencia, es clara la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de *iure o*

de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona.

Finalmente, el derecho a fundar una familia también hace parte del derecho a la vida privada; según lo dispuesto en la Convención Americana, en su artículo 17, «la familia es elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado». Por lo tanto, se requiere de un papel activo por parte del Estado, en relación con el deseo de una pareja de conformar una familia y un marco normativo que efectivamente lo permita.

III. Métodos de interpretación utilizados por la CIDH

La Corte IDH hizo alusión a los siguientes métodos de interpretación: i) conforme al sentido corriente de los términos; ii) sistemático, iii) evolutivo y iv) *finalístico*, para terminar con un juicio de proporcionalidad a la decisión asumida por la Corte Costarricense: I) El análisis desde la interpretación conforme al sentido corriente de los términos recayó en el artículo 4.1 de la Convención Americana y específicamente sobre los términos «persona», «concepción» y «ser humano» contenidos en la norma. Respecto del término «concepción», la Corte IDH observa que en el contexto científico actual se destacan dos lecturas diferentes: una corriente entiende la «concepción» como el momento de fecundación del óvulo por el espermatozoide, creando el cigoto como nueva célula. Pruebas científicas consideran al cigoto como un organismo humano que alberga las instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión. Otra vertiente plantea la «concepción» como el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero, bajo el entendido de que ello faculta la conexión de la nueva célula, el cigoto, con el sistema circulatorio materno que le permite acceder a todas las hormonas y otros elementos necesarios para el desarrollo del embrión¹. En punto a la expresión «ser humano», algunos estudios citados por el fallo indican que el inicio de la vida comienza con la fecundación, reconociendo al cigoto como la primera manifestación corporal del continuo proceso del desarrollo humano, mientras que otros consideran que el punto de partida del desarrollo del embrión y entonces

¹ CIDH. caso *Artavia Murillo y otros («Fecundación In Vitro») VS Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia 28 de noviembre de 2012, párrafo 180.

de su vida humana es la implantación en el útero donde tiene la capacidad de sumar su potencial genético con el potencial materno².

Lo expuesto significa que, una interpretación sistemática conduce a la improcedencia de otorgar el estatus de persona al embrión, pues del artículo 4.1. de la Convención no se entiende que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados normativamente. Asimismo, teniendo en cuenta que la concepción solo ocurre dentro del cuerpo de la mujer, a la luz del artículo 4.1 de la Convención el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la madre, como se desprende del artículo 15.3. a) del Protocolo de San Salvador, que obliga a los Estados Parte a «conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto», y del artículo VII de la Declaración Americana, que consagra el derecho de una mujer en estado de gravidez a la protección, cuidados y ayudas especiales. iii) Interpretación del objeto y fin del tratado³. Esta interpretación intentó indagar por el propósito y la intención última de las normas objeto de estudio; específicamente tuvo en cuenta la finalidad del artículo 4.1 de la Convención, en punto a la expresión «en general» del artículo 4.1; señala la Corte que su teleología indica salvaguardar el derecho a la vida sin que ello implique la negación de otros derechos que por igual protege la Convención. En ese sentido, la cláusula ‘en general’ tiene como objeto y fin el «permitir que, ante un conflicto de derechos, sea posible invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción. En otras palabras, el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos.»

Aduce igualmente que el objetivo del término «*en general*» del artículo 4.1 de la Convención es el de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. En el caso *sub examine*,

² CORTE IDH. caso *Artavia Murillo y otros («Fecundación In Vitro»)* VS *Costa Rica*. Excepciones Preliminares, *Fondo*, Reparaciones y costas. Sentencia 28 de Noviembre de 2012, párrafo 180.

³ «La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 establece en su artículo 31 la «regla general de interpretación de los tratados» un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin» (Artículo 31, párrafo 1°).

el objeto y fin supone que no pueda alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos. Finalmente, señala que el vocablo «en general» sugiere que la protección del derecho a la vida no es absoluta, pero sí *gradual e incremental* según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general. Ello supone, entonces, que la protección de la vida intrauterina es «gradual e incremental» y que puede ceder ante derechos de las personas. En ese contexto, la Corte IDH llega a admitir que la vida del embrión no es un valor absoluto y por tanto, concluye que la Sala Constitucional costarricense partió de una protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta los otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia.

Este análisis estuvo precedido de algunos fallos en perspectiva comparada que hizo la propia sentencia al sostener que la negativa del estatus de persona del embrión no es nueva en el contexto internacional. Ya en 1985 el Tribunal Constitucional Español, a través de la STC 53/1985, declaró no reconocer al *nasciturus* como sujeto de derecho y por lo tanto, no lo consideró como titular de derecho alguno, por cuanto los únicos titulares de derechos son las personas nacidas. Invocó igualmente la sentencia C-355/2006, de la Corte Constitucional de Colombia, que despenalizó parcialmente el aborto. En este pronunciamiento tampoco se reconoce al *nasciturus* como persona cuando se indica que «el fundamento de la prohibición del aborto radicó en el deber de protección del Estado colombiano a la vida en gestación y no en el carácter de persona humana del *nasciturus* y en tal calidad titular del derecho a la vida». iii) Interpretación Evolutiva. Esta interpretación buscó comprender la norma a la luz de su evolución y considerando las condiciones de vida actuales⁴. Fue una interpretación decisiva, teniendo en cuenta que la FIV es un procedimiento que no existía para el momento en que se redactó el artículo 4.1 de la Convención, por lo que es menester indagar sobre su efectiva aplicación en la actualidad. El enfoque se fundamentó en los desarrollos pertinentes hallados en el derecho internacional y comparado respecto

⁴ CORTE IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión consultiva, OC-16/99, de 1 de octubre de 1999. Serie A, No. 16, párrafo 114.

al estatus legal del embrión, y las regulaciones y prácticas del derecho comparado en relación con la FIV. Concluye la sentencia que, a pesar de que no existen muchas regulaciones normativas específicas sobre la FIV, en la mayoría de los Estados de la región se permite su práctica. Ello significa que muchos Estados han interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV y que esta técnica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental –y no absoluta– de la vida prenatal, arrojando como conclusión que el embrión no puede ser entendido como persona⁵. La Corte IDH consideró que estas prácticas de los Estados se relacionan con la manera en que ellos interpretan los alcances del artículo 4 de la Convención, pues ninguno ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida, particularmente la FIV. y iv) Proporcionalidad. La Corte IDH reitera que el «derecho absoluto a la vida del embrión» como base para la restricción de los derechos involucrados, no tiene sustento en la Convención Americana; pese a ello, efectuó una ponderación teniendo en cuenta los siguientes aspectos

312

i) Según la Organización Mundial de la Salud, en concepto que hace suyo la sentencia, la infertilidad se entiende como una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas. Apoyada en peritajes, en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Protocolo de San Salvador, consideró la sentencia que la infertilidad es una limitación funcional y por tanto las personas víctimas de dicha limitación deben ser acogidas por los derechos propios de las personas con discapacidad. Implica que, quienes acudieron a este procedimiento en Costa Rica debieron tener acceso a las técnicas necesarias para lidiar con los problemas de salud reproductiva, circunstancia que se vio frustrada por la decisión de la Sala Constitucional de la Corte de ese país. Indicó la decisión que con la sentencia de Costa Rica se generó un impacto económico desproporcionado, puesto que muchas parejas tuvieron problemas de dinero, debido a los gastos que hubo que sufragar para poder acudir a otros tratamientos que exigían salir de Costa Rica en repetidas

⁵ CORTE IDH. caso *Artavia Murillo y otros («Fecundación In Vitro») VS Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia 28 de Noviembre de 2012.párr. 236.

ocasiones. Para la Corte IDH la decisión de la Sala Constitucional también evidenció una restricción desproporcionada de los derechos de las víctimas, por cuanto le asigna un carácter absoluto al derecho a la vida consagrado en el artículo 4.1 de la Convención Americana, impidiendo de esa forma la coexistencia de los demás derechos consagrados en el mismo Estatuto.

Al destacar la importancia del derecho de acudir a las técnicas de reproducción asistida, se evidenció la relevancia del derecho a la maternidad, como una parte esencial del desarrollo de la personalidad de las mujeres. La sentencia Artavia contra Costa Rica permite identificar un nuevo alcance del derecho a la maternidad al destacar que no solo hace referencia a la etapa de la gestación y a las protecciones de las que es titular la mujer en dicho momento, sino también a una etapa anterior que implica la libertad de la mujer para escoger y decidir sobre la posibilidad de convertirse en madre y de contar con las tecnologías médicas existentes en caso de querer serlo.

IV. El estado actual de la jurisprudencia colombiana

313

Con fundamento en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de la mujer, así como en las conferencias mundiales de Naciones Unidas, la Corte Constitucional Colombiana ha establecido que los derechos sexuales y reproductivos, dado su carácter de derechos humanos, son parte de la Constitución Política. Pese a lo anterior, en materia de tratamientos de fertilidad, los precedentes constitucionales proferidos por la Corte Constitucional Colombiana se decantaron en una primera fase por señalar, de manera precaria, que su justiciabilidad, específicamente en relación al mecanismo de la acción de tutela, no resultaba procedente en los casos en los que se pedía protección del derecho a la maternidad, porque la garantía a ser madre no generaba una obligación estatal frente a la «maternidad asistida».

Esta doctrina se plasmó en principio en la sentencia T-1104, del 23 de agosto del año 2000, donde se sostuvo que el derecho a ser madre se concretaba únicamente en dos esferas: la primera, a su vez, de dos escenarios puntuales: i) por una parte, el derecho de la mujer para tomar decisiones soberanas sobre su cuerpo y ii) por otra parte, el derecho de la pareja de

tener hijos o decidir el número de estos. En este marco, el Estado tiene la obligación negativa de no interferir en la libertad sexual y genésica de los ciudadanos. La segunda esfera señala que el derecho a la maternidad se materializa en la especial protección constitucional a la mujer embarazada y a la mujer cabeza de familia, que se deriva de los artículos 13 y 43 de la Constitución Colombiana, y genera obligaciones de carácter positivo para el Estado. Estas obligaciones se encuentran reflejadas en la jurisprudencia constitucional, en dos aspectos: i) en la protección a la estabilidad laboral reforzada, ii) en el derecho a la licencia de maternidad, y en la atención gratuita en salud al hijo menor de un año.

Expresamente, guardó silencio la jurisprudencia en relación al amparo de los tratamientos que buscan superar la infertilidad. Para la Corte Constitucional Colombiana (en adelante, para algunas ocasiones C.C.C.) el derecho a la maternidad no es un derecho fundamental y por ende, excluye la obligación de buscar por todos los medios la viabilidad del ejercicio de las funciones reproductivas cuando éstas se encuentran truncadas por motivos no imputables al Estado. Los tratamientos de fertilidad, como la FIV, están excluidos del Plan Obligatorio de Salud Colombiano, porque el Estado no está obligado a garantizar la maternidad de una persona cuyo condicionamiento biológico *per se* no le permite su goce; era, *in genere*, la tesis de la C.C.C. al prever que

El deber de atención en salud que vincula constitucionalmente al Estado con sus asociados no encuentra justificación razonable cuando éste se dirige a posibilitarle mediante una acción positiva, verbigracia una intervención médico quirúrgica, el derecho a la maternidad de una mujer cuya función procreadora no puede ejercerse normalmente por causa no imputable al ente estatal. Tanto el ordenamiento positivo como la jurisprudencia han entendido el derecho a la maternidad como aquel referente a las prerrogativas de que goza la mujer, bien en razón de su estado de embarazo, o por haber, recientemente, dado a luz a su criatura. Debido a esto, el derecho a la procreación –aunque existe como tal en cabeza de todo ser humano e implica un deber de abstención estatal en relación con aquellas actividades tendientes a su restricción o determinación imperativa–, mal puede extenderse hasta el punto de constreñir a la administración a garantizar la maternidad

biológica de una persona cuyo condicionamiento biológico per se no le permite su goce. Cabe recordar que los convenios internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Colombia han entendido el tema de los derechos reproductivos de la mujer como un asunto que implica la posibilidad femenina de determinar libremente el número de sus hijos, acceder a una adecuada sobre planificación familiar, etc.

De cara al procedimiento de fecundación *in vitro*, la negativa de la C.C.C. se concentraba específicamente en estos criterios⁶: i) la no inclusión de dicho procedimiento en el Plan Obligatorio de Salud constituía un legítimo desarrollo de la facultad de configuración del legislador, que bien puede excluir las técnicas reproductivas de los planes de salud, coherente con la necesidad de implementar un Sistema de Seguridad Social en Salud en lo que realmente tuviera que ver con esta, acatando el principio de universalidad y la garantía de acceso igualitario para todos los habitantes del territorio nacional; ii) el Estado no está obligado a apoyar y sufragar procedimientos científicos especiales, incluyéndolos en los planes obligatorios de salud, para garantizar la procreación y suplir la infertilidad y iii) aun en los casos en que los propios médicos adscritos a las entidades públicas de salud, hubiesen prescrito dicho procedimiento a una paciente, no era viable otorgar el amparo constitucional porque el derecho a ser madre y la maternidad asistida tienen límites razonables, justificados constitucionalmente, como consta en las numerales i) y ii) ya referidos.

315

Para resaltar que no era obligación del Estado garantizar mediante planes de salud estatales la procreación a madres que no pudieran tener hijos, en la sentencia T-946 de octubre 31 de 2002⁷, al negar un tratamiento de fecundidad asistida, la Corte indicó que si una mujer, o la pareja, deseaba integrar una familia y proyectarse vitalmente a través de su descendencia «existía otro mecanismo que la propia Constitución y la ley ofrece como es el procedimiento de adopción (...), al cual pueden acceder si lo desean».

En la misma dirección que lo señalado por la Corte y citado en el

⁶ Cfr. T-1104 de 2000; T-946 de 2002; T-760 de 2008; T-752 de 2007.

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-857 de noviembre 26 de 2009, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

párrafo precedente, en una línea solitaria que se abandona rápidamente, se vuelve sobre el tópico de la adopción como sucedáneo de un tratamiento de fertilidad, señalando, en el año 2014, que era

(...) plausible y merecedora de respeto la aspiración de mujeres y hombres de proyectarse genéticamente, pero la destinación de recursos presupuestales tan necesitados para la atención de problemas realmente severos de salud, hacia progresismos costosos que permitan el nacimiento de más párvulos en satisfacción de la consanguinidad, contrasta con la existencia de tantos niños ya nacidos, que siguen requiriendo madre, padre, familia y amor⁸.

Con todo, a fuerza de transitar por el estudio de la casuística más específica en sede de amparo constitucional, la C.C.C. decidió conceder el tratamiento en ciertos eventos, de acuerdo con el principio de continuidad en el servicio de salud, o cuando la afección no fuese originaria sino derivada de otros problemas de la mujer que en sí mismos hicieran viable la intervención del juez de tutela. Repensó⁹ la Corte la importancia de desarrollar la jurisprudencia constitucional en lo concerniente al derecho a la maternidad y matizó aduciendo que los derechos sexuales y reproductivos, en tanto *verdaderos derechos humanos*, son susceptibles de ser protegidos por vía de tutela. En esos casos, el juez constitucional atenuó el juicio y flexibilizó la jurisprudencia primigenia al asumir el estudio de algunos eventos concretos, estimando que la acción de amparo sí resultaba admisible como medio para solicitar un tratamiento de fertilidad, en tres escenarios específicos: i) cuando el tratamiento de fertilidad se había iniciado y posteriormente suspendido por la entidad prestadora de salud sin mediar concepto médico o científico que justificara dicho proceder; ii) cuando se requería la práctica de exámenes diagnósticos para precisar una condición de salud asociada a la infertilidad femenina y iii) cuando la infertilidad era producto o consecuencia de otra enfermedad que afectara el aparato reproductor y de paso pusiera en riesgo los derechos fundamentales de la paciente. Es el caso de la *infertilidad secundaria*, a la que se refirió la Corte en la sentencia T-901 de 2004, donde se concedió el amparo a una mujer que sufría de esta patología originada por otro tipo

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-009 de diciembre 17 de 2014, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T- 968 de diciembre 18 de 2009, M.P. Maria Victoria Calle Correa.

de afecciones físicas. La decisión se ventiló desde el criterio de conexidad, pues el amparo se concedió tras considerar que la afección que producía la infertilidad a la peticionaria, implicaba un deterioro a sus condiciones de vida digna.

Los que reclamaban una tutela más efectiva dieron lugar a la sentencia T- 528 del 18 de julio de 2014, donde con intención de zanjar el tema se hace el primer acercamiento a la protección integral frente a los casos de fertilización *in vitro* y la Corte Constitucional Colombiana ordena al Gobierno que el tratamiento de FIV sea parte del Plan Obligatorio de Salud. La sentencia evalúa desde el derecho comparado el estado actual de la regulación, la jurisprudencia y el sistema público de salud en América Latina, destacando que la región ha avanzado en la implementación de estas técnicas y en su inclusión en los sistemas de salud. En Brasil se destinan recursos especiales a los establecimientos de salud que realizan procedimientos de atención a la reproducción humana asistida, bajo ciertas consideraciones normativas; en Argentina, la Ley 26.862 de 2013 tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, materializando la prevalencia de los derechos de toda persona a la paternidad/maternidad y a formar una familia; en Uruguay, mediante la Ley No. 19.167 del doce (12) de noviembre de dos mil trece (2013), se regulan las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente, así como los requisitos que deben cumplir las instituciones públicas y privadas que las realizan; en Chile se ha avanzado en el tema del acceso a las técnicas de reproducción asistida (TRA) a través del Ministerio de Salud, y se precisó que se aplicará por etapas debido al alto costo que implica para el Estado. Por el contrario, en México no se ha regulado el derecho a la planificación familiar; no obstante, en lo que tiene que ver con el acceso a los tratamientos de fertilidad humana y procreación asistida, los hospitales públicos y especializados dependientes de la Secretaría de Salud, prestan el servicio de atención a la infertilidad en el ramo de la atención médica en ginecobstetricia.

Gracias al *excursus* comparado, la Corte Constitucional constató que en cinco países de la región, con una situación económica, social y política similar a la de Colombia, «[se ha] avanzado en la regulación de las técnicas

y los tratamientos de reproducción humana asistida, y/o en su inclusión en el sistema público de salud o en los seguros sociales». De allí concluyó que el Gobierno Colombiano, a través del Ministerio de Salud y Protección Social, debía revisar la política aplicada a los derechos de aquellas personas que padecían de infertilidad y no contaban con recursos económicos para costear los tratamientos de reproducción humana asistida. De acuerdo con la sentencia, ello solo será posible si se entiende que «el derecho a la salud incluye los derechos de los usuarios a la información, la guía y el acompañamiento en la ruta de acceso a un servicio de salud requerido.» Es así como las entidades del sistema de salud «tienen la obligación de brindar a las personas la información que sea necesaria para poder acceder a los servicios de salud que requieran, con libertad y autonomía, permitiendo que la persona elija la opción que [en] su entender, le garantice en mayor medida su derecho.» Este derecho se manifiesta a través de obligaciones de diferente tipo, como la garantía de que el consentimiento para los procedimientos médicos sea informado o el deber de brindar información y acompañamiento para obtener los servicios de salud requeridos, que se encuentran fuera del plan de beneficios..

En este pronunciamiento, de manera tímida la Corte hace referencia a algunas directrices hermenéuticas consagradas en Artavia, sosteniendo simplemente en múltiples citas marginales que existe el referido fallo y que, en el mismo, la Corte IDH da alcance a los derechos convencionales a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad y al acceso al progreso científico, entre otros. Esto significa que la doctrina constitucional avanzada y progresista, aparentemente sentada por esta jurisprudencia, fue meritoria pero inconclusa; se abona, de un lado, el avance en clave comparada hecho por este pronunciamiento pero, de otro, preocupa que se mantenga el déficit de protección y quede latente la imperiosidad de que la interpretación de la Corte IDH se adopte en los fallos del Tribunal Colombiano.

Solicitar la inclusión de la FIV como parte del Plan Obligatorio de Salud en Colombia parecía un avance significativo promovido por la sentencia T-528/14, pero sin hacer la apropiación obligada de las consideraciones de la Corte Interamericana, la justiciabilidad del derecho a la maternidad quedaba al socaire de las decisiones administrativas, a tal

punto que cuatro años después aún la FIV permanece fuera del Plan de Salud Estatal.

Una jurisprudencia ulterior, específicamente la consignada en la sentencia T- 274, del 20 de abril de 2015¹⁰, se aparta de la jurisprudencia tradicional y temprana de la C.C.C. y acerca la interpretación de la Corte IDH al *holding* del caso que se debatía. Sostuvo que a la luz de Artavia, las empresas de salud en Colombia que niegan los tratamientos de fertilización *in vitro* sí violan el derecho a la maternidad, el derecho a salud en su faceta reproductiva y el derecho a formar una familia, no únicamente el derecho a la salud en su arista de información, como lo había resuelto la sentencia T-528 de 2014.

La sentencia T- 274 de 2015 efectivamente inauguró una corriente de vanguardia apoyada en distintos pronunciamientos de organismos internacionales, según la cual el ejercicio de los derechos reproductivos supone el reconocimiento, el respeto y la garantía de la facultad que tienen las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia, así como la libertad de decidir responsablemente el número de hijos que se quiere tener. Aplicando la sentencia Artavia contra Costa Rica, señaló que la injerencia injustificada sobre este tipo de decisiones, traía consigo la limitación en el ejercicio de otros derechos fundamentales como la libertad y la autodeterminación, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal y familiar y el derecho a conformar una familia.

Posteriormente, las sentencias T-306 de 2016 y T-375 de 2016, en un impulso por sellar la línea jurisprudencial, estimaron que las directrices hermenéuticas proporcionadas por la Corte IDH en el caso Artavia eran efectivas para garantizar en Colombia derechos constitucionales propios de la Carta Política y derechos humanos del Sistema Interamericano y, por tanto, debían ser consideradas al resolver los casos de amparo a estos servicios médicos. Indicaron que los términos de la sentencia Artavia Murillo contra Costa Rica eran compatibles con la jurisprudencia constitucional colombiana e imponían un nuevo paradigma de interpretación de los

¹⁰ La sentencia T- 126 de 2017 reitera la posición de la T- 274 de 2015.

derechos sexuales y reproductivos, con una doble fuente: la interna, con base en los alcances del derecho a la igualdad, a la intimidad, a la salud en su faceta reproductiva y al libre desarrollo de la personalidad, y la fuente internacional, con base en los tratados (art. 93 C.P.) firmados por Colombia, que tienen jerarquía constitucional, como la Convención Americana de Derechos Humanos y sus respectivas interpretaciones que armonizan con la jurisprudencia nacional.

Sin embargo, en una decisión de la misma época, correspondiente a la sentencia T- 398, del 1 de agosto de 2016, reiterada en la sentencia T-316 de 2018, con una postura que «desempolva» la jurisprudencia original, se opaca la contundencia del balance ya logrado en los fallos citados, se retrocede en la protección ganada y se omite considerar a Artavia en la fundamentación utilizada para resolver los casos estimados; se negaron en esos fallos las tutelas a madres que solicitaban el tratamiento *in vitro* y en la *ratio* se indicó que era una materia reservada al legislador, por lo que no se configuraba ningún supuesto excepcional bajo el cual resultara viable el amparo. El razonamiento fuerte sin embargo se detuvo en la necesidad de considerar el principio de sostenibilidad financiera en el sistema general de seguridad social en salud, por cuanto se trata de técnicas de alto costo para el Estado. Este argumento, bizarro por demás, olvidó que el principio de sostenibilidad fiscal es un criterio que posee un límite explícito constitucionalmente, el cual no puede invocarse para menoscabar derechos fundamentales.

Paradójicamente, fue ese el eje temático que en el mismo año, (C-093 2018) utilizó la Corte Constitucional en Colombia para desestimar las objeciones presidenciales a un proyecto de ley que buscaba la creación de una política pública para la infertilidad señalando que el Ministerio de Salud reglamentara el acceso a tratamientos y terapias de reproducción asistida con recursos públicos. El Gobierno lo objetó por el alto costo fiscal que ello representaría para las finanzas del Estado y la Corte declaró infundadas las objeciones. En esa sentencia hito, la Corte no utilizó el argumento convencional (por lo que persiste la necesidad hacerlo), pero sí avanzó tras sostener i) que el tópico de la sostenibilidad fiscal no puede invocarse como sustento para menoscabar, restringir el alcance o negar la protección efectiva derechos fundamentales y ii) tendiendo a la jurisprudencia y el bloque de constitucionalidad que identifican los derechos reproductivos

como fundamentales, estimó que el acceso a tratamientos de infertilidad mediante técnicas de reproducción asistida tiene incidencia tanto en estas garantías como en el derecho a la salud.

V. Deber de incorporar la decisión Artavia Murillo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana

Las consideraciones de las sentencias referidas, que develan por un lado intenciones de sostener una directriz gruesa de protección y la postura emergente que se aparta de consideraciones garantistas de los derechos reproductivos, deben generar y promover a futuro una sentencia que unifique, de una vez por todas, un tema tan crucial como el del amparo constitucional de las técnicas de reproducción asistida. Se insiste en la imperiosidad de incorporar la decisión Artavia Murillo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, por las razones que siguen

i) En primer lugar, por la fundamentalidad de la que ya goza sin duda el derecho a la salud en Colombia, inicialmente desde la jurisprudencia y posteriormente con la Ley Estatutaria 1751 de 2015, *«por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones»*, revisada por la sentencia C – 313 del 29 de mayo de 2014; allí se cierra en términos generales y para lo de nuestro interés, la noción de la salud como un derecho fundamental *per se*, que el Estado debe proteger en la gran mayoría de los casos. Se entiende entonces que cuando se niega un tratamiento de fertilidad a una mujer, claramente se afecta el derecho a la salud como fundamental en su faceta reproductiva. El derecho a la salud, sostuvo la sentencia mencionada, protege múltiples ámbitos de la vida humana : la salud física, psicológica, mental, emocional y la salud sexual y reproductiva, definida como «[...] un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo, sus funciones y procesos». En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos, la capacidad de procrear y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia¹¹.

¹¹ Cfr. Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 1994, párr. 7.2; ONU A/CONF.171/13/Rev.1 (1995). Citado en Corte IDH, caso Artavia Murillo y otros («fecundación *in vitro*») vs. Costa Rica. Sentencia del veintiocho (28) de noviembre

ii) Un segundo factor que justifica la inclusión de las consideraciones de la Corte IDH en los criterios de interpretación de la Corte Constitucional Colombiana en relación con el derecho a la maternidad, viene dado por la incorporación de las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al ordenamiento colombiano por la ruta del *bloque de constitucionalidad*, previsto en el artículo 93 de la Constitución Política, al punto de que es doctrina indiscutible de nuestro Tribunal Constitucional que los fallos de la Corte IDH contienen una *interpretación auténtica* de los derechos contenidos en la Convención, siendo entonces un instrumento internacional que integra el parámetro de control de constitucionalidad en Colombia¹².

De manera que si las sentencias de la Corte Interamericana tienen un efecto general e interno como criterio hermenéutico para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales, debe procederse en futuros casos al ajuste total de la jurisprudencia colombiana a la luz del asunto Artavia¹³, específicamente para los casos de solicitud de amparo constitucional cuando el predicado de la mujer sea precisamente el de la realización de tratamientos para paliar la infertilidad y que tengan como fundamento la exigencia de la garantía del derecho a la maternidad. De lo contrario, se anularía el *efecto expansivo* de la jurisprudencia de la Corte IDH al no aplicar su *res interpretata* a los ordenamientos internos¹⁴.

En diversas ocasiones, la Corte Constitucional en Colombia ha reconocido el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH. En la sentencia C-370 de 2006, al examinar distintas disposiciones de la Ley 975 de 2005 relacionadas con los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, la Corte Constitucional sostuvo que

Por su relevancia como fuente de Derecho Internacional vinculante para Colombia, por tratarse de decisiones que expresan la

de dos mil doce (2012) (pág. 48, párrafo. 148).

¹² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencias C-360 de 2005 y C-936 de 2010.

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-10 de 2000, reiterada en las sentencias T-1391 de 2001 y C-097 de 2003.

¹⁴ Los posibles efectos continentales del caso Artavia. Max Silva Abott. Disponible en: cisav.mx/wp-content/uploads/2017/05/02-Los-posibles-efectos-continentales

interpretación auténtica de los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte transcribirá algunos de los apartes más relevantes de algunas de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativas a estándares sobre justicia, no repetición, verdad y reparación de las víctimas de los graves atentados contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

Esta tesis de la Corte Constitucional Colombiana va de la mano con la postura de la misma Corte IDH, cuando ha reiterado el carácter vinculante de su jurisprudencia como *interpretación auténtica* de la Convención Americana de Derechos Humanos. Así, en la piedra angular del sistema interamericano sobre control de convencionalidad que se condensa en la sentencia del 26 de septiembre de 2006 en el *leading case* «Almonacid Arellano y otros vs. Chile», se sostuvo lo siguiente

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 porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un principio 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 de 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.

323

«En el asunto Trabajadores cesados del Congreso» (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, del 24 de noviembre de 2006, la Corte IDH señaló de igual forma que i) el control de convencionalidad difuso procede de oficio y ii) los jueces internos que adelantan el control de constitucionalidad deben llevar a cabo el control de convencionalidad, dentro del marco de sus respectivas competencias¹⁵.

¹⁵ CORTE IDH, sentencia del 24 de noviembre de 2006, asunto de los Trabajadores Cesados del

En el caso «Heliodoro Portugal» vs. Panamá, fallado el 12 de agosto de 2008¹⁶, la Corte IDH también precisó que: i) existe una norma consuetudinaria, recogida en el artículo 2 de la CADH, que prescribe que los Estados deben introducir reformas en su derecho interno con el fin de cumplir con sus obligaciones internacionales; ii) tal deber comporta la supresión de normas y prácticas internas que desconozcan el tratado internacional y, al mismo tiempo, la expedición de disposiciones que garanticen la protección de los derechos consagrados en el tratado internacional; y iii) el control de convencionalidad, ejercido por todos los jueces internos, apunta al cumplimiento de tales obligaciones internacionales.

En la sentencia dictada en el caso «Cabrera García y Montiel Flores» vs. México de 26 de noviembre de 2010¹⁷, concluyó que i) todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces, deben velar por el cumplimiento de la CADH; ii) que los jueces «en todos los niveles» están en la obligación de ejercer de oficio el control de convencionalidad entre las normas internas y la CADH, incluida la interpretación que de esta haya realizado la Corte IDH, dentro del marco de sus respectivas competencias y procedimientos pertinentes.

324

Emerge una jurisprudencia constante de la Corte IDH en el sentido de que la totalidad de los jueces de los Estados Partes en la CADH, incluidos los tribunales constitucionales¹⁸, con fundamento en la obligación de proteger y respetar los derechos humanos, deben ejercer un control de convencionalidad difuso¹⁹ mediante el cual aseguren la primacía del *corpus iuris* interamericano sobre el derecho interno. Lo que significa que el fallo emitido en ejercicio de la función jurisdiccional por la Corte IDH como tribunal internacional de derechos humanos en el caso Artavia debe encontrar asidero en la jurisprudencia constitucional colombiana

Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo y reparaciones.

¹⁶ Corte IDH, sentencia del 12 de agosto de 2008, asunto Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones preliminares, fondo y reparaciones.

¹⁷ Corte IDH, sentencia del 26 de noviembre de 2010, asunto Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones preliminares, fondo y reparaciones.

¹⁸ Corte IDH, asunto Boyce y otros vs. Barbados, sentencia del 20 de noviembre de 2007. Excepciones preliminares, fondo y reparaciones.

¹⁹ Sentencia de la Corte Constitucional C-469 de 2016. S.V.

sin óbices en su cumplimiento, privilegiando además de la Convención Americana, la *interpretación* que de ella hace la Corte IDH, al moldear a través de sus fallos un marco general de comprensión de cada uno de los derechos convencionales. Como lo ha sostenido la Corte Constitucional Colombiana en ocasiones pasadas, los argumentos de derecho interno – sean estos de la índole que sean– no deben servir de pretexto para la mora o el incumplimiento en el acatamiento de fallos judiciales proferidos por la Corte IDH²⁰. El derecho interno y el DIDH, ya no puede concebirse como realidades disociadas. Se ha señalado con acierto que «ya no puede haber duda que las grandes transformaciones internas de los Estados repercuten en el plano internacional, y la nueva realidad en este así formada provoca cambios en la evolución interna y en el ordenamiento constitucional de los Estados afectados»²¹.

En suma, atendiendo la obligación de cumplir sus compromisos internacionales, las autoridades colombianas, en este caso, la Corte Constitucional, debe tomar en consideración, según lo advierte la Corte Interamericana, no solo el texto del tratado sino también las pautas que sobre su interpretación establece dicho Tribunal. Con esa misma orientación, la jurisprudencia interamericana ha señalado, luego de afirmar la obligación de los Estados de cumplir las decisiones adoptadas por la Corte Interamericana cuando sean parte en el respectivo proceso, que cuando ello no ocurre –es decir cuando no son parte en el proceso– las autoridades del Estado están vinculadas por el Tratado y, por ello

[...] deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas²², en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana²³.

²⁰ Sentencia de la Corte Constitucional T-653 de 2012.

²¹ CANÇADO TRINDADE, Augusto Antônio. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. 2da edición. Santiago, Chile . Editorial Jurídica de Chile, 2006, pag.272.

²² Sentencia de la Corte Constitucional, C-500 de 2014.

²³ Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de l

iii) En la misma dirección, refiriéndose a la eficacia de la *res judicata* de las sentencias adoptadas por la Corte IDH como norma convencional interpretada, y a la pretensión de asentar una doctrina general sobre estándares de protección de derechos, el Juez de la Corte IDH Eduardo Ferrer Mac Gregor ha señalado desde la tribuna de la doctrina, que en tanto la sentencia interamericana adquiere la autoridad de la cosa juzgada internacional, despliega sus contenidos y efectos en dos dimensiones: a) de manera subjetiva y directa hacia las partes en la controversia internacional y b) de forma objetiva e indirecta hacia todos los Estados Parte en la Convención Americana. Para el primer supuesto, se produce obviamente una eficacia *inter partes* y en el segundo, que es el de nuestro interés, (la consecuencia indirecta para los estados no parte en la controversia) se genera un efecto *erga omnes*, que, al decir del Juez Ferrer Mac Gregor, es una eficacia para todos en la medida en que el conjunto de autoridades nacionales de los países parte en la Convención quedan vinculados a la efectividad convencional y, por ende, al criterio interpretativo establecido por la Corte IDH, en tanto estándar mínimo de efectividad de la norma convencional, derivada de la obligación de los Estados de respeto, garantía y adecuación –normativa e interpretativa– que establecen los artículos 1 y 2 de la Convención Americana²⁴.

Colombia es miembro de la Organización de Estados Americanos, parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y ha aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta Convención es además el instrumento de Derechos Humanos más importante del ámbito regional, y la Corte IDH su intérprete autorizado, de manera que sus pronunciamientos constituyen pauta insustituible para que el país cumpla sus compromisos de respeto, protección y garantía de los Derechos Humanos. En este mismo sentido, como se dijo *ut supra*, las cláusulas de la Convención hacen parte del orden interno colombiano con jerarquía constitucional, en virtud de las normas de remisión del artículo 93 superior.

Así las cosas, la Corte Constitucional debe seguir sin dubitaciones y en línea de consenso, la interpretación impuesta por la sentencia Aravia

Corte Interamericana de Derechos Humanos del 20 de marzo de 2013.

²⁴ Armin VON BOGNANDY, Héctor FIX FIERRO y Mariela MORALES. *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Coordinadores, Universidad Nacional Autónoma de México. 2014.

contra Costa Rica, en cuanto permite interpretar el derecho a la maternidad a la luz del artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Por consiguiente, le cabe adelantar una armonización de las disposiciones del ordenamiento interno y el internacional, con el propósito de asegurar la supremacía de la Constitución Política y el pleno respeto de las obligaciones del Estado en el escenario del derecho internacional de los Derechos Humanos. La doctrina del control de convencionalidad no es una herramienta que busca imponerles a los estados una visión homogénea en cuestiones de derechos humanos, sino que se soporta, y en este caso poca duda cabe, en el principio *pro personae*. Los estados, por ende, preservan la libertad de adoptar criterios de más protección que los proporcionados por el *corpus juridico interamericano*, lo que significa que la Corte Constitucional solo tiene dos alternativas, acoger Artavia o superar los criterios y fundamentos para la protección; lo que no puede es hacerlos más restrictivos, que sería el escenario de no aplicar lo normado en ese caso²⁵.

Corresponde, del mismo modo, mantener el principio fundamental del derecho internacional, según el cual, toda vez que los estados asumen un compromiso al ratificar un tratado internacional, nace el deber de honrar y ajustar a nivel interno, los fallos judiciales y las políticas públicas en general, para garantizar los derechos establecidos en la Convención. Tal como se indicó para el cumplimiento del caso Artavia en Argentina, «sería un error pensar que la adecuación de la legislación a los mandatos de la Convención corresponde exclusivamente al Poder Legislativo, o a las reglamentaciones que pueda dictar el Poder Ejecutivo conforme lo que establezca la Constitución de cada país. Hasta tanto no tenga lugar dicha adecuación, será responsabilidad del Poder Judicial de cada país ajustar las decisiones que involucren el acceso y la regulación de la IVF con los principios desarrollados por la Corte en “Artavia Murillo”²⁶.

iv) En cuarto lugar, la limitación en Colombia en sede judicial de las técnicas

²⁵ Ferrer MAC. GREGOR. What do we mean when we talk about judicial dialogue: Reflections of a judge of the Inter-American Court of Human Rights. (2017).

²⁶ Carlos Alejandro HERRERA VACAFLOR. «Los Derechos Sexuales y Reproductivos a partir de “Artavia Murillo” v. Costa Rica: un nuevo paradigma para su acceso». En VII Jornadas de Jóvenes Investigadores. Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires. (2013).

de fecundación asistida a plenitud constituye una violación del derecho a beneficiarse de los avances científicos que se encuentra previsto en el artículo 10 de la Ley Estatutaria de Salud Colombiana, en el artículo 14 del Protocolo de San Salvador, ratificado por Colombia mediante la Ley 319 de 1996, y en el artículo 15 (b) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de los cuales Colombia es parte. Ambos tratados contienen disposiciones prácticamente idénticas sobre el derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y tecnológico. El artículo 15 del PIDESC establece

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: (b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;... 2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia; 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica (...).

328

El artículo 14 del Protocolo de San Salvador lo replica señalando

1. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen el derecho de toda persona a: (...) b. gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico; (...) 2. Entre las medidas que los Estados partes en el presente Protocolo deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia (...) 3. Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica (...)

El mismo derecho se describe en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 27.1)

Toda persona tiene derecho a (...) participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten», y el artículo 13 de la Declaración Americana de los Derechos Humanos: «Toda persona tiene el derecho de (...) disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos.

Por su parte, el artículo 10 de la Ley Estatutaria de la Salud en Colombia, contempla el listado de derechos y deberes de las personas

relacionados con la prestación de los servicios de salud. Varias disposiciones de este artículo son pertinentes para demostrar el aserto anterior. La norma dispone que habrá provisión y acceso oportuno a las tecnologías y a los medicamentos requeridos; a recibir los servicios de salud en condiciones de higiene, seguridad y respeto a su intimidad y, en general, a agotar las posibilidades de tratamiento para la superación de una enfermedad. Las disposiciones citadas consagran un derecho claro y concreto a beneficiarse de las tecnologías en aras de alcanzar el goce pleno del derecho a la salud; pese a ello, el derecho a la tutela de los tratamientos integrales en punto a los sistemas de maternidad asistida permanece marginado de la jurisprudencia colombiana en los términos que prescribió la sentencia interamericana.

v) En efecto, al tenor de la sentencia del caso Artavia, la *infertilidad* es una *limitación funcional* y, por tanto, las víctimas de dicha limitación deben ser acogidas por los derechos propios de las personas con *discapacidad*, sostuvo terminantemente la Corte IDH. Siendo así, de no adaptarse en la jurisprudencia constitucional colombiana las conclusiones de la sentencia del caso Artavia de cara al derecho a la maternidad, en la arista de protección a las personas que padecen de infertilidad y por ende personas con discapacidad, se viola por igual tanto el Protocolo de San Salvador que consagra el derecho de las personas afectadas por una discapacidad a ser objeto de especial atención para lograr su adecuada inclusión social, como la *Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad*²⁷, ratificada por Colombia mediante la Ley 762 de 2002 y que tiene como objetivo eliminar todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración social, para ello establece la obligación internacional del Estado de «adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad (...)».

²⁷ Adoptada por la Asamblea General de la OEA en 1999 e incorporada al derecho interno por Ley 762 de 2002. En virtud de dicho tratado, Colombia, como Estado parte, se comprometió a adoptar las medidas legislativas, sociales, educativas, laborales y de cualquier otra índole necesarias para eliminar la discriminación contra las personas discapacitadas y a propiciar su plena integración en la sociedad. Tanto la ley aprobatoria como la Convención fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-401 del 20 de mayo de 2003.

En cuanto a la necesaria eliminación de la discriminación y la garantía de la igualdad real y efectiva, la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana²⁸ ha insistido en que las personas con limitaciones o con discapacidad, deben gozar de la plenitud de los derechos que la Constitución reconoce, sin que puedan ser discriminadas en razón de su particular condición de discapacidad. En este sentido, ha resaltado que existen dos tipos de situaciones que constituyen actos discriminatorios contra las personas con limitaciones o con discapacidad: i) de un lado, toda acción que anule o restrinja los derechos, libertades y oportunidades de estas personas y ii) de otro lado, toda omisión injustificada respecto de las obligaciones de adoptar medidas afirmativas para garantizar los derechos de estas personas, lo cual apareja, como consecuencia, la exclusión de un beneficio, ventaja u oportunidad, y por tanto constituye una discriminación²⁹.

vi) Desde el plano convencional que privilegiamos en este estudio, resulta evidente que el DIDH se posiciona en defensa de los más necesitados³⁰; proteger y promover los derechos de las personas con limitaciones no se reduce a proporcionar servicios en la esfera de la discapacidad, implica también adoptar medidas para cambiar las actitudes y comportamientos que estigmatizan y marginan a quienes padecen tales condiciones. Un paso importante³¹ es el de los jueces constitucionales cuando detectan, como en este caso de la inseminación *in vitro*, una situación en la que cabe una interpretación *pro homine* para lograr una solución justa. Recientemente, incluso, se comienza a hablar de *justicia reproductiva*³², afirmándose que cuando el juez se enfrenta a casos que bordean los derechos sexuales y reproductivos *debe actuar con visión de género* ante el imperativo de los tratados que integran el bloque de constitucionalidad. La

²⁸ T-372 de 2012

²⁹ Ver las Sentencias de la Corte Constitucional, C-401 de 2003, C-174 de 2004, C-804 de 2009, y C-640 de 2010. Ver también las Sentencias T- 826 de 2004, T-288 de 1995 y T-378 de 1997. Ver igualmente el Auto 06 de 2009.

³⁰ CORTE IDH. Caso *Blake vs. Guatemala*. Sentencia de 22 de enero de 1999. Voto razonado del Juez Cancado Trindade.

³¹ *Cfr.*, Andres ROUSSET, «La protección de los grupos vulnerables a través del control de convencionalidad» Revista RyD, Volumen I. Mendoza (2016).

³² Ruth FLETCHER, , *La justicia reproductiva y la Constitución irlandesa (art. 40.3.3.)*, JA 2011-II-1255; Paola BERGALLO, *De la libertad reproductiva a la justicia reproductiva: perspectivas feministas sobre derechos y reproducción*, en Paola BERGALLO, (compiladora). *Justicia, género y reproducción*, ed. Librería, Bs As, 2010, pág. 13.

Corte Constitucional Colombiana está llamada a cumplir un papel crucial al ser uno de los vehículos principales para que el Estado Colombiano pueda traducir en el orden interno la interpretación de la Corte IDH.

En el caso Artavia contra Costa Rica, se ha señalado de manera genérica, como se relacionó en el aparte III de este artículo, que existe un derecho a procrear y de hacerlo a través de las TRA. En efecto, la Corte IDH consideró que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada, e incluye la decisión de ser madre o padre en sentido genérico o biológico (párrafo 143 del fallo). En similar sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Evans Vs. Reino Unido*³³, en el que señaló que (en relación a la reglamentación de la FIV) el derecho a que se respete la decisión de convertirse en padre o madre en sentido genérico queda comprendido en el marco del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en punto al derecho al respeto a la vida privada y familiar. En el caso *Dickson Vs. Reino Unido*³⁴, el Tribunal Europeo sostuvo respecto a las técnicas de reproducción asistida que el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos era aplicable a las reclamaciones de los demandantes porque la negativa a la inseminación artificial concierne a su vida privada y familiar, cuyas nociones incorporan el derecho a que se respete su decisión de convertirse en padres. En *S.H. y otros Vs. Austria*, el TEDH se refirió explícitamente al derecho a acceder a las técnicas de reproducción asistida como la FIV señalando que el derecho de una pareja a tener un hijo y a hacer uso de la procreación médicamente asistida para ello está protegido por el artículo 8 del Convenio; debido a esa opción es una expresión de la vida privada y familiar.

vii) Y finalmente, no menos relevante, es también la *discriminación indirecta*³⁵ que se hace palpable en el caso Artavia, en los términos que han sido acuñados por la Corte IDH, y que no pueden perpetuarse en un entendimiento distinto

³³ Caso *Evans Vs. Reino Unido* (no. 6339/2005), sentencia de 10 de abril de 2007.

³⁴ Caso *Dickson Vs. Reino Unido* (no. 44362 de 2004), sentencia del 4 de diciembre de 2007.

³⁵ La Corte IDH, tomando como referencia el criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos, la define como la existencia de normas, acciones, medidas políticas y prácticas, que aun parezcan neutrales y un alcance no diferenciado, produzcan resultados negativos o discriminatorios contra cierta categoría de personas, aun cuando no se pueda probar la intención discriminatoria al grupo afectado. Caso *Nadege Dorzema*.

que de ello se haga por parte de la Corte Constitucional Colombiana. La figura de la *discriminación indirecta* que para muchos es una *sutil creación de una desventaja irrazonable*, se estableció por primera vez en el año 2012 como precedente jurisprudencial en el caso Nadege Dorzema³⁶ y otros vs. República Dominicana, donde se determinó como una discriminación indirecta el *modus operandi* de las deportaciones masivas o colectivas sin un debido proceso a migrantes haitianos. Existen medidas, normas, sentencias o prácticas con carácter general que en principio parecen inofensivas o neutras, pero en su aplicación material arrojan un resultado discriminatorio creando desventajas en grupos particulares en razón del género, discapacidad y origen étnico, a no ser que la disposición, criterio o práctica sea objetivamente justificable por un propósito legítimo y los medios para lograr ese propósito sean adecuados y necesarios.

La Corte IDH en el caso Artavia advirtió una *discriminación indirecta* ante la prohibición de la FIV hecha en la sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica; indicó la sentencia de la Corte IDH que la decisión de la Corte Suprema de Costa Rica creó una desventaja específica a todos aquellos que no pudieran concebir (una forma de discapacidad, como ya se dijo) unido a los altos costos del acceso a la salud sexual y reproductiva, y a las violaciones del derecho a la familia resaltadas en el *dictum* de la sentencia. La Corte Constitucional Colombiana³⁷ ha utilizado igualmente el expediente de la *discriminación indirecta* cuando una medida de carácter general impacta de forma especial a grupos vulnerables, personas en situación de debilidad manifiesta o sujetos de especial protección constitucional. Razón por demás para aplicar la *jurisprudencia Artavia* al caso colombiano.

332

VI. Conclusiones

El Estado colombiano, y dentro de él sus autoridades e instituciones en el ámbito de sus competencias legales y reglamentarias –lo que incluye a la Corte Constitucional–, se encuentran obligadas a acatar el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La propuesta final de

³⁶ Nadege DORZEMA y otros (República Dominicana) (2012), Fondo, Reparaciones y Costas, Corte IDH (Ser C) No 251 [Nadege Dorzema y otros].

³⁷ Sentencia de la Corte Constitucional C-754 de 2015 y C- 330 de 2016.

este artículo apunta a que se tengan por incorporadas las razones que se dieron por la Corte IDH al sostener: i) que la maternidad o el derecho a procrear es un derecho fundamental. Los argumentos expuestos por la Corte Interamericana posibilitan inferir la existencia del derecho a acceder a la maternidad mediante el uso de las técnicas de reproducción humana asistida, como parte del contenido esencial del derecho a la vida privada y familiar y el derecho a fundar una familia sin ninguna clase de discriminación; ii) que la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a las técnicas de reproducción humana asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, a la libertad individual y a la vida privada y familiar. La forma en que se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como en la relación de pareja, sin que pueda ser limitada o interferida por actos u omisiones que discriminen con motivo de discapacidad, género y situación económica y iii) que el Estado debe velar por su justiciabilidad en punto a las técnicas actuales de reproducción asistida, so pena de violar el derecho a la intimidad, el derecho a formar una familia y el derecho a la libre determinación.

De conformidad con la jurisprudencia harto reiterada de la Corte IDH, la Convención Americana tiene vigencia continental y, por lo tanto, los argumentos esgrimidos por ella en una sentencia para un caso determinado (la llamada *res interpretata* o también *ratio decidendi*) deben tener efectos para todos dentro del sistema interamericano³⁸. Lo anterior supone que el derecho a la maternidad puede ser visto como un *derecho fundamental innominado* que, por vía de una jurisprudencia convencional y en acatamiento *stricto sensu* a la interpretación de las disposiciones de la Convención Americana hecha por la Corte IDH, debe hacer parte del plexo de valores y derechos derivados de la garantía del derecho a la salud en Colombia y lo que sería más relevante, que se asumiera su justiciabilidad en aras de lograr un amparo constitucional sin restricciones. Claramente, los Estados parte de la CADH enfrentan un desafío que sugiere garantizar que el acceso a la fertilización *in vitro* y demás técnicas de maternidad asistida, sean consistentes con la decisión de la Corte IDH.

³⁸ Cfr. Juan Carlos HITTERS, «Un avance en el control de convencionalidad. (El efecto “erga omnes” de las sentencias de la Corte Interamericana)», Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8959>

Estabilidad presupuestaria, déficit público y medidas anti-crisis. El impacto de la política económica europea en la doctrina del Tribunal Constitucional español en materia de derechos sociales

 CARMEN MONTESINOS PADILLA*

Sumario

I. La constitucionalización de la política de mercado europea. 1.1. La controvertida reforma del art. 135 de la CE. 1.2. Los límites a la neutralidad del constitucionalismo económico. **II.** El control de constitucionalidad de la legislación anti-crisis. 2.1. La crisis como fundamento de la legislación de urgencia. 2.1.1. Crisis y sector público. 2.1.2. Crisis y sanidad. 2.2. La crisis como canon de constitucionalidad. 2.2.1. La crisis y la reforma laboral. 2.2.2. La crisis y el (no) derecho a la vivienda. **III.** La relación triangular crisis-legislación de urgencia-Estado social.

335

Resumen

El objetivo de este trabajo es analizar las consecuencias, en el ámbito de la protección de los derechos sociales, de la constitucionalización en España del principio de estabilidad presupuestaria. Los debates sobre esta reforma constitucional fueron inmediatos. Considerado como una verdadera disposición metaconstitucional, este principio ha sido objeto de numerosas críticas relativas a los importantes retrocesos que, en el ámbito social, hemos vivido desde que el mismo fuera incorporado a nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, no existe un estudio empírico sobre la jurisprudencia constitucional que permita verificar sus efectos prácticos sobre los derechos sociales. En estas páginas se pretende llenar un vacío en la doctrina española sobre la materia.

* Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Investigadora postdoctoral de la Universidad de Vigo, en Derecho Constitucional.

Palabras clave

Derechos sociales, Derecho a la vivienda, Estabilidad presupuestaria, Política económica europea, Reformas constitucionales.

Abstract

The objective of this paper is to analyze the consequences, in the field of the protection of social rights, of constitutionalization in the principle of budgetary stability. The debates on this constitutional reform were immediate. Considered as a true meta-constitutional disposition, this principle has been the object of relations between the important setbacks that, in the social sphere, we have experienced since it was incorporated into our legal system. However, there is no empirical study on constitutional jurisprudence to verify its effects on social rights. These pages are intended to fill a gap in Spanish doctrine on the subject.

Keywords

Budgetary Stability, Constitutional Amendments, European Economic Policy, Right to Housing, Social Rights.

I. La constitucionalización de la política de mercado europea

La Constitución Española de 1978 (CE) es fruto de su época. Consecuentemente, cercano su cuadragésimo aniversario, a nadie debiera extrañar la necesidad de su adaptación a las nuevas circunstancias¹. Sin embargo, al día de hoy, nuestro texto fundamental solo ha sido objeto de dos modificaciones, ambas en respuesta a los mandatos europeos². La primera, que supuso la alteración del tenor literal de su artículo. 13.2, dio cumplimiento a las exigencias del Tratado de Maastricht, consagrando el derecho al sufragio pasivo en las elecciones municipales

¹ Así lo evidencian las diversas propuestas planteadas en los últimos años por los especialistas. Entre muchos otros, Teresa FREIXES SANJUÁN y Juan Carlos GAVARA DE CARA (coords.), *Repensar la Constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: Reforma y comunicación dialógica. Primera parte*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016; Itziar GÓMEZ FERNÁNDEZ, *Una constituyente feminista. ¿Cómo reformar la Constitución con perspectiva de género?*, Madrid: Marcial Pons, 2017; Santiago MUÑOZ MACHADO (coord.), *Ideas para una reforma de la Constitución*, 2017. Disponible en: <<https://bit.ly/2QbUZSZ>>; Pablo PÉREZ TREMPES, *Las reformas de la Constitución hechas y no hechas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

² Téngase en cuenta, no obstante, que el pasado 14 de noviembre de 2018, la Comisión de Estudios del Consejo de Estado emitió el informe solicitado por el Ejecutivo central sobre la posible reforma de los aforamientos parlamentarios. Disponible en: <<https://bit.ly/2AmVyV0>>.

de los ciudadanos de otros Estados miembros residentes en España. La segunda, que constitucionalizó el principio de estabilidad presupuestaria en su artículo. 135, reflejó el refuerzo de la intervención europea en la política económica de los Estados miembros en el contexto de la grave crisis económica y financiera cuyas consecuencias todavía hoy arrastramos³.

El Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza (TECG) en la Unión Económica y Monetaria integró dos objetivos fundamentales. Por un lado, una política económica de prevención, mediante la cual los Estados deben presentar un programa anual de estabilidad o convergencia y un programa de reformas para conseguir unas finanzas públicas saneadas a medio plazo. Y, por otro, una política económica de corrección, que implica que el Consejo, en caso de que un Estado miembro incumpla el déficit presupuestario del 3%, emitirá recomendaciones cuyo incumplimiento podrá derivar en la imposición de sanciones⁴. El TECG recogió así una cláusula que reclamaba a los Estados el compromiso de mantener una situación presupuestaria de equilibrio o superávit (art. 3 TECG). Un deber que habría de incorporarse a los respectivos ordenamientos jurídicos mediante disposiciones con fuerza vinculante y de carácter permanente, preferentemente de rango constitucional (art. 3.2. TECG).

En el caso de España, la incorporación de tales exigencias a nuestro ordenamiento tuvo lugar en 2011 a través de la reforma del artículo. 135 de nuestra Carta Magna, que desde entonces consagra el principio de estabilidad presupuestaria como límite a la actuación de los poderes públicos, y cuya vulneración puede acarrear la inconstitucionalidad y anulación de las leyes, disposiciones y actos que lo contravengan. Según el mencionado precepto, los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos

³ Este refuerzo se ha articulado, entre otras medidas, en torno al denominado *Semestre Europeo*, aprobado por el Consejo de Ministros de Economía y Finanzas el 7 de septiembre de 2010; los compromisos del *Pacto por el Euro Plus*, aprobado en el Consejo Europeo del 24 y 25 de junio de 2011 y el *Pacto de Estabilidad y Crecimiento* (Six Pack) que incluyó, entre otras, la reforma del Pacto de Estabilidad y Crecimiento y la Directiva 2011/85/UE, que culminaron con la reforma del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria, el 2 de marzo de 2012. Sobre los factores determinantes de la crisis en España, Marc CARRILLO LÓPEZ, «The impact of the crisis on social rights», *Catalan Social Sciences Review*, núm. 6, 2016, pp. 26-27.

⁴ Así podría ocurrir en el caso italiano, una vez que el Consejo de Ministros se ha negado a modificar sus presupuestos a pesar de las reclamaciones de la Comisión Europea. Más información disponible en: <<https://bit.ly/2StbsEj>>.

de sus presupuestos y su pago gozará de prioridad absoluta. Los límites de déficit y del volumen de deuda solo podrán superarse en caso de catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria, debiendo dichas excepciones ser apreciadas por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados. Tanto el Estado como las Comunidades Autónomas (CC.AA.), deben estar autorizados por ley para emitir deuda o contraer crédito, remitiendo nuestra Norma Fundamental a una ley orgánica para la fijación del déficit estructural máximo permitido en relación con su Producto Interior Bruto (PIB)⁵.

1.1. La controvertida reforma del art. 135 CE

La reforma del art. 135 CE se realizó a través del procedimiento de urgencia en lectura única (art. 150 Reglamento del Congreso de los Diputados y art. 129 del Reglamento del Senado), cuya sumariedad se intentó justificar apelando a la profunda y prolongada crisis, así como a la consecuente premura por fortalecer la confianza en la estabilidad de la economía española en el medio y largo plazo. Pero dado el alcance de la reforma, fueron muchas las críticas frente a un procedimiento en el que no se aceptó ninguna enmienda y que se desarrolló sin consulta al Consejo de Estado y sin referéndum. Y dada la limitada base de acuerdo político con el que se abordó, sin debate en el seno de los partidos mayoritarios ni de sus respectivos grupos parlamentarios, incluso se objetó que, así operada, la reforma del art. 135 CE había dañado el consenso constitucional que caracterizó nuestro tránsito a la democracia. Por su parte, en lo que a su contenido respecta, también fue común el rechazo al carácter farragoso y la excesiva extensión del art. 135 CE, apelándose en no pocas ocasiones a la mayor conveniencia de la reafirmación del principio de estabilidad en el plano legal, por entender que ya existía suficiente base constitucional y legislativa para su cumplimiento⁶.

⁵ El 30 de junio de 2012, el legislador cumplió el mandato constitucional aprobando el 27 de abril la Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, en la que se establecen las normas y los instrumentos para garantizar el cumplimiento de los límites del déficit público estructural, los objetivos de limitación de la deuda pública y los elementos esenciales del nuevo marco europeo de estabilidad financiera y gobernanza económica fijado por el TCEG.

⁶ Cfr. AA.VV., «La reforma del art. 135 CE. Encuesta sobre la reforma constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 93, 2011, pp. 159-210.

En un sentido similar, pero de forma algo más edulcorada, se incidió también, con fundamento tanto en la existencia previa en el Derecho europeo de disposiciones sobre la materia (art. 126 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea-TFUE-) como en la capacidad del Estado para aprobar leyes específicas (art. 149.1.13 CE), en lo innecesario de una reforma que abría un nuevo escenario en la jurisprudencia constitucional⁷. Recuérdese que, hasta entonces, el Tribunal Constitucional español (TC) siempre había declarado que no era juez de la legislación europea (por todas, Sentencias 28/1991 y 64/1991 -SSTC-). Y aunque el Alto Tribunal negó desde el principio que el renovado art. 135 CE conllevara una modificación implícita del Título Preliminar CE (Auto 9/2012-ATC-), no faltó quien afirmase la existencia de una contradicción insuperable entre la incorporación a nuestro ordenamiento del «constitucionalismo de mercado europeo» y las disposiciones propias del Estado social⁸.

No obstante todo lo anterior, fueron también muchas las voces que intentaron atenuar la valoración de la reforma. Así, por ejemplo, para Rodríguez Bereijo la reforma era oportuna en tanto que respondía al desajuste de nuestras cuentas públicas frente a los compromisos del Pacto de Estabilidad y Crecimiento de la UE en una coyuntura internacional que amenazaba directamente a España⁹. Desde luego, ciertas exigencias de estabilidad eran convenientes frente a un insostenible desequilibrio de las cuentas del Estado, resultado del crecimiento desbocado del gasto y las crecientes dificultades de financiación. Además, la estabilidad presupuestaria no podía considerarse totalmente ajena a nuestro texto constitucional.

1.2. Los límites a la neutralidad del constitucionalismo económico

Como advirtiera Aranda Álvarez, «el derecho a consentir los

⁷ Marc CARRILLO LÓPEZ, *Op. Cit.*, pp. 29-32.

⁸ Ainhoa LASA LÓPEZ, «La ruptura de la Constitución material del Estado social: La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria como paradigma», *Revista de Derecho Político*, núm. 90, 2014, p. 240.

⁹ Álvaro RODRÍGUEZ BEREIJO, «Disciplina presupuestaria, crisis económica y reforma constitucional», *Crisis y Constitución XIX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal de Cuentas*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, pp. 185-189. En términos similares, Óscar ALZAGA VILLAAMIL, «Entre el santo temor a la reforma de la Constitución de 1978 y la conveniencia de pensar en ella», en Emilio LAMO DE ESPINOSA (ed.), *Entre dos siglos. Reflexiones sobre la democracia española*, Madrid: Alianza, 1996, pp. 87-89.

impuestos por los representantes (*no taxation without representation*) y el derecho a aprobar los gastos mediante el Presupuesto (*the power of the purse*) han sido siempre objeto central de la política económica en las constituciones democráticas¹⁰. Y la profunda crisis que ha atravesado España en los últimos años, ha devuelto el indudable protagonismo que reviste la gestión de la Hacienda Pública para el aseguramiento del control democrático de la actividad financiera del Estado y los fines del Estado social de Derecho¹¹.

De hecho, en España, la tesis de la «neutralidad económica de la Constitución» ha sido avalada por nuestro propio TC¹². La explicación es sencilla, pues al igual que otras muchas materias abordadas por nuestra Norma de normas, la así llamada «Constitución económica», en el caso español, es fruto del compromiso de fuerzas políticas con intereses a menudo contrapuestos¹³. Pero, si bien esta ausencia de un modelo acabado, por un lado, explica la inexistencia de una referencia expresa al principio de estabilidad presupuestaria con carácter previo a la reforma de 2011¹⁴, por otro, limita la apertura de nuestro ordenamiento a los distintos modelos económicos¹⁵. La formulación de un Estado social y democrático de Derecho y la proclamación de la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político como valores superiores del ordenamiento (art. 1.1 CE), la constitucionalización de la igualdad material (art. 9.2 CE) y la consagración de los derechos económicos y sociales (Título I, Capítulos II

¹⁰ Elviro ARANDA ÁLVAREZ, «Derecho Constitucional económico: Estabilidad presupuestaria y Derechos sociales», *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, p. 887.

¹¹ Álvaro RODRÍGUEZ BEREJO, *Op. Cit.*, pp. 159-161.

¹² Por ejemplo, Fj. 1 STC 1/1982 y, más explícitamente, Voto Particular del magistrado Díez Picazo a la STC 37/1981.

¹³ Elviro ARANDA ÁLVAREZ, *Op. Cit.*, p. 890

¹⁴ En este sentido se llegó incluso a advertir que la inexistencia de una «preocupación anti-gasto público» en la CE respondió fundamentalmente a la preocupación de los constituyentes por modernizar a España mediante el aumento del gasto público, en tanto que ello implicaba aumentar las inversiones y las prestaciones sociales; Jaime GARCÍA AÑOEROS, «Presupuesto y gasto público en la Constitución», *El sistema económico en la Constitución española. Vol. II, XV Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado*, Madrid: Ministerio de Justicia, 1994, p. 1646.

¹⁵ Entre otros, Enoch ALBERTÍ ROVIRA, «La constitución económica de 1978. Reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV Aniversario de la Constitución española», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 71, 2004, pp. 126-127; Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *Constitución, sistema económico y derecho mercantil*, Madrid: Universidad Autónoma, 1982, p. 33.

y III CE), acotan el margen de libertad. En el caso español es frecuente la referencia a una economía social de mercado, a un sistema constitucional económico que vincula la libre competencia con la garantía de la propiedad privada, y la libre iniciativa empresarial con el progreso social¹⁶. Ello sin olvidar que, a pesar de la inexistencia de una referencia expresa con carácter previo a la reforma del art. 135 CE, no ha faltado quien identifique un precedente del principio de estabilidad presupuestaria en el art. 31 CE¹⁷.

El principio de justicia en el gasto público (art. 31.2 CE) complementa el de capacidad económica del sistema tributario (art. 31.1 CE), erigiéndose de este modo la equidad en común denominador a los ingresos y los gastos públicos y, por tanto, haciendo de una cierta estabilidad presupuestaria un desiderátum al que el constituyente no fue del todo ajeno¹⁸. Además, el art. 31.2 CE cambia la perspectiva de la fiscalidad, de modo que el ciudadano ya no solo es contemplado como contribuyente cuyos derechos deben ser protegidos frente al ejercicio abusivo del poder tributario del Estado, sino también como destinatario y preceptor de bienes y servicios que se garantizan a través del gasto público¹⁹. En definitiva, y cerrando el círculo, mediante su actividad financiera, el Estado asume una función de legitimación social, de redistribución de la renta y la riqueza, que responde a la esencia misma del Estado social y democrático de Derecho²⁰. Así, la justicia material en los ingresos y el gasto público y la constitucionalización de los derechos sociales deberían garantizar a los ciudadanos un nivel mínimo de prestaciones y servicios. Sin embargo, es evidente que las políticas de ajuste del déficit mediante la reducción del gasto «pueden entrar en contradicción con una adecuada provisión de

¹⁶ Por ejemplo, Rafael ENTRENA CUESTA, «El principio de libertad de empresa», en Fernando GARRIDO FALLA (coord.), *El modelo económico de la Constitución española*, Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1981, p. 13.

¹⁷ Elviro ARANDA ÁLVAREZ, *Op. Cit.*, pp. 894-895.

¹⁸ Luis AGUIAR DE LUQUE y Gema ROSADO IGLESIAS, «La estabilidad presupuestaria y su eventual proyección en el Estado de las Autonomías», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 12, 2012, pp. 21-27.

¹⁹ Álvaro RODRÍGUEZ BEREIJO, «Disciplina presupuestaria, crisis económica y reforma constitucional», *Op. Cit.*, p. 171

²⁰ Álvaro RODRÍGUEZ BEREIJO, «Constitución económica y Constitución fiscal», en Diego LÓPEZ GARRIDO (dir.), *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria. El art. 135 de la Constitución española*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013, pp. 98-101.

bienes y servicios de amplias capas sociales»²¹. Y siguiendo en este punto a Salazar Benítez, podemos afirmar que si bien el art. 135 CE no incorpora una referencia explícita a los gastos sociales, la sostenibilidad presupuestaria propugnada no solo «es una condición para el mantenimiento del Estado de bienestar», sino que también puede ser utilizada «como pretexto para su progresiva reducción»²². Es por ello que resulta conveniente preguntarse si las disponibilidades presupuestarias pueden constituir una restricción a la efectividad de los derechos²³, si la legislación europea a favor de la disciplina presupuestaria, la limitación de la capacidad de endeudamiento de los Estados y las consecuentes políticas anti-crisis, han afectado a nuestra forma de Estado²⁴. En definitiva, ¿la aplicación del nuevo art. 135 CE ha respetado un contenido mínimo de los derechos sociales?

El Alto Tribunal español ha advertido que los deberes de prestación resultantes de la legislación social y económica deben ser determinados a la luz del contexto y en conexión con las circunstancias económicas²⁵. Pero la «gradualidad» de la realización de los derechos sociales y el condicionamiento de los límites financieros no implican la ausencia de vinculación de los poderes públicos²⁶. Es evidente que, en el caso del ordenamiento español, los derechos que derivan de la noción social de Estado son de contenido ambiguo, imprecisos en la delimitación del sujeto responsable, carentes de sanciones en caso de incumplimiento y frágiles como derechos de crédito²⁷. Pero, aunque atendiendo a un nivel distinto de garantías, la Constitución de 1978 diferencia entre derechos fundamentales y principios rectores de la política social y económica (principios rectores). En el análisis de las

²¹ Álvaro RODRÍGUEZ BEREJO, «Disciplina presupuestaria, crisis económica y reforma constitucional», *Op. Cit.*, p. 163.

²² Octavio SALAZAR BENÍTEZ, «La Constitución domesticada: algunas reflexiones críticas sobre la reforma del artículo 135 CE», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 29, 2012, pp. 423-424.

²³ Álvaro RODRÍGUEZ BEREJO, «Disciplina presupuestaria, crisis económica y reforma constitucional», *Op. Cit.*, 174

²⁴ En este sentido, por ejemplo, Ainhoa LASA LÓPEZ, *Op. Cit.*, p. 218

²⁵ STC 65/1987, FJ 5 y, en aplicación de su doctrina, FJ5 de las SSTC 134/1987 y 126/1994.

²⁶ José Joaquín GOMES CANOTILHO, «Metodología 'fuzzy' y 'camaleones normativos' en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales», *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 6, 1998, p. 45.

²⁷ Gerardo RUIZ RICO-RUIZ, «El desarrollo de la Constitución Social», *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, p. 804.

implicaciones de la reforma de su art. 135 son varios los aspectos a tener en cuenta. Por un lado, no todos los derechos sociales son identificados como principios rectores. Así, por ejemplo, el derecho a la educación (art. 27 CE) goza del máximo nivel de garantías (amparo constitucional, tutela judicial por el procedimiento preferente y sumario, deber del legislador de respeto del contenido esencial y vinculatoriedad jurídica). Asimismo, otros derechos, especialmente del ámbito laboral, como los derechos al trabajo (art. 35 CE) y a la adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 36 CE), aunque no gozan del nivel de tutela propio de los derechos de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I CE, siguen siendo derechos justiciables cuyo contenido esencial ha de respetar el legislador. Además, a pesar de la configuración legal de los principios rectores (Capítulo III del Título I CE) y de su consecuente falta de eficacia directa (art. 53.3 CE), siempre debemos tener presente el carácter normativo de la Constitución²⁸. La eficacia normativa de nuestra Carta Magna y la conexión de todos los derechos con la dignidad humana, hacen difícil sostener que no existan líneas rojas, aunque sean muy delgadas, frente a la actuación del legislador, sea este ordinario o de urgencia²⁹. Así, nos parecen meritorias de especial atención las palabras del profesor De la Quadra-Salcedo, para quien, siendo legítimo un ajuste a la baja de los derechos sociales en respuesta a la coyuntura económica, lo que resulta inadmisibles es que «los límites del déficit y deuda se erijan, sin más, en estabilizadores automáticos» de los derechos sociales³⁰.

II. El control de constitucionalidad de la legislación anti-crisis

Tal vez no fue la reforma del art. 135 CE, en sí misma, lo que puso en peligro al Estado social. Pues es posible que esa amenaza se debiera más a la mala administración y gestión de unos recursos públicos que son escasos. Pero, sea como fuere, la constitucionalización del principio de estabilidad

²⁸ Elviro ARANDA ÁLVAREZ, *Op. Cit.*, pp. 907-908.

²⁹ Carmen MONTESINOS PADILLA, «El aval constitucional de la expulsión de los “sin papeles” de la sanidad pública (o de la STC 139/2016, de 21 de julio)», *Revista Jurídica de la Universidad de León*, núm. 3, 2016, p. 74.

³⁰ Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ CASTILLO, «Derecho Público tras la crisis económica en el Estado social y democrático: Estado de bienestar y servicios de interés general», *Crisis y Constitución. XIX Jornadas de la Asociación de letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, pp. 77-84.

presupuestaria no ayudó a una reconsideración de las prioridades en el gasto público en armonía con nuestro Estado social. Y frente a este desacertado manejo del renovado precepto constitucional, el Alto Tribunal español se mostró claramente deferente al legislador, diluyendo en unos términos inaceptables la neutralidad económica de nuestra Constitución.

En el contexto de la crisis, los sucesivos Gobiernos emprendieron una serie de reformas (entre otras, en materia de finanzas, empleo, salud, vivienda y educación), la mayoría de ellas a través de la fórmula de urgencia del decreto-ley (art. 86 CE), que fueron avaladas por el TC. En sus diversos pronunciamientos, el Alto Tribunal se limitó a un escrutinio formal del objeto de enjuiciamiento. Así, apelando a la crisis como fundamento suficiente para la elección del procedimiento legislativo en cuestión, se reforzó el margen de discrecionalidad del legislador de urgencia. Nos permitimos aquí cuestionar no solo el cumplimiento del presupuesto que habilita al Ejecutivo para el uso del decreto-ley (urgente y extraordinaria necesidad), sino también el cumplimiento mismo del requisito material de la no afectación del sistema general de derechos.

344

2.1. La crisis como fundamento de la legislación de urgencia

En España, la configuración del Estado social y la consecuente lógica intervencionista, supusieron un evidente impulso de la actividad normativa del Gobierno desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978. Sin embargo, en los últimos años este uso generalizado se convirtió en un abuso injustificado o, al menos, insuficientemente motivado. Los términos «crisis» y «decreto» están intrínsecamente vinculados. Pero el uso legítimo de su capacidad legislativa por el Ejecutivo pasa por el debido cumplimiento de los límites impuestos por el art. 86 CE.

Es incuestionable que al TC corresponde un control meramente externo del uso del decreto-ley, en tanto que la apreciación de la «urgente y extraordinaria necesidad» (hecho habilitante), que legitima su utilización, es un juicio político que compete en exclusiva al Gobierno. Sin embargo, la remisión automática a la crisis se nos antoja exigua para justificar el ejercicio de un poder que es excepcional, sobre todo cuando las razones esgrimidas para fundamentar la relación de sentido entre el hecho habilitante y las medidas adoptadas son débiles, o sencillamente inexistentes. Además, es fundamental que el Ejecutivo respete los límites materiales que nuestra

Constitución le impone pues el artículo 86 CE excepta de la potestad normadora del Gobierno los derechos regulados en el Título I.

Sin embargo, la proyección en este ámbito de la jerarquización de los derechos ex art. 53.3 CE, excluyendo a los principios rectores del límite material impuesto al legislador de urgencia, supuso un claro revés para las conquistas sociales en nuestro país³¹. Y ello, a pesar de las continuas advertencias del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) que, por ejemplo, en sus observaciones tras el examen del quinto informe periódico sobre la aplicación en España del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), de 6 de junio de 2012, ya recomendó a nuestras autoridades la adopción de todas las medidas necesarias para proteger el «contenido mínimo esencial» de todos los derechos en cualquier circunstancia (apartado 8), así como la revisión de las reformas implementadas en el contexto de la crisis con objeto de garantizar el mantenimiento del nivel de protección alcanzado (apartado 17)³².

2.1.1. Crisis y sector público

345

Durante los últimos años, la remisión en España a la crisis y a las consecuentes exigencias de estabilidad presupuestaria como fundamento para apreciar la concurrencia de la urgente y extraordinaria necesidad que legitima el uso de la legislación de urgencia por el Gobierno, fue muy frecuente. Resultó así muy habitual el recurso al decreto-ley para introducir reformas relativas, entre otras muchas cuestiones, al empleo público y al funcionamiento de las administraciones. Por ejemplo, en su Sentencia (STC) 81/2015, el TC avaló el uso de la legislación de urgencia para la supresión de la paga extraordinaria y de la paga adicional del complemento específico correspondientes a diciembre de 2012 para todo el personal del sector público (Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio)³³. Para ello se

³¹ Carmen MONTESINOS PADILLA, *Op. Cit.*, pp. 72-73.

³²/C.12/ESP/CO/5.

³³ Los Reales Decretos-Leyes 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público y 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, tenían carácter temporal. Consecuentemente, la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015, previó la devolución a partir de enero de 2015 de una cuarta parte (24,04 %) de la paga extraordinaria suprimida en diciembre de 2012. Con posterioridad, el

basó en las explicaciones de la Exposición de Motivos (EM) invocadas en el debate parlamentario de convalidación, relativas a «una situación de recesión y crisis económica y financiera que es real» y a «unos compromisos internacionales que son igualmente conocidos». Asimismo, el supremo intérprete de nuestra Constitución apreció la relación de sentido entre las medidas adoptadas y la situación de urgencia con fundamento en la funcionalidad de la reducción de gastos de personal para cumplir con el objetivo de déficit excesivo y mejorar la eficiencia, la productividad y la competitividad de la economía. Además, en atención a los límites materiales impuestos por el art. 86 CE, la Sentencia concluyó que el referido decreto-ley no vulneró el derecho de acceso a las funciones y cargos públicos *ex* art. 23 CE, por entender que dicho precepto no incluye el derecho al mantenimiento del régimen retributivo de los empleados públicos.

En un sentido similar, la STC 215/2015 estimó que el Gobierno había justificado de forma explícita, suficiente y razonada la suspensión de la posibilidad de que las administraciones, entidades y sociedades públicas realizasen aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguros colectivos durante el ejercicio del 2012 (Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre). El TC consideró que, en este caso, la utilización de la legislación de urgencia estaba justificada por la desviación del saldo presupuestario estimado en el conjunto de las administraciones públicas para el ejercicio del 2011 respecto del objeto de estabilidad comprometido, lo que determinó la adopción de una serie de medidas presupuestarias, entre las que se encontraba la limitación de los gastos de personal. La conexión de sentido se justificó así sobre la contribución de la medida a la reducción del déficit público.

Con independencia de la valoración que nos merezcan las medidas hasta aquí aludidas, especialmente en relación con los fundamentos sociales del Estado español, lo cierto es que su incidencia en la reducción del déficit resultaba difícil de objetar. Sin embargo, la situación es distinta cuando,

Real Decreto-Ley 10/2015, de 11 de septiembre, por el que se conceden créditos extraordinarios y suplementos de crédito en el presupuesto del Estado y se adoptan otras medidas en materia de empleo público y de estímulo a la economía, previó el abono, dentro del ejercicio 2015, y por una sola vez, de una retribución de carácter extraordinario cuyo importe sería el equivalente a 48 días o al 26,23 % de los importes dejados de percibir como consecuencia de la supresión de la paga extraordinaria, así como de la paga adicional de complemento específico o pagas adicionales equivalentes, correspondientes al mes de diciembre de 2012.

una vez que el Estado ha concretado un determinado modelo de sanidad pública, se pretende justificar la exclusión del mismo de determinados sujetos con fundamento, exclusivamente, en su situación administrativa en nuestro país.

2.1.2. Crisis y sanidad

El 20 de abril de 2012 fue aprobado el Decreto-ley 16/2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud (SNS) y mejorar la calidad y seguridad de las prestaciones, que modificó un amplio elenco de normas legales³⁴. Con su entrada en vigor, el catálogo de prestaciones del SNS se sustituyó por la «cartera común de servicios»³⁵, en la que se diferenció entre varias categorías de prestaciones en función de su forma de financiación³⁶. Pero, a los efectos que aquí más interesan, debemos recordar que, con carácter previo a la entrada en vigor del mencionado decreto-ley, el único requisito exigido legalmente para el acceso a la asistencia sanitaria pública era la inscripción en el padrón

³⁴ Entre otras, Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud; Ley 29/2006, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios; Ley 44/2003, de ordenación de las profesiones sanitarias; Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud; Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Además, su desarrollo reglamentario se produjo pocos meses después con la aprobación del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del SNS.

³⁵ Art. 8 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

³⁶ La «cartera común básica» comprendería así todas las actividades asistenciales de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación que fueran dispensadas en centros sanitarios o socio sanitarios, y el transporte sanitario de urgencia, siendo todas ellas cubiertas por financiación pública. Por su parte, la «cartera común suplementaria» incluiría las prestaciones de dispensación ambulatoria (medicamentos, prestaciones ortoprotésicas, transporte no urgente, productos dietéticos) sometidas a la fórmula del copago. Finalmente, la «cartera común de servicios accesorios» comprendería actividades, servicios o técnicas sin carácter de prestación, que no se considerasen esenciales y/o que fueran coadyuvantes para la mejora de una patología de carácter crónico, sometidas a aportación y/o reembolso por parte del usuario, estableciéndose la posibilidad de su ampliación por las CC.AA. siempre que se garantizase previamente la suficiencia financiera en el marco del cumplimiento de los criterios de estabilidad presupuestaria. El Real Decreto-ley actualizó además el listado de medicamentos excluidos de la financiación pública y modificó el sistema de aportación de los usuarios en el pago, estableciéndose que la misma será proporcional al nivel de renta, con arreglo a una serie de porcentajes generales y quedando exentos una serie de colectivos. Estas reformas revisten una indudable trascendencia en la conformación de nuestro sistema sanitario, pero sus efectos quedan en todo caso condicionados a la determinación de la titularidad del derecho a la salud y la asistencia sanitaria.

municipal del domicilio habitual³⁷. Así, con excepción de la asistencia de urgencias y la atención a menores y a mujeres en situación de embarazo, garantizadas a todas las personas por igual, solo quedaban fuera del sistema de sanidad pública quienes no disponían de pasaporte. Pero la situación cambió drásticamente con la normativa ahora comentada, pues al supeditar la titularidad del derecho a la salud a la condición de asegurado, la misma rompió con la tendencia universalizadora de las prestaciones sanitarias.

Desde la entrada en vigor del Decreto-ley 16/2012, la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos se garantizó exclusivamente a trabajadores afiliados a la Seguridad Social en situación de alta o asimilada, a pensionistas y preceptores de otras prestaciones periódicas y a los inscritos como demandantes de empleo que hubieran agotado la correspondiente prestación y no acreditasen la condición de asegurado por otro título³⁸. Quedaron de este modo excluidos los inmigrantes en situación de irregularidad administrativa, que solo tenían derecho a la atención de urgencia hasta la situación de alta médica y a la asistencia al embarazo, pudiendo únicamente los extranjeros menores de dieciocho años recibir todo tipo de asistencia con independencia de su situación administrativa (art. 3 ter LCCSNS). La polémica no tardó en evidenciarse, proliferando los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por diferentes CC.AA.³⁹,

³⁷ Art. 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en la redacción modificada por la LO 2/2009, de 11 de diciembre.

³⁸ En su versión originaria, la nueva normativa excluía a ciertos colectivos, como los nacionales mayores de 26 años que no hubieran accedido a su primer trabajo. Pero esta situación fue corregida por el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, que desarrolló las figuras de asegurado y beneficiario, incluyendo como tales a quienes no tengan ingresos superiores, en cómputo anual, a los 100 mil euros, ni cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, siempre que tengan nacionalidad española y residan en territorio español; sean nacionales de algún Estado miembro de la Unión Europea o de Suiza y estén inscritos en el Registro Central de Extranjeros; o sean nacionales de un Estado distinto a los anteriormente mencionados o apátridas, siempre que dispongan de autorización para residir en territorio español. Finalmente, en virtud del Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, desarrolla el convenio que permite el acceso a la cartera básica de servicios a quienes resulten excluidos del sistema sanitario público, para el cual su suscripción es posible cuando se acredite el empadronamiento durante al menos un año y la disponibilidad de medios suficientes para hacer frente a las cuantías económicas que se exigen (60 euros mensuales si la persona tiene menos de 65 años, y 157 euros mensuales si tiene 65 años o más).

³⁹ Interpusieron recurso de inconstitucionalidad el Parlamento de Navarra (recurso núm. 4123/2012), el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias (recurso núm. 4530-2012), el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía (recurso núm. 4585/2012), el Gobierno de Canarias (recurso núm. 433/2013), el Gobierno de Cataluña (recurso núm. 414/2013), y el Gobierno del País Vasco (recurso núm. 419/2013).

entre ellos el resuelto por la STC 139/2016, que sustentó la posterior anulación de las legislaciones autonómicas que pretendieron dar cobertura sanitaria a los denominados «sin papeles»⁴⁰.

Como es bien sabido, el uso del decreto-ley *ex art.* 86 CE está constitucionalmente justificado en aquellos casos en los que no pueda acudir a la legislación ordinaria sin hacer quebrar la efectividad de la acción, bien por el tiempo a invertir en el procedimiento legislativo, bien por la necesidad de inmediatez de la medida, exigencia que puede derivarse de una coyuntura económica que imponga una rápida respuesta⁴¹. Y es precisamente a esta posibilidad a la que se aferró la EM del Decreto-ley 16/2012, que identificó como objetivo fundamental de las modificaciones del SNS, la adopción urgente de una reforma estructural de efectos inmediatos que lo dotase de solvencia y viabilidad y que, de este modo, diera respuesta a las demandas europeas. Pero, como ya se advirtió, además de la concurrencia del hecho habilitante y su necesaria conexión de sentido con las medidas adoptadas, la legislación de urgencia no puede regular el régimen general ni los elementos esenciales de los derechos del Título I CE (SSTC 111/1983, 93/2015), exigencias que sustentaron el recurso al que dio respuesta la mencionada STC 139/2016.

En el recurso que dio origen a esta sentencia, el Parlamento de

⁴⁰ El ATC 239/2012 levantó la suspensión del Decreto vasco 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del SNS en Euskadi, impugnado por el Gobierno del Estado (vía conflicto de competencias). En virtud de su art. 1, su objeto era regular el acceso a las prestaciones sanitarias del sistema autonómico «de aquellas personas excluidas del ámbito de aplicación de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos a través del Sistema Nacional de Salud». Su artículo. 2 reconocía el acceso a la cartera de servicios del Sistema Vasco de Salud a cualquier persona que estuviera empadronada en cualquiera de los municipios de Euskadi en el que tuviera su domicilio habitual, fuera perceptora de prestaciones económicas del Sistema Vasco de Garantía de Ingresos e Inclusión, tuviera ingresos inferiores a la cuantía correspondiente a la renta básica o no tuviera acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título. En su ponderación de intereses, el ATC 239/2012 acudió tanto al art. 43 CE como a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la vinculación entre el derecho a la salud y el derecho a la vida y a la integridad física y moral, para concluir que el derecho a la salud y a la vida e integridad física y moral revisten una especial importancia en el marco constitucional que «no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado». Esta fundamentación fue reiterada en los AATC 114/2014 y 54/2016, que levantaron la suspensión de las legislaciones navarra y valenciana (Ley foral navarra 8/2013 y Decreto-ley del *Consell de la Generalitat* valenciana 3/2015). Finalmente, estas tres legislaciones autonómicas fueron tumbadas por las SSTC 134/2017, 17/2018 y 145/2017, respectivamente, en atención a su incompatibilidad con la legislación nacional, declarada constitucional por la STC 139/2016.

⁴¹ SSTC 111/1983, 29/1986, 177/1990, 31/2011, 137/2011, 100/2011, 96/2014.

Navarra alegó el incumplimiento del presupuesto habilitante *ex art. 86 CE*, en tanto que de la norma objeto de control (Decreto-ley16/2012) no podría sino predicarse una vocación de permanencia, pues su objetivo fundamental era, precisamente, afrontar una reforma estructural para responder a un problema de falta de eficacia en la gestión de la sanidad. Pero también se cuestionó el cumplimiento de los límites materiales que impone el referido precepto constitucional pues, en opinión del Parlamento de Navarra, la nueva normativa afectaba tanto al régimen de las CC.AA. como al propio derecho a la salud (art. 43 CE). Respecto de este último, y como consecuencia de la exigencia de la condición de asegurado, se alegó un trato discriminatorio contrario al art. 43 CE, en relación con el principio de igualdad (art. 14 CE). A todo lo cual se añadía que la exclusión de los inmigrantes en situación de irregularidad debía examinarse a la luz, tanto de la estrecha vinculación entre el derecho a la salud y otros derechos fundamentales (muy especialmente el derecho a la vida del art. 15 CE), como del propio Derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, estas argumentaciones fueron rebatidas en su mayoría por el Alto Tribunal español, que justificó la concurrencia del presupuesto habilitante con fundamento en el análisis de la EM del Decreto-ley16/2012, el debate parlamentario de convalidación y la existencia de una necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y las medidas adoptadas.

El TC sentenció que el Ejecutivo español había cumplido con la obligación de razonar suficientemente la extraordinaria y urgente necesidad al ofrecer «una justificación general basada en la existencia de una situación de grave dificultad económica sin precedentes», de lo que se deducía que con las reformas adoptadas se trataba de impedir que el estado del SNS se volviera irreversible. El supremo intérprete de nuestra Constitución entendió así justificado el carácter grave de la situación, acreditando la condición de asegurado y beneficiario «las debidas condiciones de coherencia y congruencia en relación con los problemas que se persigue solucionar y la situación económica deficitaria que se pretende controlar». Confirmó la existencia de conexión de sentido entre la situación de urgencia y las medidas adoptadas (FFJJ 4-5). Además, atendiendo a su ubicación sistemática entre los principios rectores, descartó que el derecho a la salud del art. 43 CE pudiera entenderse comprendido entre los límites

materiales impuestos al legislador de urgencia *ex art.* 86 CE⁴².

Dada la dinámica seguida por el TC durante los años de la crisis y a pesar de la vaguedad e insuficiencia de la justificación ofrecida por el Ejecutivo, la apreciación de la concurrencia del hecho habilitante en este caso no sorprendió en exceso. Pero el que este tipo de argumentaciones fueran admitidas con naturalidad por el Alto Tribunal no nos puede hacer caer en la desidia. Sobre todo porque la economía es cíclica y, frente a futuras recesiones, debemos dejar claros los contra-argumentos que nos permitan defender ciertos límites a la actuación del legislador de urgencia. Resulta así especialmente interesante el Voto Particular (VP) formulado a la STC 139/2016 por el magistrado Valdés Dal-Ré, y al que se adhirió la magistrada Asua Batarrita.

En opinión de los magistrados discrepantes, la sentencia de la mayoría no analizó en profundidad las razones determinantes de la regulación de las distintas materias tratadas, limitándose a remitirse a los objetivos genéricos a los que tendía la reforma. Y si esta genérica alusión a la situación de crisis nos resultaba suficiente para fundamentar la concurrencia del hecho habilitante, lo mismo afirmaron en cuanto a su funcionalidad para defender la conexión de sentido entre la situación descrita y las medidas adoptadas ya que, como se señala en el referido VP, el Ejecutivo no demostró, mediante la deseable provisión de cifras, el impacto real que la reforma tendría en términos de reducción del gasto. Y todo ello sin olvidar que la exclusión del derecho a la salud de los límites materiales impuestos por la Constitución desconoció la instrumentalidad del art. 43 CE respecto del derecho a la vida (expresamente reconocida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos)⁴³, así como que esta fue la primera vez que el Alto Tribunal excluyó los principios rectores del ámbito de aplicación de la cláusula de «no afectación» del art. 86 CE. Una exclusión de difícil justificación que, por afectar a la esencia misma del art. 43 CE, debería haber

⁴² A ello añadió la inexistencia de obstáculo constitucional para que el Decreto-ley controvertido pudiera regular materias para las que las CC.AA. tengan competencias, pero en las que incida una competencia legislativa del Estado, «siempre que esa regulación no tenga como fin atribuir competencias o delimitar positivamente la esfera de competencias de las Comunidades Autónomas» (FJ 6).

⁴³ Vid. SSTEDH en los asuntos *Asiye Genc vs. Turquía*, de 27 de enero de 2015; *Valentin Câmpăanu vs. Rumanía*, de 17 de julio de 2014; *Brincat y otros vs. Malta*, de 24 de julio de 2014; *Oyal vs. Turquía*, de 23 de marzo de 2010; *Nitecki vs. Polonia*, de 21 de marzo de 2002; *D. vs. Reino Unido*, de 2 de mayo de 1997, entre otras.

llevado a la estimación del recurso de inconstitucionalidad. Efectivamente como señaló Valdés Dal-Ré, el legislador puede imponer el pago de los servicios sanitarios, como de hecho lo hace tanto para extranjeros, como para españoles. Lo que es más cuestionable es que, una vez establecido un determinado modelo de sistema de salud, la nacionalidad de origen pueda operar como factor de exclusión. Sinceramente, no creemos que esta pueda ser considerada como una opción legítima que guarde la debida proporcionalidad y cumpla con nuestras obligaciones internacionales en lo que a la indivisibilidad y la no regresividad de los derechos humanos respecta⁴⁴.

2.2. La crisis como canon de constitucionalidad

La crisis económica puede validar ciertas limitaciones de los derechos sociales, pero tales limitaciones no pueden contrariar su contenido mínimo o esencial. El canon de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de leyes y normas con rango de ley es complementario, y no alternativo, a su respeto⁴⁵. Sin embargo, al avalar las reformas laborales y del mercado de alquiler de la vivienda, el TC inauguró un novedoso principio exegético, utilizando la crisis como parámetro de valoración constitucional de las medidas limitativas de los derechos del ámbito social.

352

2.2.1. La crisis y la reforma laboral

El art. 4 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral⁴⁶, introdujo una nueva modalidad de «contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores», que establece una regulación del periodo de prueba de un año de duración. Por su parte, el art. 14 recogió la regulación del denominado «descuelgue» de los convenios colectivos, que determina tanto el arbitraje obligatorio como

⁴⁴ La reforma sanitaria operada por el Decreto-ley analizado ha sido parcialmente revertida por el reciente Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud.

⁴⁵ Juan Manuel GOIG MARTÍNEZ, «La crisis económica y el principio de 'adecuación a las decisiones políticas' como nuevo canon de constitucionalidad. Límites a la interpretación constitucional», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 20, 2016, pp. 141-142.

⁴⁶ El 14 de noviembre del presente año 2018, el actual Presidente del Gobierno español anunció la presentación de un plan de reformas, entre las que se incluirían una batería de medidas relativas precisamente a la regulación del mercado laboral. Más información disponible en: <<https://bit.ly/2R5m5kl>>.

la primacía incondicionada de los convenios de empresa sobre los de ámbito superior. La STC 119/2014 resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra⁴⁷.

En cuanto al referido periodo de prueba, el Parlamento autonómico alegó que dicha regulación producía una distorsión del régimen estatutario al desapoderar a la autonomía colectiva negocial de toda intervención y decisión respecto al periodo probatorio; instituir un régimen diferenciado de duración exorbitada que no distinguía en función de la cualificación del trabajador contratado, y facultaba al empresario al despido sin derecho a indemnización y con exoneración de control judicial. Con ello se vulneraban, a juicio del órgano recurrente, los derechos a la igualdad (art. 14 CE), a la negociación colectiva (art. 37 CE) y al trabajo (art. 35 CE). Por lo que a la reforma de la negociación colectiva respecta, se defendió que la misma constituía una ruptura del modelo vigente hasta la fecha ya que, aunque no se anulaba, la autonomía de los agentes sociales era neutralizada al privarles de su poder negociador sobre los convenios supraempresariales e instituir un arbitraje obligatorio. Por todo ello, en opinión del Parlamento de Navarra, la Ley 3/2012 vulneraba la libertad sindical (art. 28.1 CE), el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios (art. 37.1 CE), así como el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Finalmente, el órgano autonómico alegó la incompatibilidad del referido «descuelgue» con el art. 37.1 CE, al entender que así se establecía un nuevo modelo de negociación que relegaba a un papel secundario a los convenios estatales, autonómicos y provinciales, ninguneando el papel de quienes, *ex constitutione*, constituyen los sujetos colectivos llamados a ser los protagonistas de la concertación laboral.

Por su parte, el abogado del Estado negó, en su escrito de alegaciones, que la regulación del periodo de prueba desnaturalizase el contrato, advirtiendo que el mismo no solo permitía evaluar la adaptación del trabajador al puesto, sino también, «en un contexto de crisis como el actual», su viabilidad económica. Este tipo de contrato debía considerarse, según el representante del Estado, a la luz «de la realidad social del tiempo en que la norma ha de ser aplicada, al nacer con una vocación coyuntural

⁴⁷ La doctrina sentada en esta sentencia es reiterada en la STC 8/2015. Un comentario sobre ambos pronunciamientos puede verse en Juan Manuel GOIG MARTÍNEZ, *Op. Cit.*, pp. 140-154.

para tratar de paliar la descomunal tasa de paro que nos atormenta». Y la crisis económica fue igualmente alegada por el Gobierno en relación con el arbitraje impuesto a través de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órganos autonómicos similares. El funcionamiento eficiente y flexible del mercado laboral fue también el argumento de mayor peso en la fundamentación del Estado de la descentralización (o descuelgue) de la negociación colectiva. Las razones esgrimidas ante el Alto Tribunal en defensa de la reforma laboral en España se cohonestaron así a la perfección con las plasmadas en la EM de la Ley 3/2012 que, con expresa y reiterada referencia a la crisis, aludía a la insostenibilidad del modelo laboral español, a unos problemas estructurales que afectaban «a los fundamentos mismos de nuestro modelo sociolaboral». Prestando atención a los reclamos de las instituciones económicas mundiales y europeas, la EM introducía una reforma que trataba de «garantizar tanto la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos (...) como la seguridad de los trabajadores en el empleo y adecuados niveles de protección social». Y estos argumentos fueron compartidos por nuestro Alto Tribunal, que no entró a valorar la oportunidad ni la eficacia de las medidas.

354

En relación con el periodo de prueba, el TC concluyó que la previsión cuestionada, en la coyuntura de la crisis económica, resultaba razonable y cumplía con las exigencias de proporcionalidad, entendiendo así que dicha medida no podía reputarse contraria al derecho al trabajo *ex art. 35 CE*, pues la misma, «en términos razonables y proporcionados», pretendía «favorecer el acceso de desempleados a un puesto de trabajo estable, en el marco de una excepcional coyuntura de emergencia, caracterizada por elevadísimos niveles de desempleo, en ejecución del mandato que a los poderes públicos dirige el art. 40.1 CE». Y al argumentar la compatibilidad de la disposición controvertida con el art. 37.1 CE, el TC se remitió a estos mismos fundamentos recordando, a pesar de la naturaleza estructural de la Ley 3/2012, que se trataba esta de «una medida legislativa coyuntural». El supremo intérprete de nuestra Norma Fundamental consideró igualmente justificada la intervención de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, en este caso «ante el riesgo de que el mantenimiento de las condiciones laborales pactadas» pudiera poner en peligro «la estabilidad de la empresa, afectando a los puestos de trabajo, y consiguientemente al gasto público por desempleo». En su opinión,

esta medida permitía resolver eficazmente el desacuerdo entre empresa y trabajadores en cuanto a las medidas de flexibilidad interna para afrontar una situación de dificultad económica, favoreciendo así la defensa de la productividad y el mantenimiento del empleo. Por tanto, la imposición del arbitraje obligatorio fue reconocida por el TC como una medida razonable y proporcionada «en aras de preservar los bienes constitucionales protegidos en los arts. 35.1, 38 y 40.1 CE». Finalmente, la STC 119/2014 concluyó la legitimidad de una política legislativa que otorgase prioridad aplicativa a los convenios colectivos de empresa, considerados estos como «producto de la negociación colectiva entre sujetos legitimados para ello».

Las afirmaciones de la mayoría en este caso también fueron duramente criticadas, tanto por Valdés Dal-Ré como por Asúa Batarrita, quienes afirmaron que la recurrente invocación a la defensa de la productividad *ex art. 38 CE* «a fin de fundamentar las graves limitaciones al derecho a la negociación colectiva, en sus contenidos más típicos y esenciales, no pasa(ba) de ser un expediente retórico carente de solvencia constitucional». Según el VP, si bien era difícil rebatir que las medidas de flexibilidad interna adoptadas por los empresarios contribuirían al sostenimiento del empleo, más controvertido resultaba que dicha finalidad pudiera ser considerada como un elemento inherente a tal tipo de medidas. En otras palabras, para los magistrados «lo que resulta(ba) de todo punto inaceptable en un contexto constitucional (...) es que la elección por cada concreta empresa de aquellas medidas de competitividad y viabilidad que le puedan reportar concretas ventajas económicas pueda terminar erigiéndose en legítima restricción al ejercicio de derechos constitucionales al pretendido amparo de la libertad de empresa y la defensa de la productividad por los poderes públicos». Y estas apreciaciones fueron complementadas con una referencia a la propia doctrina constitucional que ahonda en la delimitación del contenido esencial del derecho al trabajo en relación con el despido (SSTC 22/1981, 192/2003), recordando así la «obligada concordancia que debe establecerse entre los arts. 35.1 y el 38 CE y, sobre todo, el principio de Estado social y democrático de Derecho».

En relación con el periodo de prueba de un año estipulado para los contratos de apoyo a emprendedores, el VP incidió de este modo en lo inusitado de la argumentación de la mayoría, en tanto que la misma parecía sostener que en una economía social de mercado las políticas de

creación de empleo tuvieran que articularse «de manera mecánica, a través de medidas restrictivas», obviando por ello una de las primeras garantías que debe reconocerse en un Estado social de Derecho a los trabajadores: «el principio de causalidad en la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario». La promoción del empleo estable, siendo una finalidad plenamente legítima, no es predicable del controvertido periodo de prueba, sino «única y exclusivamente del contrato», de modo que una «opinión contraria comportaría desnaturalizar de raíz las funciones manifiestas, principales y secundarias, de la institución del periodo de prueba, confiriendo a esta un objetivo que le resulta sustancialmente ajeno». Y es por todo ello que aquí compartimos también con los magistrados discrepantes, la necesidad de que el TC controle si el legislador de urgencia efectivamente respeta o no un contenido mínimo de los derechos afectados por las políticas anti-crisis exigiéndose, cuando se hubiera alcanzado un determinado nivel de protección, un plus de motivación en cuanto a la proporcionalidad de las limitaciones impuestas⁴⁸. No fue esta, sin embargo, la opción seguida por nuestro Alto Tribunal durante la crisis. Y así lo ponen también de manifiesto sus pronunciamientos en relación con la regulación del (no) derecho a la vivienda.

356

2.2.2. La crisis y el (no) derecho a la vivienda

La Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, tuvo por objetivo dinamizar las operaciones de arrendamiento a través de un re-equilibrio entre las necesidades de vivienda en alquiler y las garantías que deben ofrecerse a los arrendadores que, sin embargo, resultó más beneficioso para los propietarios que para los arrendatarios. En cuanto a la duración del arrendamiento, se redujo de cinco a tres años la prórroga obligatoria y, de tres a uno, la tácita. Se introdujo además la posibilidad de recuperación del inmueble por el arrendador para destinarlo a vivienda permanente transcurrido un año de vigencia del contrato. Y aunque se mantuvieron los subsidios de préstamos que se estuvieran percibiendo en el momento de aprobación de la nueva normativa, quedaron suprimidas y sin efectos el

⁴⁸ Luis Esteban DELGADO DEL RINCÓN, «El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 163, 2014, pp. 206 y ss.

resto de ayudas de subsidio al préstamo reconocidas dentro del marco de los Planes Estatales de Vivienda. Fue precisamente esta última previsión la que, incorporada en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 4/2013, fue objeto de control por la STC 216/2015, que resolvió un recurso de inconstitucionalidad en el que el Grupo Parlamentario Socialista alegó el principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos *ex art.* 9.3 CE.

Para dar respuesta a la tacha de inconstitucionalidad, el Alto Tribunal reiteró su consolidada doctrina sobre el mencionado principio, recordando que no se trata este de «un principio general sino que está referido exclusivamente a las leyes *ex post facto* sancionadoras o restrictivas de derechos individuales». De este modo, advirtió el TC, lo que el art. 9.3 CE prohíbe es «la incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad». De este modo, frente a lo que sostenían los recurrentes, el TC concluyó que la referida disposición adicional no proyectaba sus efectos hacia el pasado⁴⁹. Pero también en este caso es conveniente una breve remisión a los correspondientes VP.

357

Según el magistrado Xiol Ríos, la Sentencia de la mayoría se limitó a analizar si la norma impugnada incurría en la prohibición de retroactividad del art. 9.3 CE, sin entrar en el análisis de una posible vulneración del principio de confianza legítima, expresamente alegado por los recurrentes. Al respecto, el magistrado recordó que, de conformidad con la doctrina del

⁴⁹ Así, refiriéndose al apartado a) de la Disposición Adicional, el TC advirtió que «lo que establecen los dos primeros párrafos no tiene carácter retroactivo, pues el primero confirma el mantenimiento de las ayudas ya reconocidas que se vinieran percibiendo, y el segundo arbitra un régimen transitorio en relación con las ayudas reconocidas con anterioridad al 15 de julio de 2012 que cuenten con la conformidad del Ministerio de Fomento». Por otro, en cuanto al tercer párrafo del apdo. a), «las ayudas suprimidas son aquellas que, aun contando con el reconocimiento por el órgano competente de las Comunidades Autónomas, carecen de la conformidad del Ministerio de Fomento con el préstamo». Finalmente, en lo que a la imposibilidad de conceder ayudas vía concesión, renovación, prórroga, subrogación u otro tipo de actuación contemplada en los planes estatales de vivienda, el Alto Tribunal concluye que, en la normativa previa, «la concesión de la renovación no es un acto reglado y que, en consecuencia, el beneficiario de la ayuda no tiene derecho a su renovación». Consecuentemente, «el párrafo cuarto del apartado a) regula unas situaciones jurídicas aún no producidas, con una clara vocación de futuro, al no existir un derecho subjetivo a la renovación incorporado al patrimonio del beneficiario de las ayudas de subsidiación con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 4/2013».

Alto Tribunal, el principio de seguridad jurídica «protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles». Y en su opinión, «la norma impugnada, al eliminar la posibilidad de que las ayudas concedidas pudieran ser renovadas», vulneraba esta vertiente del principio de seguridad, pues «la renovación de estas ayudas se encontraba regulada en unos términos que pudieron legítimamente crear la confianza en los ciudadanos en que, si se seguían cumpliendo los requisitos económicos exigidos (...), les sería renovada la ayuda concedida»⁵⁰.

Sin desmerecer la importancia de las afirmaciones del magistrado, en este caso nos parece especialmente interesante retomar el tenor literal del preámbulo de la ley controvertida, en virtud del cual la flexibilización del mercado del alquiler, en el marco de la crisis económica, resultaba trascendental, pues su rigidez frente a la elevada tasa de propiedad había incidido negativamente sobre «la economía y la sociedad españolas», afectando «a la existencia de un elevado número de viviendas en propiedad, vacías y sin ningún uso». Y lo interesante es que, siendo estos los argumentos manejados para defender la reforma, la oposición del Ejecutivo a las legislaciones autonómicas destinadas a promover la ocupación de las viviendas no habitadas fue una de sus actuaciones más cuestionadas durante los años de auge de la crisis.

El Gobierno de Andalucía aprobó, el 9 de abril de 2013, el Decreto-ley 6/2013, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda, siendo una de sus apuestas la de la expropiación temporal de las viviendas vacías para dedicarlas a su función social. El Gobierno central que, como acabamos de ver, poco después apelaría al elevado número de viviendas sin habitar como motivo esencial para aprobar la Ley 4/2013, recurrió la normativa andaluza ante el TC, que estimó parcialmente el recurso. Y la STC 93/2015 declaró la inconstitucionalidad de la norma andaluza que regulaba la expropiación del uso de la vivienda en casos de lanzamiento hipotecario, por su incompatibilidad con la regulación estatal y el consecuente menoscabo del ejercicio legítimo que el Estado había

⁵⁰ El voto particular y la doctrina de la que discrepa fueron reiterados con posterioridad en las SSTC 267 y 268/2015.

hecho de su competencia exclusiva de ordenación general de la economía. Se argumentó así que el Estado había optado por dar una solución completa a los supuestos de especial vulnerabilidad en las ejecuciones hipotecarias, definiendo la extensión de la intervención pública de protección que consideraba compatible con el adecuado funcionamiento del mercado hipotecario. Ello impedía, según el Alto Tribunal, que las CC.AA., en ejercicio de sus competencias propias, pudieran adoptar disposiciones que, con ese mismo propósito de tutela, afectasen de un modo más intenso a dicho mercado. De nuevo, conviene atender, siquiera brevemente, al contenido de los correspondientes VP.

En este caso, para la magistrada Asúa Batarrita, la declaración de inconstitucionalidad de la Disposición Adicional Segunda de la normativa andaluza, que reconocía de interés social la cobertura de necesidad de vivienda de las personas en circunstancias de emergencia social incursas en procedimientos de desahucio, supuso la construcción de un canon *sui generis* sin precedente en nuestra doctrina constitucional. En opinión de la magistrada discrepante, el eje de la argumentación de la sentencia de la mayoría se basó en la contraposición de las políticas públicas adoptadas por el Estado y por Andalucía ante un mismo problema social, pero sin justificar con precisión ni el carácter básico de los preceptos de la Ley estatal 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (utilizados como canon de constitucionalidad), ni que la norma autonómica la contradijera de forma insalvable. Para Asúa Batarrita, la sentencia de la mayoría no argumentó por qué la medida andaluza podía poner en riesgo el correcto funcionamiento del mercado hipotecario, ni en qué grado suponía una desprotección o una reducción de la protección dispensada por el Estado a los colectivos desfavorecidos. La magistrada expresó así su preocupación frente a las posibles consecuencias futuras de esta doctrina, advirtiendo que la mayoría había «da(do) por bueno que el Estado, en virtud del título competencial contemplado en el art. 149.1.13 CE, pueda asumir e imponer de modo excluyente la solución de un problema social o económico como expresión de las bases de la planificación económica, cerrando el paso a que las CC.AA. puedan establecer sus propias medidas al respecto, incluso en el ámbito de las materias de su competencia exclusiva, como es la vivienda».

Por su parte, la magistrada Roca Trías discrepó del encuadramiento

competencial que había realizado la Sentencia de las medidas contempladas en la Ley 1/2013, en base a la incidencia económica que las mismas tenían en el mercado hipotecario, cuyo correcto funcionamiento es un principio general de ordenación de la economía. Teniendo en cuenta que, según la correspondiente EM, la suspensión de cuatro años de los lanzamientos de familias que se encontrasen en situación de especial riesgo de exclusión pretendía perfeccionar y reforzar el marco de protección de los deudores que, a causa de las condiciones excepcionales derivadas de la crisis hubieran visto modificada su situación económica y patrimonial, la magistrada entendió que la referida normativa establecía una regulación de carácter materialmente procesal, sobre la que el Estado tendría competencia exclusiva (art. 149.1.6 CE), debiendo ser este el fundamento de la declaración de inconstitucionalidad. Sin embargo, al considerar que el apartado quince de la Disposición Adicional Segunda del Decreto-ley andaluz, relativo a la expropiación del derecho de uso de la vivienda cuando afectaba a los procesos de ejecución hipotecaria iniciados antes de su entrada en vigor, establecía una causa *expropiandi* regulada por Andalucía en ejercicio de su competencia en materia de vivienda, Roca Trías concluyó que la inconstitucionalidad debía haberse limitado a los supuestos en los que se impedía la ejecución del auto firme dictado por el juez, así como que, en todo caso, el art. 149.1.13 CE no debería servir para atribuir al Estado una competencia exclusiva para regular de «modo uniforme» la materia sobre la que incide la medida de ordenación económica, excluyendo cualquier posibilidad de regulación autonómica, aunque no se oponga a la normativa del Estado ni la menoscabe. Discrepancia igualmente reiterada por el último VP a la STC 93/2015.

También en opinión del magistrado Xiol Ríos, la regulación establecida en la Disposición Adicional Segunda del Decreto-ley 6/2013 suponía un legítimo ejercicio de las competencias autonómicas en materia de vivienda previstas en el artículo 56 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, así como no cabía convertir el art. 149.1.13 CE en una fórmula para vaciar de competencias a las CC.AA. Advirtió así el magistrado que nos encontrábamos ante un supuesto de mutación de la jurisprudencia constitucional sobre el art. 149.1.13 CE, cuyo contenido estaba ya entonces siendo interpretado en el contexto de «un proceso de recentralización que amenaza con tener severas consecuencias en nuestro sistema constitucional,

en este caso, además, a costa de la efectividad de medidas tendentes a paliar situaciones de exclusión social».

Finalmente, el Decreto-ley 6/2013 fue derogado por la Ley 4/2013, de 1 de octubre, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, cuya constitucionalidad fue igualmente impugnada ante el TC, como también lo fueron la Ley 2/2014, de 20 de junio, de modificación de la Ley de vivienda de Canarias; la Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda de Euskadi, o la Ley Foral 24/2013 de Navarra, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda⁵¹. En relación con la Ley Foral de Navarra, debemos destacar que, en su reciente Sentencia 16/2018, el TC aplicó la doctrina de su Sentencia 93/2015 y declaró inconstitucional y nula la Disposición Adicional Décima, que prescribía precisamente la expropiación forzosa de las viviendas que, como consecuencia de un desahucio y tras la celebración de subasta, hubieran sido adjudicadas a entidades financieras.

III. La relación triangular crisis-legislación de urgencia-Estado social

361

Como acertadamente señalara el profesor Ruiz-Rico Ruiz, la anulación de una legislación regresiva, restrictiva o claramente opuesta al programa social marcado por la Norma Fundamental, ha sido meramente ocasional en la doctrina del Alto Tribunal español⁵². Sin embargo, la conexión intrínseca entre los principios rectores y alguno de los derechos catalogados como «fundamentales» por nuestra Carta Magna, ha permitido al TC

⁵¹ La Ley 2/2014 de modificación de la Ley de vivienda de Canarias tuvo como objetivo principal garantizar el carácter social de la vivienda y alejarla de intereses especulativos. Como en los otros casos, se planteaba la expropiación temporal de inmuebles de entidades bancarias para evitar el desahucio de familias en riesgo de exclusión. Y una vez más, el Ejecutivo presentó un recurso de inconstitucionalidad en el que cuestionaba que el Gobierno autonómico invadiera competencias del Estado en materia de propiedad privada. Por su parte, la Ley 3/2015 de Euskadi regulaba la vivienda como un derecho subjetivo que los ciudadanos pueden exigir a las instituciones, estableciendo además una tasa a las viviendas que llevan más de dos años deshabitadas. Para garantizar que las familias vulnerables no se queden en la calle, se reguló también un alquiler forzoso a entidades financieras cuando se produzcan desahucios y no haya ninguna alternativa habitacional. En este caso, en su recurso, el Ejecutivo ya citó la Sentencia contra el Decreto-ley andaluz, asegurando que tendría unas «consecuencias aún más amplias». En cuanto a la argumentación del recurso, es similar a otros casos en cuanto al derecho a la propiedad privada y régimen sancionador.

⁵² Gerardo RUIZ RICO-RUIZ, *Op. Cit.*, p. 813.

reconocer cierto grado de «justiciabilidad constitucional» a los derechos sociales⁵³. Por tanto, aunque todavía no encontramos en su jurisprudencia pronunciamientos en los que los principios rectores se hayan utilizado, de forma categórica y exclusiva, como parámetros para lograr la nulidad de normas con rango de ley, esta doctrina de la justiciabilidad de los derechos sociales podría haber sustentado una acomodación proporcionada entre las exigencias de la estabilidad presupuestaria y las del Estado social. La práctica nos demuestra, sin embargo, que la misma ha sido sencillamente obviada en el contexto de las políticas de recortes vinculadas a la crisis económica y financiera en España.

Durante los años de auge de la crisis, el Alto Tribunal español se posicionó a favor de una «interpretación deconstructiva del concepto de Estado social, ampliando la disponibilidad regulativa del legislador para llevar a cabo a una fuerte involución de los estándares de protección», renunciando «a su potestad para controlar la adecuación constitucional de aquellas opciones técnico-legislativas que realizan una interpretación reduccionista de estos derechos, desde el momento en que no se considera competente para fiscalizar el margen de apreciación que corresponde al legislador democrático, o para examinar la oportunidad de la medida legal para decidir si es la más adecuada o la mejor de las posibles»⁵⁴. El máximo intérprete de nuestra Constitución convirtió así la crisis económica en auténtico y efectivo parámetro de constitucionalidad, suprimiendo de este modo en la práctica aquel mínimo de virtualidad normativa del contenido esencial de los derechos sociales. La reforma laboral y del sistema público de salud, son ejemplos paradigmáticos. Y el eco de esta línea interpretativa en la jurisprudencia que resuelve conflictos de tipo competencial ha tenido además el efecto colateral de una lectura de la Constitución territorial en clave recentralizadora. Esperamos, sin embargo, que la situación cambie

⁵³ En su Sentencia 45/1989, el TC advirtió que «no cabe excluir que la relación entre alguno de esos principios y los derechos fundamentales (señaladamente el de igualdad) haga posible su examen de este género (por ejemplo nuestra STC 155/1987), ni sobre todo que el principio rector sea utilizado como criterio para resolver la constitucionalidad de una acción positiva del legislador». Así, la STC 103/1983 declaró contrario a los arts. 14 (principio de igualdad, prohibición de discriminación en razón de sexo) y 41 (Seguridad social que garantice asistencia y prestaciones sociales ante situaciones de necesidad), el art. 160.2 de la Ley General de la Seguridad Social, que impedía a los varones viudos el derecho a cobrar una pensión cuando la esposa fallecida había cotizado previamente a la Seguridad Social.

⁵⁴ Gerardo RUIZ RICO-RUIZ, *Op. Cit.*, p. 817.

radicalmente y se pueda así evitar que la deconstrucción de los servicios básicos acabe por allanar el camino a los poderes privados en su invasión de los espacios públicos, convirtiendo en papel mojado la irreversibilidad de las conquistas sociales y, con ello, al Estado social en una pura quimera⁵⁵.

⁵⁵ Enrique ÁLVAREZ CONDE, «El derecho constitucional y la crisis», *Revista de Derecho Político*, núm. 88, 2013, pp. 102-103.

Algunos sentidos de derrotabilidad

 JOSÉ VÍCTOR GARCÍA YZAGUIRRE*

Sumario

I. Introducción. **II.** Sentidos de la *derrotabilidad*. 2.1. Propuesta de Frederick Schauer. 2.2. Propuesta de Riccardo Guastini. 2.3. Propuesta de Luis Duarte d'Almeida. **III.** Conclusión.

Resumen

Mediante el presente trabajo pretendo reconstruir tres sentidos de la noción de *derrotabilidad*. Trabajo la propuesta de *derrotabilidad* elaborada por Frederick Schauer, Riccardo Guastini y Luis Duarte d'Almeida. El propósito de esta reconstrucción es demostrar que la derrotabilidad es un concepto ambiguo que es empleado para explicar objetos diversos y desde planos diferentes, por lo que debemos, cada vez que prediquemos que una norma es derrotable, precisar el sentido a emplear.

365

Palabras clave

Derrotabilidad, experiencia recalcitrante, disociación, carga de la prueba.

Abstract

Through this work I intend to reconstruct three senses of the notion of *defeasibility*. The *defeasibility* proposal prepared by Frederick Schauer, Riccardo Guastini and Luis Duarte d'Almeida. The purpose of this reconstruction is to show that defeasibility is an ambiguous concept that is used to explain different objects and from different planes, each time we must predict a norm is defeasible, to specify the sense to employ.

* Doctorando de la Universidad Austral de Chile.

Keywords

Defeasibility, recalcitrant experience, dissociation, burden of proof.

I. Introducción

A menudo se suele emplear la noción de *derrotabilidad* en nuestras explicaciones teóricas, siendo un problema identificar exactamente qué es lo que estamos diciendo cuando hablamos de *derrotabilidad*. El objetivo del presente artículo es señalar que *derrotabilidad* es un término ambiguo empleando respecto de objetos diferentes y en planos diferentes.

Para cumplir con nuestro objetivo vamos a dar cuenta de tres sentidos de la *derrotabilidad*: i) la *derrotabilidad* como experiencia recalcitrante; ii) la *derrotabilidad* como una disociación, y iii) La *derrotabilidad* como resultado de distribución de la carga de la prueba. Nuestro propósito, en relación de cada uno de estos sentidos, es reconstructivo y enfocado a demostrar que predicar la *derrotabilidad* de un objeto requiere precisión respecto al sentido empleado.

366

II. Sentidos de la *derrotabilidad*

Para este documento solo daremos cuenta (parcial) de sentidos de *derrotabilidad*: la propuesta de Frederick Schauer, la de Riccardo Guastini y la de Luis Duarte d'Almeida. **Doctorando de la Universidad Austral de Chile.**

2.1. Propuesta de Frederick Schauer

Consideremos por el momento como idea general de la *derrotabilidad* la actividad de los aplicadores del derecho de introducir excepciones no previstas en las normas. Esto implica que el antecedente de las reglas (por lo menos alguna de ellas), está compuesto por una lista de excepciones (propiedades que reducen el ámbito de aplicación de la norma) ilimitada y no determinable de manera previa al caso.

Asumamos la premisa de que los legisladores no son personas omniscientes. Estos tienen un conocimiento limitado del mundo y de lo que puede pasar en él, y a partir de dicho conocimiento toman decisiones sobre cómo regular la conducta de los destinatarios de las normas. Esto

conlleve al problema de si tomaron la mejor decisión y qué hacer con dicha decisión ante situaciones no anticipadas.

Visto ello, puede que existan casos en los cuales si aplicamos la norma tal y como está prevista nos dé resultados *subóptimos*¹. Esto es, veredictos calificados por el intérprete como tontos, injustos, ineficientes o cualquier otro término que empleemos para referir algo que no debería pasar en virtud de un criterio de corrección extrajurídico.

Consideradas estas primeras premisas, veamos qué propone Frederick Schauer. Para dicho autor, el antecedente de la norma es entendido como una generalización construida a partir de un propósito o justificación². De esta forma, la selección de propiedades (entendidas como identificadores de estados de cosas o de acciones) con las que construimos un antecedente de la norma, está determinado por esta justificación (en otros términos, una regla sería una especificación de una justificación).

Este modelo de norma está compuesto en dos niveles: a) nivel prescriptivo o generalización de una justificación que posee una prescripción (norma condicional que contiene una orden o prohibición de realizar una acción); y b) nivel justificativo o de razones que están detrás de las reglas (justificación o propósito de las mismas, en adelante razones subyacentes).

367

Al momento de analizar si una norma es aplicable a un caso individual puede suceder uno de los siguientes escenarios.

1. El caso individual está dentro de los usos lingüísticos de los términos empleados en el nivel prescriptivo y del ámbito de aplicación de las razones subyacentes.
2. El caso individual está dentro de los usos lingüísticos de los términos empleados en el nivel prescriptivo y fuera del ámbito de aplicación de las razones subyacentes.

¹ Frederick SCHAUER, «Is Defeasibility an Essential Property of Law?», en Jordi FERRER y Giovanni Battista RATTI, (eds.), *The logic of legal requirements. Essays on Defeasibility*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 79.

² Frederick SCHAUER, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basadas en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 76.

3. El caso individual no está dentro de los usos lingüísticos de los términos empleados en el nivel prescriptivo, pero sí dentro del ámbito de aplicación de las razones subyacentes.

4. El caso individual está fuera de los usos lingüísticos de los términos empleados en el nivel prescriptivo y del ámbito de aplicación de las razones subyacentes.

El primer y cuarto caso no son problemáticos, pues son supuestos de aplicación y no aplicación no controvertida. Nos preocupa el segundo y tercer caso, aquellos en los cuales el antecedente constituye una inadecuada especificación del nivel justificativo. Estas son experiencias recalcitrantes³ o casos en los cuales tenemos argumentos fundados en las razones subyacentes de la regla para variar el veredicto que se obtendría de aplicar el nivel prescriptivo. Estas se clasifican en supraincluyentes e infraincluyentes.

Las experiencias recalcitrantes supraincluyentes son aquellas en las cuales el caso individual es subsumible en el nivel prescriptivo, pero no es cubierto por el ámbito de aplicación del nivel justificativo. En estos casos el antecedente debió incluir más propiedades para poder excluir el caso individual con la consecuencia.

Las experiencias recalcitrantes infraincluyentes son aquellas en las cuales el caso individual no es subsumible en el nivel prescriptivo, pero sí es cubierto por el ámbito de aplicación del nivel justificativo. En estos casos el antecedente debe ser ampliado para poder cubrir todos los supuestos para los cuales fue formulada la dimensión prescriptiva.

La *derrotabilidad*, entendida como la no aplicación de la consecuencia jurídica a casos que se subsumen en la dimensión prescriptiva, posee una conexión con las experiencias recalcitrantes supraincluyentes. Precisemos algunos puntos:

Un caso de experiencia supraincluyente solo nos invita a preguntarnos sobre cómo resolver un supuesto de discrepancia entre la solución prevista por el nivel prescriptivo y la solución que podemos derivar del nivel justificativo. Una posibilidad es asumir el resultado subóptimo, esto es,

³ Frederick SCHAUER, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basadas en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Op. Cit., p. 98.

resolver el caso individual a pesar de que el veredicto no sea enteramente correcto a partir de algún criterio de corrección extrasistémico. La otra opción es realizar una derrota de la norma. La *derrotabilidad*, de esta forma, alude a que en todo caso de experiencia recalcitrante supraincluyente se debe dar prioridad a la solución derivada de las razones subyacentes⁴.

Una regla es derrotable, según Schauer, cuando su aplicación está sujeta a la no ocurrencia de una lista no especificable de buenas razones para no aplicar la regla. Son buenas razones todas aquellas que poseen una fuerza mayor de la que hubiera sido suficiente para determinar el resultado en ausencia de la regla⁵.

La idea de «buenas razones» parte de considerar que no toda contradicción entre los niveles prescriptivos y justificativos debe implicar que ceda el primero. Ello por dos razones: i) de ser así no tendría ningún propósito contar con un nivel prescriptivo, pues todos los casos se resolverían analizando directamente el nivel justificativo; y ii) el nivel prescriptivo incorpora predictibilidad, certeza, uniformidad y distribuye poder (para nuestros propósitos llamaremos a esto «seguridad jurídica»⁶, elementos que no han de ser desestimados, salvo que se tenga razón para ello. En este sentido, una buena razón es aquella que posee el peso suficiente para indicar por qué deberíamos regular la conducta de una determinada manera y esta razón debe ser más valiosa que la seguridad jurídica. De esta forma, para Schauer las normas son derrotables siempre que operador considere que existen buenas razones, en casos de experiencias recalcitrantes, para no aplicarlas.

Entonces, las reglas son consideradas derrotables en aquellos casos en los cuales la aplicación de la misma depende de que ocurra un hecho que: i) sea *subsumible* dentro de un uso lingüístico de un término contenido en el nivel prescriptivo; ii) no esté dentro del ámbito de aplicación de la dimensión justificativa, sea una experiencia recalcitrante supraincluyente; y

⁴ Jorge RODRIGUEZ, «Against defeasibility of legal rules», en Jordi FERRER y Giovanni RATTI, (eds.), *The logic of legal requirements. Essays on Defeasibility*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 95.

⁵ Frederick SCHAUER «On the Supposed Defeasibility of Legal Rules», en *Revista Current Legal Problems*, N° LI, 1998, p. 238.

⁶ *Ibidem*, p. 237.

iii) el peso de los argumentos a favor de las razones subyacentes sea mayor al de la seguridad jurídica que posee el nivel prescriptivo de la norma.

Cabe precisar que no toda inaplicación a mérito de las razones subyacentes es igual. En este punto Schauer distingue entre dos fenómenos⁷: i) deficiencia interna o supuestos en los cuales la regla no se aplica debido a que el nivel prescriptivo no especifica adecuadamente el nivel justificatorio (inaplicación generada por razones vinculadas con el nivel justificatorio de la propia regla)⁸; y ii) *derrotabilidad* externa o supuestos en los cuales la regla no se aplica debido a razones subyacentes propias de otras normas⁹. En este segundo escenario, estamos en el caso de contradicción a nivel justificativo, en el que las razones subyacentes de una norma entran en contradicción con las de otra.

Imaginemos que vivimos bajo un sistema normativo en el que la imposición de multas por violación de reglas de aparcamiento de autos, así como su impugnación, recae en una entidad administrativa. En este mundo existe una regla que dice «prohibido aparcarse vehículos en los parques públicos bajo sanción de multa». En tal contexto sucede que un visitante al parque padeció una emergencia médica que requirió la asistencia de una ambulancia para su adecuada atención, la misma que tuvo que aparcarse en dicho espacio. En este caso tenemos una controversia respecto a si multar a una ambulancia por haberse aparcado en un parque público para atender a un enfermo, a pesar de la prohibición expresa, podría ser un caso de *derrotabilidad* externa. En este supuesto la razón subyacente de la prohibición (asumamos que es orden público), entra en contradicción con otras razones subyacentes de otras reglas, como podría ser el proteger la salud toda aquella persona que requiere asistencia de una ambulancia.

Como vemos, uno puede aproximarse a las reglas desde diferentes formas dependiendo de la relevancia que le demos a los efectos de su

⁷ Frederick SCHAUER, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basadas en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 179.

⁸ El resultado sería una reformulación de la regla teniendo como resultado una especificación más precisa o más correcta (desde el punto de vista del intérprete) del nivel prescriptivo respecto del nivel justificativo.

⁹ El resultado sería una reformulación de la regla teniendo como resultado que algunos fragmentos del antecedente excluyen escenarios de aplicación de la norma a partir de razones subyacentes diferentes a la razón subyacente de la regla.

aplicación. La *derrotabilidad*, de esta forma, no es un rasgo necesario, es contingente en tanto depende de la forma en que se realicen los procesos de toma de decisiones¹⁰. En otros términos, depende de lo que estemos dispuestos a sacrificar. Los aplicadores del derecho, siguiendo a Schauer, aplican uno de estos modelos¹¹: i) modelo formalista, basado en un aplicador que solo le parece relevante comprobar si el caso individual es subsumible o no en el caso general; o ii) modelo de adaptabilidad, basado en un aplicador que le parece relevante considerar si un evento no previsto y determinados efectos (porque da un resultado que estima equivocado, pues es insuficiente para capturar los cambios de la experiencia humana), inciden en la aplicación o no de una norma.

De esta forma, la idea de *derrotabilidad* está vinculada a una pretensión normativa sobre cómo deben ser los aplicadores del derecho. Pero cabe resaltar que bajo esta forma de resolver casos, el sacrificio de eliminar experiencias recalcitrantes está en que no podemos sostener que las reglas sigan siendo reglas. Si una regla *derrotable* se aplica solo cuando el nivel prescriptivo sea consistente con el nivel justificativo, entonces la fuerza normativa de la primera se disuelve en la segunda¹².

371

A lo dicho, el aplicador del derecho tendrá que elegir entre dos modelos de aplicación de normas que se traduce en: i) tratar a las normas como *inderrotables*, lo cual conlleva a padecer de todos los supuestos *subóptimos*; o ii) tratar a las normas como *derrotables*, lo cual conlleva a que las reglas no sean determinantes para la solución de casos individuales.

Esto traslada la discusión de la *derrotabilidad* a los debates sobre qué tipo de aplicador del derecho deberíamos tener. Para Schauer, la discusión suele estar dividida en dos conjuntos de argumentos resumibles en lo siguiente¹³:

1. Hemos de preferir las decisiones que son tomadas por los legisladores¹⁴

¹⁰ Jorge RODRÍGUEZ, *Op. Cit.*, p. 95.

¹¹ Frederick SCHAUER «On the Supposed Defeasibility of Legal Rules», *Op. Cit.*, pp. 236-237.

¹² *Ibíd.*, p. 237.

¹³ Frederick SCHAUER, «Is Defeasibility an Essential Property of Law?», *Op. Cit.*, p. 86.

¹⁴ Cabe precisar que aquí nos referimos a la norma que formulan los intérpretes aplicando

sobre la discrecionalidad de los aplicadores del derecho, debido a que hay razones para desconfiar de estos (corrupción, incompetencia técnica, escases de tiempo para la toma de decisiones, precariedad de recursos disponibles, entre otros). Ante ello, hemos de tener un sistema con reglas no derrotables.

2. Hemos de disponer de medios para evitar e impedir que se apliquen veredictos subóptimos a los destinatarios, pues ello implicaría asumir que lo absurdo (lo tonto, injusto, ineficiente o cualquier otro término que empleemos para referir algo que no debería pasar en virtud de un criterio de corrección extrajurídico) es jurídicamente obligatorio.

Vinculado a este punto, Schauer es explícito en construir un vínculo entre la idea de Estado de Derecho y derrotabilidad. La primera estaría comprometida con un cierto grado de estabilidad, el cual conlleva (tesis normativa) a que tengamos que padecer de resultados subóptimos (en otros términos, hay una exigencia por garantizar la seguridad jurídica como la hemos entendido en este documento). Dentro de esta noción existe un conjunto de tesis normativas respecto a cómo debe ser empleado el Estado, incluyendo algunas tesis sobre las funciones de los jueces, dentro de las cuales estaría derrotar normas. Desde esta perspectiva, no han sido muchos los autores que hayan optado por vincular la derrotabilidad con las funciones de los burócratas, por ejemplo¹⁵. Sobre este punto, creemos que el problema sigue siendo sobre preferencias de modelos de toma de decisiones, pero no conceptual.

372

En breve, para Schauer, la pregunta sobre la derrotabilidad no es una pregunta sobre el contenido conceptual de las reglas, sino una respecto a cómo se debe tratar una regla¹⁶.

2.2. Propuesta de Riccardo Guastini

Para un adecuado abordaje de las tesis de Riccardo Guastini sobre la *derrotabilidad*, es pertinente explorar sus propuestas sobre qué es la indeterminación del derecho, la interpretación jurídica y qué es una

códigos hermenéuticos basados en una interpretación literal.

¹⁵ Frederick SCHAUER, «Is Defeasibility an Essential Property of Law?», *Op. Cit.*, p. 86.

¹⁶ *Ibidem*, p. 87.

laguna axiológica, atendiendo a que tales nociones están correlacionadas mutuamente.

Por indeterminación del derecho se alude a que no es posible obtener una única interpretación de sus componentes (o fórmulas lingüísticas), por lo que a) siempre hay múltiples respuestas para cada caso individual; y b) no existe certeza sobre todas las interpretaciones existentes y posibles de un sistema normativo.

Esto implica que la indeterminación en el derecho incide tanto en el sistema jurídico como en sus normas¹⁷. Lo primero se manifiesta por la equivocidad de los textos normativos, y lo segundo en la vaguedad del lenguaje. Ambas aristas conforman el problema de cómo conocer la calificación jurídica de una determinada conducta¹⁸.

A causa de la equivocidad de los textos normativos no existe certeza respecto a qué normas pertenecen al sistema jurídico, a mérito de la ambigüedad (pluralidad de interpretaciones posibles de una disposición), sucesión de normas en el tiempo, conflictos normativos o lagunas¹⁹.

373

Entre las diversas fuentes de este tipo de indeterminación vamos a abordar la *derrotabilidad* de las normas. Este concepto alude a las situaciones en las que, habiendo realizado la interpretación, es decir, contando con una norma, nos preguntamos si esta está o no sujeta a excepciones implícitas (no

¹⁷ Partamos por la diferencia entre disposición y norma. Una norma no es un enunciado normativo. Un enunciado normativo, o disposición, es el vehículo semántico por el cual una autoridad con potestad legislatora puede regular una determinada arista de la sociedad, mientras que la norma es el sentido interpretativo que le asignamos a la misma. Al respecto, Guastini lo resume así: «la disposición es (parte de) un texto aún por interpretar; la norma es (parte de) un texto interpretado». En Riccardo GUASTINI, «Disposición Vs. Norma», en Susanna POZZOLO y Rafael ESCUDERO (eds.), *Disposición Vs. Norma*. Lima: Palestra, 2011, p. 136.

¹⁸ «Es el problema epistemológico relativo a la cognoscibilidad/incognoscibilidad de las consecuencias jurídicas de las acciones. El contenido del derecho está determinado frente a una acción si son cognoscibles las consecuencias jurídicas de aquella acción, y está totalmente determinado si son cognoscibles las consecuencias jurídicas de cada acción; al revés, el contenido del derecho está indeterminado frente a una acción si no son cognoscibles las consecuencias jurídicas de aquella acción, y está totalmente indeterminado si no son cognoscibles las consecuencias jurídicas de ninguna acción». Paolo COMANDUCCI, «Principios Jurídicos e Indeterminación del Derecho», en *Doxa*, N° 21-II, 1998, p. 101.

¹⁹ Riccardo GUASTINI, *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 55, pie de pág. 8.

especificadas expresamente). Imaginemos por un instante la norma «si A, entonces Z» y califiquemos esta de no *derrotable*. Entonces en los escenarios «si A y B, entonces Z», «si A y C, entonces Z» y «si A y D, entonces Z», es lo que debería pasar, siempre que la propiedad adicionada no contradiga a A. Ello porque si A es una condición suficiente para Z, entonces cualquier otra propiedad que se adicione es irrelevante. En cambio, si consideramos la norma como *derrotable*, entonces A no es una condición suficiente, sino que cuando esta concurre con otras propiedades (B, C o D) que parezca al intérprete axiológicamente incompatible con la consecuencia Z, entonces no se dará Z («si A y B, entonces no Z», por ejemplo)²⁰.

Por otra parte, los problemas de vaguedad, es decir, aquellos supuestos en los que no existe certeza respecto a si un caso está dentro del campo de aplicación o no de una norma²¹. Existe un grupo de casos en los que es pacífica su aplicación, pero otro en los que hay duda o polémica respecto a su pertinencia. En breve, alude a los problemas para identificar la referencia de los conceptos.

374

Los problemas de la equivocidad de los textos normativos y de vaguedad son problemas interpretativos. A ello es menester abordar preguntando qué implica la interpretación para Guastini y si esta se relaciona con la *derrotabilidad*, por lo que solo abordaremos aquellas propuestas que son relevantes para nuestro objeto. Al respecto, Guastini realiza dos distinciones a tomar en cuenta: a) la diferencia entre interpretación en abstracto y en concreto; y b) la diferencia entre interpretación y construcción jurídica.

Los problemas de la equivocidad de los textos normativos son reducidos mediante una interpretación en abstracto. Esta alude a la identificación del significado expresado o lógicamente deducido en un texto normativo sin hacer referencia a algún caso concreto; es decir, consiste en reformular el texto interpretado. A manera explicativa, es una actividad

²⁰ Ibídem, p. 58.

²¹ «Es vago siempre que la pregunta ¿a qué cosa se refiere? Admita una respuesta dudosa. Es obviamente vago, por ejemplo, un predicado como joven (¿Cuántos años deben tenerse para no seguir siendo joven?) o como calvo (¿Cuántos cabellos necesitan perderse para ser calvo?).». Riccardo GUASTINI. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México DF: Editorial Porrúa, 2010, p. 62.

similar a la que hacemos cuando traducimos²², por lo que mediante esta determinamos qué normas están en vigencia²³.

Los problemas de la vaguedad son reducidos mediante la interpretación en concreto. Esta alude a la subsunción de un caso al campo de aplicación de una norma previamente identificada en abstracto²⁴.

En este contexto, los problemas de *derrotabilidad*, es decir, de la indeterminación de normas existentes en el sistema jurídico por la existencia de excepciones implícitas, se solucionan mediante interpretaciones abstractas. Pero esta afirmación requiere de una precisión ulterior en la teoría realista de Guastini. ¿Qué tipo de operación es esta? El autor diferencia entre interpretación y construcción jurídica²⁵.

El término interpretación alude a diferentes acciones: actos de conocimiento, de decisión o de creación normativa. Ello nos lleva a

²² Riccardo GUASTINI. *Nuevos estudios sobre la interpretación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, N° 55, 2010, p. 75. De manera más precisa, reformular puede implicar:

- a) Reiterar el texto interpretado en caso de interpretación literal.
- b) Reformular con adición (sintáctica, semántica y pragmáticamente necesarias).
- c) Reformular con eliminación (sustituciones, multiplicaciones teóricas necesarias).
- d) Reformular con pluralidad de alteraciones simultáneas.

Riccardo GUASTINI. *Interpretar y argumentar*, *Op. Cit.*, p. 35, pie de pág. 14.

²³ Riccardo GUASTINI. *Interpretar y argumentar*, *Op. Cit.*, p. 37. Consiste en distinguir dentro de un enunciado normativo el antecedente y el consecuente, es decir, el caso regulado de la consecuencia jurídica ligada al caso. De manera más precisa, Guastini indica que «el antecedente se refiere a una clase de hechos (llama “supuestos de hecho abstracto”) y el consecuente a una clase de consecuencias jurídicas (como la sanción, la adquisición de un derecho, el nacimiento de una obligación, la validez o invalidez de un acto, etc.) El “campo de aplicación” de la norma no es otra cosa que la clase de hechos de los cuales se sigue la consecuencia jurídica en cuestión». Riccardo GUASTINI. *Estudios sobre la interpretación jurídica*, *Op. Cit.*, p. 75, pie de pág. 4.

²⁴ Subsumir es utilizar un concepto de dos maneras:

- a) Subsunción individual: Adscribo a un individuo a una clase.
- b) Subsunción genérica: Adscribo una clase a una clase más amplia.

Riccardo GUASTINI. *Estudios sobre la interpretación jurídica*, *Op. Cit.* p. 227. Como bien lo resume José Juan Moreso, es «establecer que un caso determinado es una instancia de un caso más general». José Juan MORESO, «Guastini sobre la ponderación», *Isonomía*, N° 17, 2002, p. 230. Cabe resaltar que considerar la interpretación en concreto como el solo acto de subsumir no daría espacio para las operaciones interpretativas necesarias para remediar la vaguedad. Para efectos de la reconstrucción de la propuesta de Guastini mantendremos esta descripción suya.

²⁵ Riccardo GUASTINI, *Otras distinciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 127 y ss.

distinguir entre:

1. Interpretación cognitiva: identificar, sin elegir entre ellos, los significados que se han atribuido a un texto normativo (habiéndose aplicado las reglas lingüísticas sintácticas, semánticas y pragmáticas compartidas, las distintas técnicas interpretativas en uso, y las tesis dogmáticas difundidas en doctrina)²⁶. Es una labor de descripción sincrónica de las opciones interpretativas que posee el interprete.

2. Interpretación decisoria: acción del intérprete de elegir uno de los significados identificados mediante la interpretación cognitiva. Es una acción política de elección en base a una preferencia interpretativa.

3. Interpretación creativa: acción de atribuir a una disposición un significado nuevo. Es una acción política de asignar una nueva intensidad y extensión a unos términos. Ello mediante la obtención de normas implícitas.

La interpretación creativa es un acto de construcción jurídica, es decir, de creación de normas implícitas. Estas son todas aquellas que no han sido formuladas por ninguna autoridad, es decir, aquellas extraídas por un razonamiento aplicado sobre normas expresas (aquellas dictadas por autoridad normativa) o de otras normas implícitas²⁷.

En este sentido, la *derrotabilidad* es un acto de construcción jurídica. Mediante esta formulamos nueva norma de tipo implícita, a efectos de no aplicar una consecuencia jurídica; es decir, exceptuar la aplicación de una consecuencia jurídica. Esto en cuanto que es «implícita». Es el momento oportuno para explicar qué quiere decir Guastini al hablar de «excepciones».

²⁶ Riccardo GUASTINI, «El escepticismo ante las reglas replanteado». *Revista Discusiones*, Nº XI, 2012, p. 31.

²⁷ Si es fruto del razonamiento, cabe distinguir entre 3 razonamientos:

a) Normas implícitas que se extraen de normas explícitas mediante razonamientos lógicamente válidos (deductivos).

b) Normas implícitas que se extraen a partir de normas explícitas según esquemas de razonamientos no deductivos, lógicamente inválidos (analogía, a contrario, etc.).

c) Normas implícitas que se derivan (razonamientos válidos o inválidos) de una conjunción de: a) normas explícitas (o, a su vez, implícitas) y de asunciones dogmáticas; o b) asunciones dogmáticas (teorías construidas por los juristas y/o jueces).

Riccardo GUASTINI. *Interpretar y argumentar*, Op. Cit., p. 165.

La excepción es un tipo de relación que se da entre dos normas mediante la formulación de una norma especial²⁸. Pensemos en lo siguiente: a) una norma N1 que regula A, compuesta por las subclases A1 y A2 (si A, entonces Z); y b) una norma N2 que regula A2 de manera incompatible con N1 (si A2, entonces ¬Z). Entre estas, N2 es una norma especial en relación con N1, caracterizada por un vínculo género-especie, en donde N1 es genérica y N2 es especie.

Esta tiene dos posibles variantes técnicas: a) de disolución de antinomias entre dos normas de igual rango jerárquico, que tengan entre ellas una relación regla y excepción²⁹; o b) de composición de las antinomias que puede aplicarse en presencia de una antinomia entre dos normas (contiguas o en cualquier caso del mismo rango en la jerarquía de fuentes) cuyos ámbitos de aplicación no guardan entre sí exactamente una relación de género a especie, sino que más bien se superponen parcialmente: una antinomia del tipo parcial bilateral³⁰.

En relación a la primera variante, esto puede ser entendido de dos maneras: a) la norma exceptuada y la excepción no son normas diferentes, sino fragmentos de una misma norma; o b) como un supuesto de aplicación de incompatibilidad normativa, es decir, una antinomia parcial unilateral que se disuelve mediante la creación de una excepción mediante el criterio de especialidad (*lex specialis*) u otros (ponderación, interpretación conforme o vía interpretación restrictiva). Ambas descripciones generan un mismo resultado: si A1 y ¬A2, entonces Z.

Entre la elección de la forma de comprender a) o b), Guastini se decanta por la segunda. Ello, porque considera que existe una genuina

²⁸ «Una norma excepcional es, de hecho, precisamente esto: una norma que presenta una excepción –y en ese sentido derrota– a una norma relativamente más general». Riccardo GUASTINI. *Interpretar y argumentar*, Op. Cit., p. 130, pie de pág. 39.

²⁹ Veamos con más detalle la operación. Para que exista una excepción se deben realizar los siguientes actos:

- a) El interprete realiza interpretaciones decisorias sobre dos disposiciones.
- b) Atribuye a una de las normas el valor de regla.

c) Se realiza una construcción jurídica sobre la otra regla para calificarla de excepción en virtud a presuposiciones teóricas que guían nuestras decisiones interpretativas (preferencias interpretativas).

Riccardo GUASTINI. *Interpretar y argumentar*, Op. Cit., p. 131, pie de pág. 41.

³⁰ *Ibidem*, p. 135.

contradicción y porque explica de mejor manera los problemas de especialidad que se generan en los casos en que las normas hayan sido promulgadas en momentos diferentes. Tenemos dos supuestos: a) la especial es anterior a la general; en tal caso, la especial no es derogada por la general; posterior, sino que constituye una excepción a esta última (restringe su ámbito de aplicación); y b) la especial es posterior a la general, en tal caso, la especial no deroga la norma general anterior, sino que se limita a establecer una excepción a la misma (se limita a restringir su campo de aplicación, lo cual, por otra parte, no es muy distinto de una derogación ‘parcial’)³¹.

En relación a la segunda variante, el criterio de especialidad se aplica una vez que entre las normas en conflicto se haya creado una relación de prelación entre estas por criterios de valoración (una construcción jurídica mediante la que considero una norma más importante que la otra). De esta manera, la más valiosa opera como una excepción (un supuesto de no aplicación) de la menos valiosa³².

378

Cabe resaltar que posteriormente Guastini afirma que «introducir en una norma una excepción no es diferente de sustituir la norma en cuestión por una norma diferente. Por ejemplo, si la norma N1 presenta la estructura “Si A, entonces Z” (“Si vehículos, entonces prohibido el ingreso en el parque”), introducir en ella la excepción, supongamos “no B” (“no ambulancias”), equivale a sustituir con la norma N2: “Si A y no B, entonces Z” (“Si vehículos y no ambulancias, entonces prohibido el ingreso”)³³. En lo que sigue del presente texto nos guiaremos de esta definición.

Hasta el momento entendemos que la *derrotabilidad* es un problema de equivocidad de los textos que se resuelve por construcción jurídica a través de la creación de excepciones implícitas. A esta descripción nos resta una duda: ¿en qué momento se presenta? Guastini considera que se dan en casos de lagunas axiológicas.

Las lagunas axiológicas son aquellas situaciones en las que un caso está regulado por una norma, pero posee una consecuencia jurídica que, a

³¹ *Ibidem*, p. 134.

³² *Ibidem*, p. 136.

³³ *Ibidem*, p. 278, pie de pág. 42.

opinión del intérprete, es inadecuada o insatisfactoria desde una perspectiva axiológica por no haber tomado en cuenta distinciones relevantes; es decir, es un caso con una mala solución en la que falta una norma diferenciadora; esto es, una que regule de manera distinta el supuesto³⁴. En este sentido, Guastini hace propia la definición propuesta por Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin³⁵.

Se da en casos en los que al intérprete le parece que debería existir una regulación diferente para un determinado supuesto en función a sus preferencias ético-normativas. De esta forma, este tipo de lagunas se producen en casos que el interprete haya reinterpretado el texto, dado que una primera interpretación no fue aceptable (desde un punto de vista axiológico). Es decir, ocurren cuando: a) se efectuó una determinada interpretación del texto (habitualmente una de las versiones de la interpretación literal); y b) crear una interpretación distinta del texto bajo la que el caso regulado deja de serlo³⁶.

Este tipo de lagunas pueden ser de dos tipos³⁷:

1. Un caso está regulado por una norma, pero al intérprete le parece insatisfactoria. Ello porque a su juicio falta en el ordenamiento una norma justa, es decir, una que sea coherente con su sentido de justicia.
2. Un caso está regulado por una norma, pero al intérprete le parece que tal regulación no es conforme a lo que ordena otra norma positiva, jerárquicamente superior en un sentido material o axiológico³⁸.

379

³⁴ Ricardo GUASTINI, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Op. Cit., p. 144.

³⁵ «La solución existente es axiológicamente inadecuada. Pero no toda solución injusta o mala supone una laguna; los juristas hablan de lagunas —en el sentido que tratamos de caracterizar— cuando la solución es inadecuada *porque* el legislador no tuvo en cuenta una distinción que debía haber tomado en cuenta. Este tipo de lagunas suponen, pues, la existencia de una propiedad relevante (en el sentido prescriptivo del término) para el caso en cuestión, que, sin embargo, es irrelevante (en el sentido descriptivo) para el sistema considerado». Carlos ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, *Sistemas Normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2012, p. 156.

³⁶ Riccardo GUASTINI, «Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. derrotabilidad, lagunas axiológicas, e interpretación», *Doxa*, N° 31, 2008, pp.101-150.

³⁷ Riccardo GUASTINI, *Interpretar y argumentar*, Op. Cit., p. 146.

³⁸ Guastini distingue entre jerarquía material y axiológica de la siguiente manera:

La *derrotabilidad* es una forma de laguna axiológica, pero no de toda laguna axiológica. Previo a ello debemos formular algunas precisiones para identificar a qué tipo de fenómeno nos estamos refiriendo: a aquellos en los que al regular una clase de supuestos se ha omitido hacer una distinción relevante a efectos de excluir a un caso individual de las consecuencias normativas previstas.

Los casos en que se considere que se ha omitido regular una clase de supuestos, es decir, ausencia de regulación, no son clasificables como *derrotables*, porque no implica dejar de aplicar, sino crear normas implícitas que regulen el caso. En otros términos, ante una laguna axiológica, el intérprete puede utilizar una disociación (a efectos de excluir) o una analogía (con el propósito de incluir un elemento en una regulación)³⁹, pero solo es pertinente a la *derrotabilidad* lo primero.

Guastini sigue a Carlos Alchourrón en relación a su propuesta de definición de *derrotabilidad*, entendiendo que alude a que las normas poseen excepciones implícitas; es decir, que hay circunstancias en las que se derrota (no se aplica la norma) que no son explícitamente enunciadas.

380

En otros términos, considerar que una norma es derrotable es asumir que posee un condicional superable. De ello se entiende que sobre este no son aplicables la ley del refuerzo del antecedente ni el *modus ponens* (en un sentido *monotónico*, pero si lo hace en un sentido no *monotónico*). Reformulando, una norma derrotable es aquella que está sujeta a

a) Jerarquía material: relativas al contenido de las normas. Establece los criterios de preferencia en un conflicto entre dos normas empleando para ello razones sustantivas (influye sobre el contenido, es decir, no se puede regular de manera que se contradiga el cómo se está regulando). En breve, N1 es jerárquicamente superior a N2, siempre que N3 sostenga que en caso de conflicto N2 será inválida.

b) Jerarquía axiológica: relativa a los valores del intérprete. Existe en aquellos casos que se ha atribuido un valor superior a una norma respecto a la otra. En breve, N1 es jerárquicamente superior si el intérprete, mediante un juicio de valor comparativo, es superior a N2. Riccardo GUASTINI, *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016, pp. 209-211. Cabe resaltar que esta descripción de Guastini genera confusión con la descripción de lagunas normativas.

³⁹ La analogía es una modalidad de construcción jurídica a nivel de interpretación en abstracto mediante la que se crea una norma implícita para regular un supuesto no regulado cuyo supuesto de hecho, a consideración del intérprete, posee similitud respecto a uno que ya forma parte del sistema jurídico. Es decir, se emplea para cubrir el caso en que hay un supuesto de hecho no regulado y que el intérprete considera que sí lo debería estar de manera similar a una norma existente.

excepciones no enumerables exhaustivamente de antemano (lo que a la vez implica que no es posible saber qué circunstancias son suficientes para que la norma se aplique)⁴⁰.

A este punto Guastini resalta una distinción: a) una norma está exceptuada por el contenido de otras normas expresas del mismo sistema; y b) una norma está exceptuada por el contenido de otras normas implícitas⁴¹. La *derrotabilidad* solo alude al segundo grupo.

La excepciones implícitas son creadas mediante la técnica de la disociación⁴². Esta técnica argumentativa es una modalidad de construcción jurídica por la que se crea una norma implícita que conlleve a la derrota de una norma; es decir, la sustitución de la norma en cuestión por una norma distinta de alcance más restringido.

La aplicación de este argumento se realiza de la siguiente manera⁴³:

1. Existencia de una norma que regula un caso genérico (Si A, entonces Z). Norma identificada, para propósitos del ejemplo, mediante interpretación literal.
2. El interprete considera que dentro la clase A se debe distinguir entre A1 y A2, por considerarlas sustancialmente distintas. La norma solo será aplicable, de esta forma a una sub clase y no a la otra. De este modo se distingue entre casos regulados (A1) y casos no regulados (A2) en virtud a una preferencia interpretativa axiológicamente motivada.
3. Sobre el caso regulado (A1) se crea una norma implícita que incluye su excepción (la subclase A2). Entonces: Si A1 y $\neg$ A2, entonces Z (conjunción de Si A1, entonces Z, y Si A2, entonces $\neg$ Z).
4. Sobre los casos no regulados (A2) cabe una de estas dos posibilidades:

⁴⁰ Riccardo GUASTINI, «Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. derrotabilidad, lagunas axiológicas, e interpretación», *Op. Cit.*, p. 145.

⁴¹ *Ibíd.*, p. 145, pie de pág. 5.

⁴² *Ibíd.*, p. 146.

⁴³ Riccardo GUASTINI. *Interpretar y argumentar*, *Op. Cit.* p. 278.

- a. Se rija por otra norma del sistema normativo.
- b. No esté regulada por ninguna norma (creación de una laguna normativa⁴⁴).

¿Cuál es la diferencia entre un argumento disociativo y la interpretación restrictiva? La primera es un tipo de interpretación restrictiva como medio para reducir el campo de aplicación de la norma. En términos de Guastini, «la diferencia entre interpretación restrictiva y construcción de una excepción implícita se reduce, en última instancia, a un distinto modo de argumentar o de expresar una misma operación»⁴⁵.

La *derrotabilidad* no puede ser aludida respecto a una interpretación en concreto. Es, bajo la descripción realizada, una forma de generar nuevas normas en el sistema normativo por: a) valoraciones axiológicas de los intérpretes; o b) jerarquías axiológicas que se manifiestan en la aplicación de principios. No es una propiedad de las normas, es decir, no recae en el lenguaje del legislador (por lo tanto, no es conexo con la vaguedad de las palabras ni con la imprevisibilidad del futuro al momento de crear disposiciones); esta es solo una manifestación de la interpretación del derecho de manera coherente con las valoraciones del intérprete⁴⁶.

382

La aplicabilidad del argumento disociativo (que posee la misma estructura que el *distinguish* de la jurisprudencia) revela que la *derrotabilidad* no es un rasgo distintivo de los principios, sino que toda norma es susceptible de ser convertida en *derrotable*⁴⁷. La estructura condicional de una norma no es un presupuesto necesario para generar excepciones implícitas, en tanto es posible realizar interpretaciones restrictivas tanto de principios como de reglas.

A lo expuesto cabe ahora distinguir entre el acto de derrotar y

⁴⁴ Las lagunas normativas son productos de la interpretación mediante los cuales, luego de efectuada una interpretación decisoria sobre una disposición, se considera que una serie de supuestos de hechos no está prevista por el antecedente de la norma, es decir, es un caso no regulado. Riccardo GUASTINI, *La sintaxis del derecho*, Op. Cit., pp. 343-344.

⁴⁵ Riccardo GUASTINI, *Interpretar y argumentar*, Op. Cit., p. 283.

⁴⁶ Riccardo GUASTINI, «Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. derrotabilidad, lagunas axiológicas, e interpretación», Op. Cit., p. 153.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 151.

el resultado de la derrota. Para ello Guastini nos propone tomar en consideración tres elementos diferentes⁴⁸:

- a) Derrotabilidad: propiedad disposicional de las normas (alude a la existencia de una lógica derrotable o no monotónica en la que es posible utilizar un operador formal para aludir cuándo las condiciones de aplicación son contribuyentes, pero no suficientes para la consecuencia normativa).
- b) Acción de derrotar: acto interpretativo (creación de laguna axiológica y realización de una disociación).
- c) Derrota: resultado de la acción de derrotar (crear la norma Si A1 y $\neg$ A2, entonces Z).

La *derrotabilidad*, entonces, puede aludir a dos momentos: a) momento sincrónico del resultado de la *derrotabilidad*, es decir, a la creación de la norma reinterpretada, la cual es utilizada como premisa normativa en un razonamiento jurídico y que es *inderrotable*, dado que ya se realizaron las acciones de derrota, siendo esta aplicable bajo el *modus ponens* en el caso concreto; y b) momento diacrónico que alude a la posibilidad de los intérpretes de realizar acciones de derrota sobre cualquier norma condicional, incluyendo aquellas que ya hayan sido derrotadas.

383

De acuerdo a lo visto, la *derrotabilidad* para Guastini es un problema del ámbito de la teoría de la interpretación que se manifiesta como la consecuencia de una reinterpretación de un texto a efectos de excluir una propiedad del caso genérico con el propósito de evitar que un determinado caso sea regulado por la regla, dado que esta genera consecuencias, para las valoraciones del intérprete, indeseables.

Guastini, al momento de hablar de *inderrotabilidad* sincrónica, alude a un resultado interpretativo, es decir, al resultado de una disociación, pero al hablar de *derrotabilidad* diacrónica refiere a la posibilidad de alterar el elenco de las propiedades de los casos genéricos (susceptibilidad de agregar una propiedad adicional para generar una excepción), lo cual conlleva a un uso no consistente del término *derrotabilidad*.

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 154.

2.3. Propuesta de Luis Duarte d'Almeida

Duarte pretende construir una aproximación probatoria de la noción de *derrotabilidad*. Su contexto de discusión se da en aquellos autores que pretenden dar cuenta de lo que es exceptuar una regla. Identifica que hay dos posibilidades: el incorporacionismo y el no deductivismo.

Por incorporacionistas alude a todos aquellos que consideran que las excepciones son reducibles a elementos negativos en el antecedente de una regla. En cambio, por no deductivistas entiende a aquellos que siguen una aproximación de las reglas empleando lógicas no *monotónicas*, a partir de las cuales se sostiene que no es posible construir antecedentes compuestos con un conjunto de condiciones necesarias y suficientes, debido a que siempre serán posibles las excepciones implícitas⁴⁹. La postura de Duarte es que ninguna de estas es satisfactoria. Sobre este punto no nos concentraremos en explorar las razones en contra de cada postura, sino en la justificación que construye para proponer una tercera opción: la aproximación de las excepciones desde la prueba.

384

Concibamos la idea de que no se debe confundir una excepción con una negación de elementos dentro de la regla. Contrastemos dos escenarios para clarificar el punto: i) una condena por homicidio es correcta siempre que tengamos ausencia, entre otras cosas, de una legítima defensa; y ii) una condena por violación es correcta solo en ausencia de consentimiento por parte de la víctima. El elemento ausencia opera de manera diferente en cada supuesto. No es lo mismo la falta de una legítima de defensa a la falta de consentimiento, ambos comparten ser elementos negativos previstos en el antecedente, pero con funcionalidad diferente⁵⁰.

Con base en esta idea, Duarte realiza dos distinciones relevantes para entender la estructura de los antecedentes. En primer lugar, diferencia entre circunstancias positivas y negativas: i) la circunstancia positiva refiere a la descripción de la ocurrencia de ciertos eventos; en cambio ii) la circunstancia negativa refiere a la descripción de la no ocurrencia de ciertos eventos. En segundo lugar, diferencia entre *P-Facts* y *D-Facts*: i)

⁴⁹ Luis DUARTE D'ALMEIDA, *Allowing for exceptions: A Theory of Defenses and Defeasibility in Law*, Oxford: Oxford University Press, 2015, pp. 4-6.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 6.

P-*Facts* refiere a la conjunción de todas aquellas circunstancias (positivas o negativas) que, de ser probadas, hacen que una determinada decisión a favor del demandante se considere justificada; en cambio ii) D-*Facts* refiere a la disyunción excluyente de circunstancias (positivas o negativas) que, de ser probadas, son suficientes para prevenir que la decisión a favor del demandante esté justificada⁵¹.

En un caso, por ejemplo, lo que necesita el demandante para que se decida, justificadamente, a favor suyo es ofrecer la prueba de todos los P-*Facts* (en adelante P), sean estas circunstancias de tipo positivo o negativo. Pero si el demandando logra probar un D-*Fact* (en adelante D), entonces no se sigue la conclusión a favor del demandante. De esta forma tenemos la siguiente formulación: «Si está probado P y no está probado ningún D, entonces está justificado decidir a favor del demandante»⁵². Precisemos este punto.

Una circunstancia X puede ser probada o no probada y lo mismo puede decirse de su negación. En este sentido, nuestras posibilidades de prueba respecto de X son: X está probado; $\neg$ X está probado; X no está probado; o $\neg$ X está probado⁵³. De estas posibilidades se hace más notoria la diferencia entre lo no probado de haber probado que algo no ocurrió.

385

Esta idea nos sirve para aclarar la función de los D. Tenemos dos formas de entender «no está probado ningún D»: como una negación externa (no se ha probado D) o como una negación interna (se ha probado $\neg$ D). Como negación externa refiere a que es correcto decidir a favor del demandante solo si no es probado D (por ejemplo, debe ocurrir que no se ha probado la legítima defensa). Como negación interna refiere a que es correcto decidir a favor del demandante solo si es probado $\neg$ D (por ejemplo, debe ocurrir que se haya probado que no hubo legítima defensa)⁵⁴.

Para Duarte, la primera versión, «no está probado ningún D» entendido como una negación externa, es la manera en que podemos capturar la noción de excepción. Como bien ejemplifica el autor, una Corte

⁵¹ *Ibíd.*, p. 17.

⁵² *Ibíd.*, p. 52.

⁵³ *Ibíd.*, p. 53.

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 54.

no puede conceder una compensación por incumplimiento contractual en caso un D sea probado. La prueba de D hace inviable decidir a favor del demandante de manera justificada⁵⁵.

De la misma forma, la negación externa captura adecuadamente las condiciones de éxito del demandante. En efecto, para que se decida justificadamente a favor del demandante, además de haber probado P, tiene que ser el caso que ninguna D haya sido probada. En este sentido, el demandante requiere de la conjunción incluyente de tanto P como de la no prueba de D. En otros términos, «Si P está probado y no está probado D, entonces es correcto decidir a favor del demandante»⁵⁶.

A partir de estos puntos Duarte formula su propuesta: un hecho X es una excepción relativa a una decisión si: i) el hecho de averiguar X es suficiente para prevenir que la decisión esté justificada; y ii) la averiguación de $\neg X$ no es necesaria para que la decisión esté justificada. En clave P y D: los P son hechos cuya averiguación es necesaria para que una decisión esté justificada, en cambio, los D son hechos cuya averiguación es tanto: i) suficiente para prevenir que la decisión a favor del demandante esté justificada; y ii) no sea inconsistente con ningún P⁵⁷.

Desde esta aproximación, como podemos ver, la identificación de las excepciones está vinculada con la forma en que está distribuida la carga de la prueba en procesos de toma de decisiones jurídicas. No es un problema de contenido conceptual de los términos empleados, del tipo de inferencia ni de las condiciones del antecedente, sino de cómo están diseñadas las reglas que generan cargas de probar.

En este sentido, tenemos las siguientes posibilidades de condiciones de éxito de demandante y del demandando: puede ser que P está probado y i) D no está probado, entonces el juez debe decidir a favor del demandante; ii) $\neg D$ está probado, entonces el juez debe decidir a favor del demandante; iii) D está probado, entonces el juez debe decidir a favor del demandando; o iii) D es incierto (D ni $\neg D$ está probado)⁵⁸, entonces el juez debe

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 54.

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 55.

⁵⁷ *Ibíd.*, p. 77.

⁵⁸ El ejemplo ofrecido es el célebre caso del rey Salomón quien no tiene certeza respecto a

decidir de alguna otra manera (diferente tanto de lo que contaría como decisión para el demandante como de lo que contaría como decisión para el demandado)⁵⁹. Sobre esta última opción, cabe señalar que el caso será resuelto por una *metaregla* que determine cómo se distribuye el riesgo en casos de incertidumbre.

A lo visto cabe resaltar que el defendido tendrá éxito en dos situaciones: i) cuando este pruebe D; o ii) cuando el demandante no logre probar P. El segundo punto nos muestra que no es necesario que el defendido pruebe una excepción, esta es solo una posibilidad que es aprovechada en función a la carga de la prueba asignada.

Llegado este punto corresponde precisar, ¿qué está entendiendo Duarte por carga de la prueba? Para dicho autor satisfacer la carga de la prueba no es producto de un mandato u obligación, sino que es el resultado de razones instrumentales relevantes a cómo tener éxito con una pretensión. En otras palabras, señalar que una parte tiene la carga de la prueba es entendido como que le va ir mejor si incluye evidencias que den sustento a «X está probado» conforme a un estándar de prueba relevante al caso⁶⁰.

De acuerdo con lo señalado, uno no está obligado a probar algo. Siguiendo con el punto, ¿cómo funciona la carga de la prueba? Para este autor la caracterización más precisa de la carga de la prueba es que esta dependa de las condiciones de éxito de cada parte procesal. Dicha condición de éxito puede incluir el hecho de que ciertas proposiciones estén probadas o que no estén probadas.

Un demandante tiene éxito en función a la disyunción incluyente de tanto P está probado, como que D no ha sido probado. En cambio, un demandando tiene éxito por la disyunción excluyente de que o bien P no está probado o bien está probado D. En ambos casos hay razones instrumentales para que este se asegure de que ambas situaciones se den

la maternidad de un bebe. No había certeza respecto a qué mujer había probado su pretensión. Luis DUARTE D'ALMEIDA, *Op.Cit.*, p. 87, pie de página 15.

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 87.

⁶⁰ *Ibíd.*, p. 89.

en el caso. En vista de dicho punto, la carga de la prueba depende de lo que necesite cada parte para tener éxito, lo cual puede incluir que ciertas proposiciones estén probadas, como que ciertas proposiciones no estén probadas⁶¹.

Esto incide con lo que tratamos de decir cuando señalamos que se ha descargado la carga de la prueba. Las acciones para satisfacer la carga de la prueba son contingentes a razones de estrategia procesal propias de la defensa técnica en un caso. Puede haber casos donde no tengamos que realizar una acción para satisfacer nuestra carga de la prueba, por ejemplo, cuando el demandante no logra probar P y se da por satisfecha la condición de éxito del demandado. La situación del demandante para descargar su carga es un tanto más compleja. Solo por anotar algunos escenarios: i) probó P y el demandando no probó D (por no haber realizado actos suficientes o porque su evidencia fue demostrada falsa, por ejemplo) o aceptó expresamente P; ii) se entiende probado P dado que el demandante no otorgó evidencia que le era requerida, lo cual el sistema normativo trata como que ciertas circunstancias se asumen dadas (los actos de omisión del demandando son entendidos como probado P); entre otras⁶².

388

¿Qué hechos son aquellos que podemos calificar como D? ¿en qué momento podemos saber qué circunstancias, positivas o negativas, debe averiguar el demandado? Sobre este punto cabe volver a resaltar que un D no es lo mismo que una circunstancia negativa. En efecto, puede que el demandante deba averiguar una circunstancia negativa para probar P (por ejemplo, la ausencia de consentimiento en el caso de violación). El punto es bastante relevante, pues sobre este Duarte construye la conexión conceptual entre carga de la prueba y excepción⁶³. Las excepciones son todas

⁶¹ *Ibidem*, pp. 91-92.

⁶² *Ibidem*, p. 93.

⁶³ Duarte expone este punto mientras argumenta contra quienes podrían alegar que su reconstrucción es parcial. Sostiene que podría ser el caso que alguien estime que también son posibles los casos en los cuales se exija al demandante probar $\neg D$ (por ejemplo, probar que hubo un homicidio y probar que el acusado no está bajo ninguna causal de justificación). De esto se seguiría que las excepciones no son producto de la distribución de la carga de la prueba, sino resultados de opciones de política criminal. Luis DUARTE D'ALMEIDA, *Op.Cit.*, p. 84. Como vemos, aquí el problema está en que quienes alegarían este punto estarían asimilando, *a priori*, cierto tipo de hechos a la noción de excepción (como podría ser, por ejemplo, aquellos hechos que demostrarían una legítima defensa), pero este sería un sentido diferente de excepción al que usa Duarte y, para este autor, poco ventajoso por su bajo rendimiento explicativo.

aquellas circunstancias que el demandado debe probar para evitar el éxito de la demanda, es lo mismo D que excepción. Desde esta aproximación, no es correcto hablar de excepciones de manera previa a la forma en que está distribuida la carga de probar algo.

Abordado lo que esta aproximación entiende por excepciones y su identificación, cabe que nos preguntemos por la diferencia entre excepciones explícitas e implícitas. Para Duarte, entre estas solo hay una diferencia en el plano epistémico, es decir, lo que tenemos que hacer para conocerlas.

Las excepciones explícitas serían aquellos hechos clasificados como D por una norma expresa (en otros términos, hechos que pueden ser identificados como excepciones como parte del proceso de identificación de reglas relevantes al caso)⁶⁴. El caso interesante está en cómo identificar una excepción implícita: alude a circunstancias en casos particulares que han sido clasificados por un juez (o cualquier aplicador del derecho) como excepciones (D) y son usados para resolver la controversia. Precisemos esta idea.

389

Una excepción implícita, desde esta aproximación, es un tipo de excepción, es decir, se entiende a partir de lo que hemos señalado sobre «no ha sido probado D». Lo único que varía es la forma en que identificamos esos hechos (positivos o negativos) que previenen el éxito de una demanda en caso sean probados.

La propuesta de Duarte se caracteriza por la forma en que describe el poder del aplicador del derecho para clasificar hechos como excepciones. El autor nos propone imaginar una situación cuya regulación no prevé excepciones: Si P está probado, entonces está justificado decidir J a favor del demandante. ¿Esto nos compromete a la idea de que siempre será correcto emitir J cada vez que P esté probado? No, pues tenemos, en primer lugar, los problemas generados por nuestras limitaciones en materia de falsos positivos (se dé por probada una proposición falsa) y de falsos negativos (no se dé por probada una proposición verdadera). En segundo lugar, aquí el punto relevante, puede ser el caso que se dé una proposición verdadera y probada (o la posibilidad de que esto ocurra) que nos lleve a decidir de una

⁶⁴ LUIS DUARTE D'ALMEIDA, *Op.Cit.*, p. 135.

manera diferente, es decir, de una manera diferente a J (a la vez, diferente a decidir a favor del demandante)⁶⁵.

Dicho en breve, no es cierto que estamos dispuestos a decidir J cada vez que P sea el caso. Duarte sobre este punto indica que estamos dispuestos a decidir J cada vez que P sea el caso y no haya información sobre ninguna otra circunstancia relevante. Sobre este punto el autor propone una categoría: *ceterisignotis*, esto es, todo lo demás desconocido o no está probado. Tomado ello en consideramos, una regla sin excepciones se traduce en: *ceterisignotis*, si P es el caso, entonces está justificado decidir J a favor del demandante⁶⁶.

Esta descripción de lo que hacemos al considerar una regla sin excepciones implica estar de acuerdo con una de estas dos ideas: i) debemos creer que no hay más hechos relevantes que puedan posiblemente ocurrir, esto es, no hay otra circunstancia o conjunto de circunstancias Q que puedan posiblemente ocurrir que nos puedan llevar a mantener que, *ceterisignotis*, si P y Q, entonces J no sería una decisión justificada; o ii) debemos creer que está justificado, considerando todas las cosas, descartar, de antemano, cualquier hecho adicional posible que pueda ocurrir en el caso particular⁶⁷. A la conjunción de los expuesto en i) y ii) llamémosle conjunto A.

Con estas premisas y herramientas veamos cómo funciona una regla con excepciones implícitas. Tenemos la siguiente expresión de la regla: «Si P está probado, entonces está justificada la decisión J, a menos que...». El fragmento «a menos que...» es entendido como que el juez está autorizado para identificar circunstancias en casos particulares como excepciones que operan para resolver esa controversia⁶⁸.

En un caso se prueban diversas proposiciones, incluida proposiciones ajenas a P. Siguiendo la nomenclatura de Duarte, en un caso se prueba un conjunto de proposiciones P+, esto es, las proposiciones P y todas aquellas otras proposiciones. El tema de fondo es qué efecto pueden tener

⁶⁵ Ibídem, p. 171.

⁶⁶ Ibídem, p. 171.

⁶⁷ Ibídem, pp. 171-172.

⁶⁸ Ibídem, p. 172.

este resto de proposiciones sobre P. Resaltado ese punto, analicemos las ideas implicadas la idea de que el juez está autorizado para identificar circunstancias en casos particulares como excepciones.

La creación de excepciones implica un análisis evaluativo de las circunstancias relevantes. Esto quiere decir que el aplicador del derecho valora si decidir J estará justificado o no, en vista de todas las proposiciones probadas dentro del caso, es decir P+, tomando en cuenta un criterio evaluativo (Duarte lo llama estándar S para efectos de representación)⁶⁹.

De esta manera, una norma sin o con excepciones parte de una elección: de asumir A o negar A⁷⁰. Negar A conlleva a que los aplicadores del derecho puedan clasificar hechos como excepciones, siempre que tenga ello justificación de una evaluación de estos en vista del criterio evaluativo. Es decir, aplicar el estándar S a P+ y en caso el resultado sea que no es correcto tomar la decisión J, entonces hemos de considerar que alguna de las proposiciones probadas sea calificada como D (en específico, aquella proposición que genera la contradicción con el estándar S).

El escenario que pretende abordar Duarte, como bien señala, es el caso en el que la decisión de negar A puede ser descrita así: Si P es probado, está justificado decidir J, a menos que: i) el aplicador del derecho piense que, *ceterisignotis*, decidir J en el supuesto de que P+ contraviene el estándar S; y ii) esta evaluación pueda ser consistentemente aceptada por alguien que crea que, *ceterisignotis*, al emitir J si P fuera el caso, ello no contravendría el estándar S⁷¹.

Tanto i) como ii) son los puntos precisos sobre cómo identificar excepciones implícitas en la teoría de Duarte. Ambos se dan en el caso que el conjunto de proposiciones P+ incluya un hecho adicional a P que sea considerado relevante por el aplicador del derecho para hacer una diferencia. Este hecho, como habíamos señalado antes, será el que sea calificado como D.

⁶⁹ Ibídem, p. 173.

⁷⁰ Ibídem, p. 174.

⁷¹ Ibídem, p. 176.

III. Conclusiones

La aproximación a la *derrotabilidad* desde Schauer, Guastini y Duarte nos muestra que esta noción puede estar predicando cosas distintas. De esta forma, discutir sobre la *derrotabilidad* o emplear la *derrotabilidad* requiere de precisión y aclaración en cada sentido empleado.

Rol del Tribunal Constitucional peruano en materia laboral y previsional

 LEOPOLDO GAMARRA VÍLCHEZ*

Sumario

I. Introducción. **II.** Antecedentes: creación del Tribunal de Garantías Constitucionales. 2.1. Los grandes cambios de la década de 1970. 2.2. El paso del Tribunal de Garantías Constitucionales al Tribunal Constitucional. 2.3. Naturaleza y rol del Tribunal Constitucional. **III.** El contexto que determinó la jurisprudencia del TC en materia laboral y social. 3.1. La década de 1990 y lo mucho que ha cambiado en el mundo. 3.2. La reforma laboral de 1991. **IV.** Criterios jurídicos garantistas utilizados por el Tribunal Constitucional. 4.1. En derechos laborales de carácter individual. 4.2. En derechos de carácter colectivo. 4.3. En materia de derechos laborales de carácter procesal. 4.4. En derechos de seguridad social. **V.** A manera de conclusión.

393

Resumen

La creación del Tribunal Constitucional en el Perú no cuenta con mucho tiempo de funcionamiento. El TC tiene como antecedente la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales en un contexto muy especial, por la Constitución de 1979, que entró en funciones en 1982. Con la Constitución de 1993 se precisaron sus funciones; así, en nuestro sistema jurídico, recién desde el 2000 contamos con sentencias relevantes del TC en defensa de la constitucionalidad de los derechos fundamentales de los ciudadanos, especialmente de los derechos laborales y previsionales. De este modo, en el presente artículo se pretende desarrollar el rol del TC en materia laboral y previsional, específicamente en los derechos fundamentales de carácter individual, colectivo, procesal y seguridad social, como partes sustanciales del Derecho del Trabajo.

* Coordinador de la Maestría de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, profesor en la Universidad San Martín de Porres y profesor visitante de la Universidad Privada de Piura.

Palabras clave

Tribunal Constitucional - Derecho del Trabajo - Derecho Previsional.

Abstract

The creation of the Constitutional Court, in Peru, does not have much operating time. The TC has as background the creation of the Court of Constitutional Guarantees in a very special context by the Constitution of 1979, which came into office in 1982. With the Constitution of 1993 its functions were specified; thus, in our legal system, since 2000, we have received relevant judgments from the Constitutional Court in defense of the constitutionality of the fundamental rights of citizens, especially labor and social security rights. In this way, this monograph aims to develop the role of the TC in labor matters, specifically in the fundamental rights of individual, collective, procedural and social security as substantial parts of Labor Law.

Keywords

Constitutional Court - Labor Law - Social Security Law.

I. Introducción

En nuestro país, el Tribunal Constitucional (en adelante TC) no tiene mucho tiempo de funcionamiento. Como sabemos, este organismo tiene como antecedente al Tribunal de Garantías Constitucionales (en adelante TGC), el cual fue creado en un contexto muy especial, por la Constitución de 1979 y entró en funciones en 1982. Posteriormente, con la Constitución de 1993 se precisaron sus funciones. Por tal motivo, en nuestro sistema jurídico, recién desde el año 2000 contamos con sentencias relevantes del TC en defensa de la constitucionalidad de los derechos fundamentales de los ciudadanos, dentro de los cuales se hallan los derechos laborales y previsionales, materia del presente artículo.

El presente artículo pretende desarrollar el rol del TC en materia laboral, específicamente en lo relativo a los derechos fundamentales de carácter individual y colectivo, como partes sustanciales del derecho del trabajo, así como de los derechos previsionales de los trabajadores en general.

El contenido del artículo se organiza en cuatro partes: en la primera parte se desarrolla la creación del Tribunal Constitucional a fines de la

década del setenta, en el contexto de grandes cambios económicos y sociales. En la segunda, se analiza la jurisprudencia del TC en materia de derechos laborales, especialmente a partir del año 2000. En la tercera, se muestran los criterios garantistas laborales utilizados por el TC, especialmente los más importantes en materia de derechos individuales y colectivos. Finalmente, en la cuarta parte señalaremos algunas ideas a modo de conclusión.

II. Antecedentes: creación del Tribunal de Garantías Constitucionales

En el Perú, la década del 70 marcó fuertemente la coyuntura de los años posteriores. Así, los cambios económicos y sociales, con todos sus problemas e insuficiencias, determinaron su cumplimiento a través de reivindicaciones sociales concretas que se plasmaron en la Constitución de 1979. Además, en la propia Constitución se crearon mecanismos jurídicos para garantizar su aplicación, como por ejemplo la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales¹. Por ello, en el presente artículo abordaremos dichos cambios como contexto de la creación del TGC. Cabe destacar que el Tribunal Constitucional se crea posteriormente, en la década del 90, por lo que también se analizará su naturaleza y rol en la última parte de la presente sección.

395

2.1. Los grandes cambios de los años 70

Los años 70 fueron marcados por la coyuntura de los 60. Existía la necesidad de grandes cambios así como un manifiesto rechazo a la situación social existente entonces, pues se sostenía que la situación social debía transformarse para que la justicia pudiera realizarse en el país². En términos políticos, «la revolución de las Fuerzas Armadas» del general Juan Velasco Alvarado fue un proceso de cambios autoritarios, pero socialmente democratizantes.

Ese proceso tuvo su máxima expresión en el período de 1968-1975, porque se puso término a la oligarquía como forma de dominación política

¹ Como órgano de control de la Constitución (Art. 296) y con facultad para declarar la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes, decretos legislativos, normas regionales, etc. (Art.298).

² A nivel internacional, el año 1968, por ejemplo, fue un año simbólico en la aparición de hechos o proyectos alternativos de vida. Así, tenemos el mayo francés, el movimiento hippie y la revuelta de Praga contra el régimen pro-soviético. La impresión era que un mundo nuevo estaba surgiendo como un proceso de liberación humana.

y social, lo que permitió llevar a cabo una estrategia de desarrollo por medio de una política de sustitución de importaciones. Ello significó una importante alteración social y económica: «el proyecto militar se proponía, de manera general, combinar la acumulación capitalista del Estado y la del sector privado a fin de ampliar, profundizar y homogeneizar el mercado interno, con la consiguiente integración económica y social»³.

Así, el trabajo fue promovido como derecho, dignidad y deber de todo ciudadano. De este modo, se aprobaron importantes dispositivos legales que modificaron sustancialmente la legislación laboral⁴ con «relaciones laborales justas que compatibiliza[ban] la dignidad, seguridad y bienestar del trabajo con la eficiencia del centro de trabajo y el desarrollo socio-económico del país»⁵. Luego, en el año de 1975, las propias Fuerzas Armadas depusieron a Velasco y prepararon el retiro de los militares del gobierno con las elecciones para la Asamblea Constituyente de 1978, en donde se aprobó la nueva Constitución de 1979⁶.

2.2. El paso del Tribunal de Garantías Constitucionales al Tribunal Constitucional

396

El TGC fue creado, en un contexto muy especial, por la Constitución de 1979 y entró en funciones en 1982. Logró protagonismo político entre agosto de 1991 y marzo de 1992 al declarar inconstitucionales los Decretos Legislativos 650, 651, 674 y la Ley 25334, cuyos temas de fondo eran la liberalización económica en oposición a la Constitución de 1979.

El 5 de abril de 1992, con el autogolpe de Estado de Alberto Fujimori, se cerró el TGC. De este modo, durante varios años no se contó con el control constitucional necesario. Es decir, si bien con la nueva Constitución de 1993 se creó el TC, este no entró en vigencia hasta 1995 y ello «debido a la falta de promulgación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (...), a la falta de nombramiento de los magistrados y a la

³ Julio COTLER, *Democracia e integración*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 1980, p.51.

⁴ Así, tenemos importantes normas como el Decreto Ley 18471, del 10 de noviembre de 1970, sobre estabilidad laboral para el régimen privado. En materia colectiva, se dictaron medidas que buscaban su modernización, especialmente sobre negociación y convención colectiva.

⁵ GOBIERNO REVOLUCIONARIO DE LA FUERZA ARMADA DEL PERÚ, *Plan de Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada. Plan Inca*, Lima, Ed. C.L. Cabrera V., 1974, p. 28.

⁶ En los años 80 se vivió un clima de violencia política iniciada con fanatismo por Sendero Luminoso, que tuvo una respuesta también violenta y con frecuencia indiscriminada de las Fuerzas Armadas.

expedición de una ley orgánica de garantías constitucionales»⁷.

Además, es interesante recordar que en «los primeros anteproyectos elaborados por el Congreso Constituyente Democrático (CCD) en 1993, no se incorporó al Tribunal Constitucional, sino solo a partir del debate en el pleno de CCD, encargado de la aprobación final del texto constitucional a ser puesto a votación para referéndum. Esto puso en evidencia dos cosas: por un lado, la intención de la mayoría parlamentaria fujimorista de que la Corte Suprema asumiera la función de jurisdicción constitucional en los primeros proyectos y, por otro lado, que al gobierno no le era funcional la existencia de un Tribunal Constitucional autónomo, que se encargase del control constitucional del poder, sino más bien un dócil Poder Judicial que asumiera la tarea de controlar judicialmente a los poderes públicos»⁸.

2.3. Naturaleza y rol del Tribunal Constitucional

En la doctrina constitucional, los órganos encargados de la constitucionalidad tienen una naturaleza binaria: jurídica y política. Así, en el caso peruano, el TC ha señalado que «dada su condición de supremo intérprete, sustenta la validez funcional de su actuación justamente en la naturaleza de la Constitución. Desde el punto de vista estructural y funcional, la Constitución es la norma que fundamenta el sistema jurídico y político»⁹.

397

En tal sentido, el rol del Tribunal se plasma de dos modos: como regulador, cuando se dirimen conflictos en general, y como legislador «negativo», cuando se declara fundada una inconstitucionalidad. Y el elemento político queda patentizado, en su esfuerzo para preservar el orden constitucional y los derechos y las libertades ciudadanas. En ese contexto, opera «como un poder moderador y corrector de los excesos o incurias funcionales de los poderes constituidos»¹⁰.

Por otro lado, el TC peruano determinó también la tipología y

⁷ César LANDA ARROYO, «Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional: el caso peruano», en *Revista Pensamiento Constitucional*, vol. 2, Núm. 2, 1995, p. 79.

⁸ *Ibidem.* p. 78.

⁹ STC 0050 - 2004 y otros AI/TC - 2005.

¹⁰ Víctor GARCÍA TOMA, «El Tribunal Constitucional: la interpretación constitucional y las sentencias manipulativas - interpretativas normativas», en *Revista Laborem*, núm. 5, 2005, p. 17.

los efectos de la jurisprudencia constitucional¹¹. Así, se establece dos clasificaciones: la primera comprende las sentencias de especie y de principio; la segunda, las sentencias estimativas (que pueden ser de simple anulación, interpretativas propiamente dichas e interpretativas manipulativas), y las sentencias desestimativas (que pueden ser por rechazo simple o por sentido interpretativo).

De la mencionada clasificación debemos resaltar las sentencias de principio, que son las que determinan propiamente la jurisprudencia constitucional, en tanto interpretan el alcance y el sentido de las normas constitucionales y constituyen los precedentes vinculantes. Estas sentencias se refieren a temas relevantes para el país como interés colectivo para la convivencia pacífica.

III. El contexto que determinó la jurisprudencia del TC en materia laboral y social

A inicios de los 90, el país ingresó a un nuevo momento histórico, a un nuevo tiempo de problemas y profundos cambios económicos, sociales y políticos, muy diferentes a los años anteriores. Por ello, es necesario referirnos a los cambios de la década de los 90, especialmente a la reforma laboral, para explicar luego en qué consiste la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional.

398

3.1. Los noventa y lo mucho que ha cambiado en el mundo

A fines de los 80, en el mundo se argumentó que el Estado generaba gastos improductivos y se planteó retornar al Estado garante del libre mercado, sosteniendo que, en la medida que se haga a un lado, la economía funcionará mejor; se «prop[uso] la universalización de las leyes económicas, la exigencia de la internacionalización de las economías para la modernización de las sociedades¹²; y el libre juego de las leyes de la competencia y el proceso de la privatización de empresas públicas»¹³.

¹¹ STC 004 - 2004 - CC/TC.

¹² Oscar UGARTECHE, *El falso dilema, América Latina en la economía global*, Lima, Fundación Friedrich Ebert - FES, 1997, p. 20.

¹³ Como implementación de las políticas del Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y la Organización Mundial del Comercio, inspiradas en el Consenso de Washington, como un listado de políticas económicas considerados durante los años noventa, descritos. Véase: Joseph STIGLITZ,

Con la globalización económica llegaron al mercado mundial nuevas culturas empresariales, nuevas *savoir faire* y nuevas escuelas¹⁴ de organización, lo que significó la flexibilización del mercado de trabajo en cuanto a la producción de bienes y servicios. Es decir, esa flexibilización se desarrolló paralelamente al proceso de globalización económica, afectando ambos el funcionamiento de los Estados nacionales, las empresas y los sindicatos¹⁵.

El fenómeno que empezó en América Latina con el neoliberalismo como ideología y formación socioeconómica, fue extremo; propiamente fue desregulación o desreglamentación, lo que suponía «una drástica reducción de niveles de protección legal, e incluso colectiva, con supresión de normas, para conseguir que las condiciones de trabajo se fijen con el libre acuerdo de las partes, retornando al juego del mercado de trabajo.

En el fondo, lo que late en la desregulación es un deseo de volver a los orígenes, el retorno a los viejos dogmas de la doctrina liberal pura; «(...) la desregulación supone poner en duda los principios mismos del Derecho del Trabajo. La desregulación requiere en alguna medida y de forma paradójica la intervención estatal, a través de las leyes que se limiten a asegurar el libre juego de la autonomía individual»¹⁶.

399

Un importante estudio de la OIT sobre el tema, dirigido por María Luz Vega¹⁷, señala que en Argentina y el Perú las reformas han sido las más profundas y han tenido un carácter marcadamente flexibilizador; asimismo, se puede observar en el siguiente cuadro la orientación de las reformas laborales en otros países de América Latina

El malestar en la globalización, Madrid, Taurus, 2002.

¹⁴ Además del modelo alemán en las décadas del 70 y 80 tuvieron notoriedad los modelos italiano, sueco y japonés. Pero en todos significaba flexibilización laboral que ha llevado a una redistribución más inequitativa del producto y de los sistemas de producción.

¹⁵ En cuanto a la evolución y tendencias de las relaciones de trabajo en Europa frente a la crisis, a la reestructuración económica y la globalización, ver el libro: Georges SPYROPOULOS, *La relación del trabajo en Europa: tendencias actuales y perspectivas futuras*, Buenos Aires, Asociación Trabajo y Sociedad, 1997. Y para América Latina, como texto general: Andrés PÉREZ BALTODANO, *Globalización, ciudadanía y política social en América Latina: tensiones y contradicciones*, Caracas, Nueva Sociedad, 1997.

¹⁶ Ángel BLASCO, *La individualización de las relaciones laborales*. Madrid, Centro de Estudios Sociales, 1995, pp. 31 - 32.

¹⁷ María Luz VEGA RUIZ, *La reforma laboral en América Latina. Un análisis comparado*, Lima, Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe, 2001, p. 248.

Orientación general de las reformas laborales en América Latina

Reformas profundas	Reformas menos extensas en perspectiva	Reformas flexibilizadoras de menor corte	No se aplicaron reformas pero sí cambios con tendencia flexibilizadora
Argentina Perú	Brasil Colombia Panamá	Chile Ecuador Guatemala Nicaragua República Dominicana Venezuela	Bolivia Honduras México Uruguay El Salvador Paraguay

Elaboración: Propia

400

En la década de los 80, la situación laboral en el Perú se agravó con la implantación de una economía profundamente excluyente en cuyo escenario se produjo un proceso de hiperinflación pulverizando todos los registros¹⁸. Además, «el fenómeno de la violencia política se entrelazó desde inicios de los 80 creando complejas situaciones que acentuaron los efectos de la crisis económica»¹⁹. El resultado fue el debilitamiento y desaparición de muchas organizaciones sindicales, en momentos que estas atravesaban por una crisis ideológica, organizativa y de representación.

3.2. La reforma laboral flexibilizadora

La reforma laboral flexibilizadora iniciada en 1991 en el Perú abarcó cuatro ámbitos fundamentales: derechos individuales, derechos colectivos, normas procesales y dispositivos sobre seguridad social, a través de medidas que han modificado la relación entre trabajador y empleador hacia un nuevo Derecho del Trabajo y una nueva Seguridad Social.

¹⁸ Jürgen SCHULDT, *Política económica y conflicto social*, Lima, Universidad del Pacífico, 1980. También: Henry PEASE, *Un perfil del proceso político: a un año del segundo belandismo*, Lima, Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo Desco, 1981.

¹⁹ Nelson MANRIQUE, *El Tiempo del Miedo, la violencia política en el Perú 1980 - 1996*, Lima, Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2002, p. 260.

Y en 1993, luego de la interrupción del régimen democrático, se adoptó una nueva Constitución Política que reguló sensiblemente a la baja los derechos laborales y sociales respecto a la Constitución de 1979. Ello es interpretado en los análisis que conforman la bibliografía del tema como «producto de un esfuerzo deliberado del Estado que establece de una vez para siempre un cuerpo de provisiones coherentes, de acuerdo con las cuales y por las cuales su gobierno se ha de establecer y regir»²⁰.

En materia de derechos individuales, se reformó la institución central del Derecho Laboral: el contrato de trabajo, que es de donde provienen todos los derechos de los trabajadores. Ello explica por qué el epicentro de la reforma fue el contrato de trabajo²¹. Y su principal efecto fue la multiplicidad de formas de contratación temporal, con requisitos legales tan amplios que permiten su utilización casi en cualquier circunstancia. Esta temporalidad es entendida como precariedad en el empleo, tanto porque aumenta la incertidumbre en los trabajadores como porque «introduce un elemento de ineficiencia en la relación laboral, ya que el trabajador empleará parte de su tiempo (y de su capacidad productiva) en protegerse ante una posible terminación del contrato»²².

Así, en cuanto a formas de contratación, el Perú pasó a tener uno de los mercados de trabajo más flexibles del ámbito latinoamericano. El paso de un mercado laboral rígido a un mercado laboral flexible fue posible como resultado de la aplicación de la Ley de Fomento del Empleo (Decreto Legislativo 728 de noviembre de 1991 y sus modificaciones). Esto provocó que el desempleo se agravara no para quienes querían trabajar por primera vez, sino como el resultado de la rotación y el intento de regresar de quienes

²⁰ James BRYCE, *Constitución flexible y constitucionales rígidas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p.7.

²¹ Por otro lado, la flexibilización del salario tuvo dos orígenes: uno de carácter micro y otro macro. El primero, derivado de la puesta en práctica de nuevas formas organizativas que no se corresponden con la segmentación del trabajo que caracterizó el sistema *tayloristafordista* que permitía asignar la remuneración de acuerdo a un puesto de trabajo determinado. El segundo, los nuevos sistemas de remuneración, de carácter macro, es el que está teniendo mayores consecuencias sobre los ingresos de los trabajadores. La internacionalización de los mercados, como parte de la globalización de la economía, ha conducido a que la expansión de los aparatos productivos se haga en función del mercado externo, rompiéndose, por tanto, la relación que existía anteriormente entre salario y consumo.

²² Cecilia GARAVITO, *Intervención del Estado en el mercado de trabajo: Ley de Fomento del Empleo. Documento de trabajo 125*, Lima, Departamento de Economía de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, p. 18.

ya habían tenido experiencia, porque los contratos tienen poca duración.

En cuanto a los derechos colectivos, podemos señalar que, como resultado de la reforma laboral, se produjo el debilitamiento y desaparición de muchas organizaciones sindicales, en momentos que estas atravesaban por una crisis ideológica, organizativa y de representación. Esto fue efecto de la aplicación del Decreto Ley 25593, del 2 de julio de 1992, que establecía limitaciones a la libertad sindical. En cuanto a la huelga, durante el periodo estudiado estas disminuyeron ostensiblemente. Sin embargo, la conflictividad ha estado latente, sin manifestarse, por el cambio de reglas de las relaciones laborales²³.

Respecto a la administración de la justicia laboral, la reforma no ha logrado superar el problema de la autonomía procesal. Con la Ley 26636, del 24 de junio de 1996, se ha retornado a las normas civiles a pesar de que el procedimiento laboral debe responder a otros criterios así como contar con principios propios. Si bien el procedimiento laboral tiene, en gran parte, similitud con el procedimiento común, se debe excluir la utilización de normas civiles, porque en el procedimiento civil no se encuentra tan desarrollado tanto el aspecto social como en el laboral. En enero del 2010 se aprobó la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497, que derogó la anterior.

402

Finalmente, el 6 de diciembre de 1992 se creó el Sistema Privado de Pensiones (SPP), mediante el Decreto Ley 25897, con la finalidad de contribuir al desarrollo y fortalecimiento del sistema previsional en el país²⁴. El SPP surge como una alternativa al Sistema Nacional de Pensiones (SNP), de tal forma que el trabajador pueda decidir si desea permanecer en el SNP o afiliarse al SPP²⁵. Sin embargo, los costos hundidos de tipo endógeno han llevado a encarecer el servicio²⁶, debido a que estos gastos constituyen

²³ FRANCISCO ERCILIO y KONRAD VALLADARES, *Desregulación y discriminación en las relaciones laborales, los sectores textiles, confecciones y agroexportador en el Perú 1978-2011*, Lima, Centro de Asesoría Laboral del Perú Cedal, 2013.

²⁴ LUIS APARICIO VALDEZ, «Informe especial sobre el Sistema Privado de Pensiones», en *Revista Análisis Laboral*, vol. XXV, núm. 283, enero 2001.

²⁵ El Perú fue el segundo país en la región, después de Chile, en crear un SPP.

²⁶ Un sistema pensionario depende fundamentalmente de varios factores de orden estructural: la composición de edades (esperanza de vida), el funcionamiento de sus mercados laborales, el tamaño de la fuerza laboral activa y sus niveles de productividad y salario, así como la cuantía de la cotización y la existencia efectiva de una planilla con beneficios sociales.

la principal fuente de diferenciación ante una inexistente competencia de precios que llevó a una reforma el año 2012 con la Ley 29903, Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones.

IV. Criterios jurídicos garantistas utilizados por el Tribunal Constitucional

La jurisprudencia constitucional ha tenido y tiene un rol activo. Esta labor ha salido a relucir en la justicia constitucional impartida por nuestro Tribunal Constitucional, el cual ha destacado desde el inicio de su funcionamiento institucional. Como supremo intérprete de la Constitución y defensor de los derechos consagrados en la Constitución, comprende en su texto a los derechos del trabajo. Así, en las últimas décadas ha sido el Tribunal Constitucional quien ha dictaminado criterios garantistas que han modificado en gran parte las disposiciones con carácter flexibilizador que contienen nuestras leyes laborales. Corresponde ahora efectuar una visión breve y panorámica sobre los criterios garantistas utilizados por el Tribunal Constitucional en los precedentes vinculantes específicos sobre los derechos laborales en el ordenamiento peruano.

403

Cabe señalar que el precedente constitucional vinculante «es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga»²⁷. De ahí la importancia de los precedentes en cuanto a los efectos similares que tiene una ley. El propio TC peruano señala cuáles son los precedentes vinculantes en materia laboral y previsional²⁸.

4.1. En materia de los derechos fundamentales laborales de carácter individual

Los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos no solo abarcan el listado del artículo 2 de nuestra Constitución, sino todos

²⁷ Domingo GARCÍA BELAUNDE, *Diccionario de jurisprudencia constitucional*, Lima, Grijley, 2009, p. 456.

²⁸ Aunque, algunos autores, consideran críticamente que, en el caso laboral, el Tribunal Constitucional ha tomado un rol legislador, tanto en derechos individuales como colectivos. Esto desbordaría sus atribuciones.

aquellos derechos de la persona consagrados en instrumentos internacionales (Tratados, Declaraciones, etc.) de los que el Perú forma parte; todos los cuales pueden ser considerados derechos con rango constitucional en nuestro ordenamiento jurídico. Más aun, el artículo 3 de nuestra Constitución extiende el rango constitucional no solo a los derechos expresamente reconocidos en su artículo 2, sino también a todos los demás derechos fundamentales contenidos en otros instrumentos (entiéndase tratados) obligatorios para el Perú²⁹.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que «(...) en materia de derechos fundamentales, las normas que los reconocen, regulan o limitan deben interpretarse de conformidad con los tratados sobre derechos humanos (...) [lo cual] no solo es una exigencia que se deriva directamente de la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, sino también del hecho de que los tratados, una vez ratificados por el Estado peruano, forman parte del derecho nacional»³⁰.

Incluso el Tribunal Constitucional considera la supremacía del Tratado de Derechos Humanos: «(...) podría argumentarse que este papel rector o delimitador de los tratados sobre derechos humanos, para efectos de la interpretación del contenido y alcances de los derechos constitucionales, los colocaría en una suerte de rango o posición supraconstitucional»³¹. Por otro lado, la Convención de Viena, sobre derechos de los Tratados, en su artículo 27 establece que los Estados no pueden plantear excusas sobre la base de limitaciones de su normatividad interna para dejar de cumplir con los tratados: «(...) no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado». La Corte Interamericana, en ese sentido ha fijado posición, llegando a señalar que ni siquiera la normatividad de la Constitución del Estado debe ser motivo para no cumplir con las obligaciones de los Tratados de Derechos Humanos: «(...) Según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe³² y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho

²⁹ Fabián NOVAK, *La Constitución Comentada. De los Tratados*, Lima, Gaceta Jurídica, 2005, p.766.

³⁰ STC 1230-2002-HC/TC

³¹ *Ibidem*.

³² El artículo 26 señala «*Pacta sunt servanda*». Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser

interno (...) aun tratándose de disposiciones de carácter constitucional»³³. Por ello, el TC en estas dos últimas décadas prácticamente reformó casi todos los derechos fundamentales laborales de carácter individual, como se puede observar en el cuadro. (ver cuadro 2, *infra*).

En el presente trabajo nos limitaremos a tratar los cambios emblemáticos que realizó el TC en cumplimiento de su rol fundamental, que se centra en resolver las acciones de inconstitucionalidad contra las normas legales.

En ese sentido, rescatamos en primer lugar, la figura del despido. Ello se aprecia en la STC 1124-2001-AA/TC, de fecha 11 de julio del 2002, en el caso promovido por el Sindicato Único de Trabajadores de Telefónica del Perú y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A., contra Telefónica del Perú S.A. y en el llamado caso Huasco, recaído en la STC 976-2001-AA/TC, de fecha 13 de marzo del 2003. En ambas sentencias se fijaron principios y clases del despido. Con ello se configuraron los despidos incausado, fraudulento y nulo, dejando de lado el denominado despido arbitrario, con el fundamento que señaló que en ningún sistema democrático se podría concebir un acto arbitrario.

405

Estos casos emblemáticos tuvieron también serias críticas. La más reciente fue hecha por Miguel Jaramillo, investigador del Grupo de Análisis para el Desarrollo (Grade). En dicho estudio, se señala como causa principal de la crecida de contratos determinados en nuestro país la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el despido arbitrario³⁴. En él se afirma que «en el año 2015, dicho fallo habría costado la creación de poco más de 900 mil empleos con contratos indefinidos, que terminaron siendo temporales ante la imposibilidad práctica de despedir»³⁵. Es decir, la temporalidad se ha convertido en un problema relevante puesto que, con mayores garantías constitucionales para proteger el despido de trabajadores, los empleadores se encuentran obligados a usar los contratos temporales.

cumplido por ellas de buena fe.

³³ Opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 09/12/94, Párrafo 35.

³⁴ Disponible en: <https://elcomercio.pe/economia/peru/existen-contratos-temporales-pe-ru-noticia-480467> [Consultado el 20 de diciembre de 2018].

³⁵ Miguel JARAMILLO BAANANTE, *Crecimiento y segmentación del empleo en el Perú, 2001-2011*. Lima, Grade.

Cuadro 2

Sentencias sobre derechos fundamentales laborales de carácter individual

Carácter	Derecho	Sentencias
DERECHOS FUNDAMENTALES LABORALES DE CARÁCTER INDIVIDUAL	Libertad de Trabajo	EXP. 0008-2003-AI/TC, Fund. 26 EXP. 0661-04-AA/TC, Sentencia
	Derecho al Trabajo	EXP. 0008-2005-AI/TC, Fund. 18 EXP. 1124-2001-AA/TC, Fund. 12
	Derecho a la igualdad y no discriminación en el trabajo	EXP. 0008-2005-PI/TC, Fund. 23 EXP. 2510-2002-AA/TC, Sentencia EXP. 01875-2006-PA/TC, Sentencia EXP. 1124-2001-AA/TC, Fund. 11 EXP. 0666-2004-AA/TC, Sentencia EXP. 0217-2004-AA/TC, Sentencia EXP. 0895-2001-AA/TC, Sentencia
	Los derechos laborales inespecíficos	EXP. 1124-2001-AA/TC, Fund. 7 EXP. 2129-2006-PA/TC, Sentencia EXP. 2868-2004-AA/TC, Sentencia EXP. 0895-2001-AA/TC, Fund. 6 EXP. 1058-2004-AA/TC, Fund. 18 y 19 EXP. 1729-2003-AA/TC, Sentencia
	Jornada de Trabajo	EXP. 4635-2004-AA/TC, Sentencia EXP. 4169-2004-AA/TC, Fund. 6 EXP. 4635-2004-AA/TC, Fund. 17 EXP. 4635-2004-AA/TC, Fund. EXP. 4635-2004-AA/TC, Fund. 42 EXP. 4635-2004-AA/TC, Sentencia
	Remuneración	EXP. 2382-2003-AA/TC, Sentencia EXP. 4188- 2004-AA/TC, Sentencia EXP. 2906-2002-AA/TC, EXP. 3428- 2004-AA/TC, Sentencia EXP. 3331-2003-AA/TC, Sentencia EXP. 3172-2004-AA/TC, Sentencia EXP. 1773-2002-AA/TC, Sentencia
	Protección contra el despido	EXP. 3275-2003-AA/TC, Fund. 3, 4 y 5 EXP. 1124-2001-AA/TC, Sentencia EXP. 0976-2001-AA/TC, EXP. 2158- 2006-PA/TC, EXP. 0976-2001-AA/ Fund. 15 EXP. 3388-2004-AA/TC, Fund. 6 EXP. 1058-2004-AA/TC, Sentencia EXP. 3311-2005-AA/TC, Fund. 16

Fuente: Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral, Tribunal Constitucional del Perú, Centro de Estudios Constitucionales.

Ante estas afirmaciones debemos de tener en cuenta que la temporalidad es un fenómeno que se acrecentó con la incorporación de los contratos sujetos a modalidad por parte del D. Leg. 728. Desde ahí, el uso de estas modalidades ha tenido un crecimiento constante.

4.2. En materia de los derechos fundamentales laborales de carácter colectivo

El artículo 28 de la Constitución peruana de 1993 reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga³⁶. Además, en el mismo artículo, inciso 1, se establece que el Estado garantiza la organización sindical. Es decir, el Estado debe fomentar, promover, impulsar y proteger el ejercicio democrático de la libertad sindical; entonces, el Estado debe tener un rol activo con relación a la organización sindical. En razón a esto, se aprecian similitudes con respecto al texto de la Constitución española, en la cual se señala que «todos tienen derecho a sindicarse libremente (...). La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección»³⁷.

Sobre el particular la doctrina, de manera unánime, ha entendido que donde la Constitución reconoce el derecho a la libertad sindical, se impone una obligación de promoción, o sea, se ha interpretado en un sentido promocional que existe la responsabilidad del Estado de promover los derechos colectivos. De este modo, el Tribunal Constitucional peruano ha interpretado, en varias sentencias³⁸, que el derecho de la libertad sindical debe garantizarse conforme con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados internacionales ratificados por el Perú. Además, considerando la interdependencia de los derechos colectivos, el Tribunal Constitucional considera que el Estado debe fomentar la negociación colectiva basada en el Convenio 98 de la Organización Internacional del Trabajo.

³⁶ Al respecto, establece que «El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático (...)».

³⁷ Curiosamente es el mismo artículo 28 que la Constitución española y peruana utilizan para el reconocimiento de la libertad sindical.

³⁸ STC 1124-2001-AA7TC, STC 008-2005-PITC, STC 3311-2005-PATC, STC 0261-2003-AA7TC.

En ese sentido, «el fomento implica, entre otras acciones, que el Estado promueva las condiciones necesarias para que las partes negocien libremente, estando incluso llamado a realizar las acciones positivas que resulten necesarias para asegurar las posibilidades de desarrollo y efectividad de la negociación colectiva (...). Dado el caso, el Estado puede otorgar determinado plus de tutela, si ello se requiere para viabilizar la negociación; por ejemplo, cuando se establece el nivel de rama de actividad como el adecuado, de cara a posibilitar una verdadera negociación colectiva en el sector de construcción civil»³⁹.

En este caso también, el TC prácticamente reformó casi todos los derechos fundamentales laborales de carácter colectivo. (ver cuadro 3, *infra*).

Como en el párrafo anterior, solo trataremos los cambios emblemáticos. Nos referimos al derecho de negociación colectiva en el sector público, que comprende específicamente el arbitraje y la negociación colectiva de remuneraciones.

408

Como hemos señalado, en el caso del derecho a la negociación colectiva en general⁴⁰, el Tribunal Constitucional ha señalado los alcances de este derecho reconociendo el valor del Convenio 98 para respetar el contenido esencial de la negociación colectiva⁴¹

El artículo 4 del Convenio 98 constituye un principio hermenéutico fundamental al cual debe acudir para informarse respecto del contenido esencial de la negociación colectiva, tomando siempre en consideración que uno de sus fines principales es mejorar las condiciones de vida y

³⁹ Guillermo BOZA PRO, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Lima, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011, p.78.

⁴⁰ Este derecho «cumplió en el pasado y todavía cumple en la actualidad un rol importante en la regulación autónoma de las relaciones laborales, al establecer normas en aquellos ámbitos en los que no intervienen las normas heterónomas (...)» Leopoldo GAMARRA VÍLCHEZ, «*La negociación colectiva en el Perú: de la confrontación al diálogo social*», en *Diálogo y Concertación Laboral*, Revista del Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo, Año 2, núm 2, junio 2016, p. 31.

⁴¹ Este criterio fue asumido también por el Poder Judicial. En la Sentencia de la Tercera Sala Laboral de Lima del 31 de agosto de 2015 que declara infundada la impugnación del Laudo Arbitral 2013-2014 entre el SBN y el SINDICATO se afirma lo siguiente: «OCTAVO. Que, la demandante alega la imposibilidad de asumir los incrementos remunerativos y las condiciones de trabajo otorgadas a los trabajadores sindicalizados, en mérito a que las normas de carácter presupuestario los prohíben; sin embargo, conforme lo establece el artículo 28° de la Constitución Política del Perú (...); consecuentemente acceder a mejores condiciones de trabajo o incrementos remunerativos, a través de una negociación colectiva es un Derecho Constitucional de todo trabajador (...)» (Las cursivas son nuestras).

de trabajo de sus destinatarios. Por lo tanto, encontrándonos ante un derecho constitucional que debe fomentarse, promoverse o apoyarse, las restricciones a que se someta no pueden desnaturalizarlo ni afectar su contenido esencial: remuneraciones y condiciones de trabajo, y empleo y regulación de las relaciones entre los sujetos colectivos firmantes⁴².

Cuadro 3
Sentencias sobre derechos fundamentales laborales de carácter colectivo

Carácter	Derecho	Sentencias
DERECHOS FUNDAMENTALES LABORALES DE CARÁCTER COLECTIVO	Sindicación y libertad sindical	EXP. 0008-2005-PI/TC, Sentencia EXP. 1469-2002-AA/TC, Sentencia EXP. 0632-2001-AA/TC, Sentencia EXP. 3039-2003-AA/TC, Sentencia EXP. 1124-2001-AA/TC, Fund. 8
	Negociación Colectiva	EXP. 0008-2005-PI/TC, Fund. 29 EXP. 4635-2004-AA/TC, Fund. 39 EXP. 1370-2002-AA/TC, Sentencia EXP. 0785-2004-AA/TC, Sentencia EXP. 3039-2003-AA/TC, Fund. 1
	Huelga	EXP. 0008-2005-PI/TC, Sentencia EXP. 3311-2005-PA/TC, Fund. 18

Fuente: Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral, Tribunal Constitucional del Perú, Centro de Estudios Constitucionales.

Sin embargo, los trabajadores de entidades públicas bajo el régimen laboral de la actividad privada, que gozaban del derecho de negociar sus

⁴² STC 0261-2003-AA/TC, Fundamento jurídico 3.

condiciones económicas, se les prohibían la negociación colectiva en materia salarial con la Ley del Presupuesto General de la República y la Ley Servir, y solo se le reconocía derecho a la negociación colectiva de compensaciones no económicas y condiciones de empleo.

Con ello se desnaturalizó el contenido mínimo del derecho a la negociación colectiva y se generó una grave lesión al bloque de constitucionalidad de los derechos colectivos⁴³.

Además, según la OIT se estaría incumpliendo el Convenio 98 que se puede ampliar a los empleados públicos, otorgándoles oficialmente el derecho a participar en la determinación de sus condiciones de empleo, cuya negociación colectiva se menciona como una de las modalidades posibles.

El artículo 6 de las diversas leyes de presupuesto, como la Ley 30518, Ley del Presupuesto General de la República para el año fiscal 2017, prohibían los incrementos remunerativos para los servidores públicos. Dicho mandato o prohibición alcanzaba al fuero arbitral, y se trataba de restricciones o limitaciones graves del contenido salarial de la negociación colectiva. Asimismo, la Ley 30057, Ley del Servicio Civil (Servir) hacía lo mismo desde el año 2013⁴⁴.

Así, los funcionarios públicos y sus entidades solo podían negociar o arbitrar condiciones de trabajo; lo contrario significaría una violación de las normas presupuestales e implicaría responsabilidad para quien lo haga, pues al ser las normas presupuestales de orden público, específicamente, las que prohíben el incremento de remuneraciones, el acto jurídico por el cual se somete al tribunal arbitral la solución del conflicto es nulo, por lo que al tribunal arbitral le correspondería, en este supuesto, inhibirse del conocimiento del mismo.

⁴³ El artículo 28 de la Constitución establece que el Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga, cautelando su ejercicio democrático, garantizando la libertad sindical; fomentando la negociación colectiva y promoviendo medios de solución pacífica de los conflictos laborales; y, regulando el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social.

⁴⁴ Esta ley se orienta en el sentido de la competitividad, de la gestión por resultados, de una evaluación periódica y de una gestión de capacitación que permita dar continuidad a las políticas públicas.

Finalmente, los artículos 31.2, 40, 42, 43 e), 44 b) de la Ley del Servicio Civil (Ley 300057) y los artículos 66, 68, 76 y 78 de su Reglamento General, indicaban que la compensación mensual (remuneración mensual en las dos normas) de los servidores públicos no eran materia de negociación colectiva, y que solo podían negociar condiciones de trabajo o empleo que no fuesen de naturaleza económica; asimismo, que toda negociación que contravenía lo dispuesto sería nula de pleno derecho que de someterse la controversia a un arbitraje laboral, los árbitros se encontraban impedidos de pronunciarse sobre aquellas cuestiones de naturaleza económica.

En ese sentido, tanto la Ley Servir como su reglamento general, restringían desproporcionada y con carácter permanente la negociación colectiva; despojaban a la organización sindical y a los trabajadores que representa, del contenido esencial de su derecho a negociar materias salariales, en directa violación del bloque de constitucionalidad⁴⁵.

Pero, en la sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de setiembre de 2015, recaída en los expedientes 0003-2013-PI/TC, 0004-2013-PI/TC y 0023-2013-PI/TC, se señala que

411

81. Cuando los Estados atraviesan crisis económicas, financieras o períodos de austeridad es posible limitar el poder de negociación en materia de salarios. (...) **Estas limitaciones son constitucionales siempre que sean de naturaleza temporal y respondan a una situación real de urgencia**

83. (...) **las limitaciones indefinidas** o que impidan que en el futuro los trabajadores puedan negociar sus condiciones laborales, más allá del período previsto por la Ley restrictiva, **son**, en sí mismas, **inconstitucionales**.

90. (...) Y si bien las restricciones o prohibiciones a que se negocie el incremento de sus remuneraciones no son en sí mismas **inconstitucionales**, tal estatus jurídico-constitucional se alcanza **todas las veces en que la prohibición exceda los tres años, que es el lapso máximo para que una medida de esta naturaleza pueda prorrogarse**. [Las negritas son nuestras].

Asimismo, el Tribunal Constitucional, en la sentencia del Expediente

⁴⁵ Al respecto, puede verse en otro contexto el trabajo: Tomás SALAS FRANCO, «*La representación sindical de los funcionarios públicos en las administraciones públicas*», en Luis Enrique DE LA VILLA GIL e Ignacio GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN (coord.), *Los Sindicatos, homenaje al profesor Don Jaime Montalvo Correa con motivo de su jubilación*, Valladolid, Lex Nova- Thonsosn Reuters, 2004, pp.201-219.

2987-2015-0-5001-SU-DC-01, de fecha 6 de noviembre de 2015, pronunciada con posterioridad a la sentencia de inconstitucionalidad del artículo 6 de la Ley de Presupuesto del Sector Público para el ejercicio 2013, en su fundamento noveno señaló

Cabe precisar, que respecto a la prohibición de negociación colectiva para incrementos salariales de los trabajadores de la administración pública, el Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad acumulados (Expedientes N° 003-2013-PI/TC, 0004-2013-PI/TC y 0023-2013-PI/TC) (...), ha emitido Sentencia de fecha tres de setiembre de dos mil quince, declarando fundada en parte, por el fondo, las demandas de inconstitucionalidad interpuestas contra el artículo 6° de la Ley N° 29951, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, declarando la inconstitucionalidad de las expresiones «(...) beneficios de total índole (...) y (...) mecanismo (...)», en la medida que **no se puede prohibir de modo absoluto el ejercicio del derecho fundamental a la negociación colectiva en la Administración Pública, que implique acuerdos relativos a los incrementos remunerativos**, así como inconstitucionales, por la Forma del Segundo Párrafo de la Quincuagésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29812 y del Tercer Párrafo de la Quincuagésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951; en consecuencia; este agravio es infundado [Las negritas son nuestras].

412

Finalmente, en la sentencia del Tribunal Constitucional del 26 de abril de 2016, recaída en los expedientes 0025-2013-PI/TC, 0003-2014-PI/TC 0008-2014-PI/TC y 0017-2013-PI/TC, se declara inconstitucional las restricciones al derecho a la negociación colectiva de los servidores públicos, contenidas en la Ley 30057, Ley del Servicio Civil, señalando al respecto que

166. (...) no puede ser interpretado en el sentido de que se excluya la materia económica del ámbito de la negociación colectiva puesto que **la expresión «condiciones de trabajo y empleo» incluyen también los aspectos económicos de toda relación laboral**.

169. Asimismo, este Tribunal considera que la disposición legal objetada que prohíbe la negociación colectiva para mejorar la compensación económica, que permite su uso únicamente en el caso de las compensaciones no económicas, o que sanciona con nulidad la contrapropuesta o propuesta sobre compensaciones **económicas resultan inconstitucionales por contravenir el derecho a la negociación colectiva y el deber de su fomento**(...) [Las negritas son nuestras].

Como se aprecia de la lectura de los artículos referidos a la negociación colectiva en la Ley del Servicio Civil, no se establece un plazo determinado, que debería ser excepcional, para restringir las materias económicas del contenido negocial. Por el contrario, se planteaba la limitación como permanente y, por lo tanto, también fue declarado inconstitucional⁴⁶.

Es decir que, con el Pleno Jurisdiccional recaído en los expedientes 0025-2013-PI/TC; 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PI/TC, 0017-2014-PI/TC, que versó sobre la Ley de Servicio Civil, se desbarataron los límites a la negociación colectiva en el sector público que colocaba la citada norma en materia de incremento de remuneraciones.

Además, bajo una interpretación sistemática, indicó el Tribunal que, si bien expresamente no se señala la negociación colectiva como derecho en el artículo 42, refiriéndose a este grupo de trabajadores, este está reconocido por la esencia triangular del Derecho Colectivo del Trabajo, modificando así la norma y subrayando la petición al Congreso de la República a crear una norma que regule este proceso negocial. Cabe señalar que el plazo señalado al Legislativo ya se ha sobrepasado.

413

4.3. En materia de los derechos fundamentales laborales de carácter procesal

En el ámbito del proceso laboral en general «se reproducía el desequilibrio existente entre las partes contratantes en el contrato de trabajo, que se intentaba corregir por medio del derecho sustantivo»⁴⁷. Entonces, este nace de la necesidad de garantizar y plasmar los derechos sustantivos de los trabajadores en caso de ser desconocido, incumplido o conculcado. En esto radica su importancia cada vez mayor para los fines que se propone y las consecuencias que trata de evitar.

En ese sentido, el proceso laboral se concreta en el conjunto de normas, principios e instituciones que constituyen la legislación procesal, por cuyo medio el Estado, ejercitando su función jurisdiccional, administra

⁴⁶ Por ello, se puede inaplicar la parte pertinente de los artículos 31.2, 40, 42 y 44 b) de la Ley del Servicio Civil, por contravenir el derecho a la negociación colectiva consagrado constitucionalmente.

⁴⁷ Juan SAGARDO, *Prontuario del derecho del trabajo*, Madrid, Civitas, 2003, p. 823.

justicia laboral⁴⁸. De esta manera surge un nuevo Derecho Procesal que reúne determinadas características. Así, el proceso laboral tiene por objeto resolver los conflictos de trabajo mediante los órganos jurisdiccionales⁴⁹. Por ello, la importancia del proceso laboral es evidente. Pero el carácter protector de la ley sustantiva de trabajo, mientras tanto, se proyecta sobre el procedimiento e inspira el criterio hermenéutico adoptado por el juez, no solo al formularse la sentencia sino también al conducir el proceso⁵⁰.

Es decir, que el proceso en general vendría a ser un conjunto de reglas, formas y actos para la consecución de ciertos fines, fundamentalmente la solución de un conflicto a través del Derecho como categoría de la mediación social⁵¹. Recordemos que en general «la actividad mediante la cual se desarrolla en concreto la función jurisdiccional se llama proceso»⁵².

Por ello, hay que diferenciar entre proceso y procedimiento: el proceso es el todo organizado de actos; el procedimiento constituye tan solo la forma externa del fenómeno procesal, los modos con los cuales deben ser realizados y ordenados los actos que corresponden al proceso. Los actos procesales constituyen el procedimiento, cuyo conjunto recibe el nombre de proceso y que tiene como fin resolver el conflicto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional mediante un fallo. Entonces, se entiende «por procesos

⁴⁸ En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español se enfatiza ese carácter «(...) superando tendencias que creían que el Derecho Procesal era un conjunto de normas neutras y aisladas del Derecho sustantivo» (Sentencia del 25 de enero de 1983).

⁴⁹ Que reúne determinadas características. Podemos señalar:

- Es expresión del Derecho sustantivo (Derecho del Trabajo).
- Tiene como fuente de relación directa a los trabajadores, producto de los conflictos colectivos a través de la negociación y convención colectiva que constituyen normas vinculantes.
- Propugna la conciliación como solución equitativa a los conflictos de trabajo.
- Es antiformalista ya que propugna un proceso sencillo, simple y sin mayores formalidades.

⁵⁰ Intentando una definición del proceso laboral, puede decirse que es el conjunto de actos procesales que se desarrollan en forma progresiva, sistemática y teleológicamente, que son realizados por el juez y las partes en cumplimiento de las normas procesales, con el objeto de resolver un conflicto laboral mediante una sentencia emitida por el órgano jurisdiccional. El proceso, en su sentido etimológico, viene de *processus* que significa avance y progreso encaminados a algo. Procesalmente podemos traducir la noción de avance y progreso como vocablos en estructura de reglas y actos encaminados a la consecuencia de algo: la sentencia.

⁵¹ Se trata de la regulación normativa de las interacciones, que es lo que convierte al Derecho en una categoría de la mediación social en la perspectiva de Jürgen Habermas, puesto que a los justiciables y a toda la sociedad les interesa que se solucionen los conflictos.

⁵² Enrico TULLIO, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Madrid, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1994, pág. 25.

laborales los concebidos para resolver litigios en que se invocan reglas y normas relativas al trabajo dependiente»⁵³.

Esas características del proceso laboral significan contar con principios propios, alteraciones en los conceptos de jurisdicción, competencia, acción, sujetos del proceso, etc. Tal es lo que trataremos de demostrar al desarrollar, en líneas generales, los temas a continuación.

El proceso laboral era lento, burocrático, formalista y no expeditivo. Además, eran escritos, complejos y se encontraban diseñados para que durasen entre cuatro a seis años como mínimo. Los jueces tenían una competencia reducida y muchos magistrados laborales no tenían la especialidad que se requiere en esta rama especial del Derecho. Todo ello en el marco de la endémica crisis del Poder Judicial.

4.4. En materia de los derechos fundamentales en seguridad social

En materia previsional, se pueden agrupar las sentencias con un criterio temático y temporal. Así, podemos señalar las tres grandes tendencias en el quehacer del TC en estos años: la introducción del derecho al mínimo vital, criterios para la movilidad en el sistema previsional y la inserción de la díada trabajo-riesgo. Es decir, las sentencias solo se refieren a los derechos como prestaciones del seguro social contributivo en general sin considerar ningún elemento de la Seguridad Social⁵⁴.

415

Como sabemos, la Seguridad Social no radica solamente en que algunas personas cobren pensiones o beneficios a fin de mes; es un sistema de protección social universal que debe ser integrante del desarrollo económico y social de un país. Ciertamente, hay mucho camino que recorrer, pero también muchos mitos que desvelar si se quiere tener en general niveles mínimos de Seguridad Social.

⁵³ Gonzalo DIÉGUEZ, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p.635.

⁵⁴ La propuesta de implementación de la Seguridad Social en el Perú, como vía posible, debe surgir de una nueva ecuación de planificación y mercado, a partir de un marco estructural que consagre el ámbito de la competencia del Estado, para enfrentar con éxito los problemas sociales. De esta manera avanzaremos en la construcción de una sociedad que haga compatible el desarrollo material con la equidad social y la democracia. Al respecto, ver mi artículo: Leopoldo GAMARRA, «La seguridad social del Estado de necesidad al Estado de bienestar», en *Revista Laborem*, núm. 15, 2015, pp. 15 – 44.

En ese sentido, es un desafío plantear para nuestro país la implementación de la Seguridad Social para todos⁵⁵, en tanto dista mucho de lo que es la previsión social. Al respecto, cabe destacar que Seguridad Social para todos se entiende como protección a toda la población; especialmente contra riesgos y contingencias sociales; aunque el centro siga siendo el trabajador, a partir del cual la protección se iría extendiendo a su familia y a otros sectores sociales.

En el sistema de pensiones, deberíamos implementar un modelo mixto de jubilación que combine el sistema público, como componente básico y obligatorio, con el régimen de capitalización plena e individual como complemento. Un sistema público con una pensión básica y prestación definida bajo un sistema de reparto y el de capitalización, otorgaría un monto adicional sobre los aportes voluntarios. Tendría dos componentes, superando el modelo dual o paralelo.

Respecto al sistema de salud, es fundamental el acceso universal real a los servicios de salud y a la Seguridad Social, con participación ciudadana y del Estado. Ello como una nueva vía de desarrollo del sistema de salud en el Perú, que consiga los objetivos básicos de toda Seguridad Social mediante la acción determinante del Estado, sin que esta excluya la iniciativa privada.

V. A manera de conclusión

Con la Constitución de 1993 se precisó las funciones del TC y frente a los grandes cambios que afectaron, especialmente con respecto a los derechos laborales, como a la estabilidad y los derechos colectivos en general en toda la década de los 90, recién desde el 2000 contamos con sentencias relevantes del TC en defensa de la constitucionalidad de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En efecto, luego de la caída del régimen autoritario y del retorno a la democracia en noviembre del 2000, se ha puesto en marcha un consistente proceso de reforma constitucional a través del Tribunal Constitucional que modificó sustancialmente los temas más importantes de los derechos laborales como la estabilidad laboral y los derechos colectivos.

⁵⁵ La perspectiva de la Seguridad Social como derecho humano y política social redistributiva y como *ethos* normativo que defina valores e ideales.

En esa dirección, el TC en nuestro país es el órgano autónomo e independiente que se encarga del control de la constitucionalidad y al que se le ha confiado la defensa del principio constitucional contra las leyes o actos de los órganos del Estado que pretendiesen socavarlo, como ocurrió en la década del 90 que hemos desarrollado en esta monografía. Es así como el TC, a través del tiempo, se ha erigido como la única institución encargada de asegurar efectivamente los derechos sociales y económicos de los trabajadores reconocidos en la Constitución, ya que, como demostramos en este trabajo, la inconstitucionalidad de las normas laborales se usa como la herramienta jurídica más eficaz para lograr el reconocimiento y vigencia de los derechos laborales.

JURISPRUDENCIA COMENTADA

La cuestión de confianza y el Tribunal Constitucional

Comentario a la STC 0006-2018-PI/TC

OMAR CAIRO ROLDÁN

Profesor de la Maestría en Derecho Constitucional de la PUCP

1. Materias constitucionalmente relevantes

En la STC 0006-2018-PI/TC, el Tribunal Constitucional desarrolla los siguientes temas relativos a la cuestión de confianza, prevista en la Constitución peruana vigente: i) Las modalidades de cuestión de confianza; ii) Los supuestos en los que se puede plantear válidamente una cuestión de confianza voluntaria; y iii) La finalidad de la cuestión de confianza.

421

2. Contexto histórico-político de la sentencia

La Constitución de 1933 estableció un Congreso bicameral¹ y en su art. 174 reguló la cuestión de confianza por primera vez en el Perú, en los siguientes términos

Artículo 174.- La no aprobación de una iniciativa ministerial no obliga al Ministro a dimitir, salvo que hubiese hecho de la aprobación una cuestión de confianza.

Posteriormente, el art. 226 de la Constitución de 1979 reguló la cuestión de confianza, como uno de los instrumentos mediante los cuales

¹ Así, la Constitución de 1933 establece lo siguiente:

« **art. 89.-** El Congreso se compone de una Cámara de Diputados, elegida por sufragio directo, y por un Senado Funcional.
[...]

art. 93.- La Cámara de Diputados es elegida por un período de seis años y se renueva íntegramente al expirar su mandato.

art. 94.- El Senado es elegido por un período de seis años y se renueva íntegramente al terminar su mandato, mientras se organiza el Senado Funcional.»

la Cámara de Diputados del Congreso bicameral² podía hacer efectiva la responsabilidad política del Consejo de Ministros o de los Ministros por separado

Artículo 226.- La Cámara de Diputados hace efectiva la responsabilidad política del Consejo de Ministros o de los Ministros por separado mediante el voto de censura o de falta de confianza. Este último sólo se produce por iniciativa ministerial.

Toda moción de censura contra el Consejo de Ministros o contra cualesquiera de los Ministros debe ser presentada por no menos del veinticinco por ciento del número legal de Diputados. Se debate y vota por lo menos tres días después de su presentación. Su aprobación requiere el voto conforme de más de la mitad del número legal de Diputados.

El Consejo de Ministros o el Ministro censurado debe renunciar.

El Presidente de la República acepta la dimisión.

La desaprobación de una iniciativa ministerial no obliga al Ministro a dimitir, salvo que haya hecho de la aprobación una cuestión de confianza.

Las facultades de interpelar, censurar y extender confianza a los Ministros son exclusivas de la Cámara de Diputados.

La Constitución de 1979 facultaba además al Presidente de la República a disolver la Cámara de Diputados cuando esta hubiera censurado o rechazado la cuestión de confianza a tres Consejos de Ministros. Esta atribución presidencial estaba regulada en sus arts. 227 y 228

Artículo 227.- El Presidente de la República está facultado para disolver la Cámara de Diputados si ésta ha censurado o negado confianza a tres Consejos de Ministros.

² La Constitución del 79 señala lo siguiente:

«**art. 164.-** El Congreso se compone de dos Cámaras: El Senado y la Cámara de Diputados. Durante el receso funciona la Comisión Permanente.»

Artículo 228.- El decreto de disolución expresa la causa que la motiva. Incluye la convocatoria a elecciones en el plazo perentorio de treinta días, de acuerdo con la ley electoral en vigor al tiempo de la disolución.

Si el Presidente no cumple con llamar a elecciones dentro del plazo señalado o las elecciones no se efectúan, la Cámara disuelta se reúne de pleno derecho, recobra sus facultades constitucionales y cesa el Consejo de Ministros, sin que ninguno de sus miembros pueda ser nominado nuevamente para ministerio alguno durante el período presidencial.

La Cámara elegida extraordinariamente completa el período constitucional de la disuelta.

Finalmente, la Constitución de 1993 regula dos tipos de cuestión de confianza: la cuestión de confianza necesaria y la cuestión de confianza voluntaria.

La cuestión de confianza necesaria está prevista en el art. 130 de la Constitución³. Esta norma prescribe que el Presidente del Consejo de Ministros debe plantear la cuestión de confianza ante el Congreso unicameral⁴ respecto de la política general de gobierno y las principales medidas que requiere su gestión, dentro de los treinta días de haber asumido sus funciones. El rechazo de esta cuestión de confianza, según lo dispuesto por el art. 133 de la Constitución⁵, provoca la crisis total del gabinete.

423

³ La Constitución del 1993 sostiene lo siguiente:

«**art. 130.-** Dentro de los treinta días de haber asumido sus funciones, el Presidente del Consejo concurre al Congreso, en compañía de los demás ministros, para exponer y debatir la política general del gobierno y las principales medidas que requiere su gestión. Plantea al efecto cuestión de confianza.

Si el Congreso no está reunido, el Presidente de la República convoca a legislatura extraordinaria.»

⁴ La Constitución del 93 advierte lo siguiente:

«**Artículo 90.-** El Poder Legislativo reside en el Congreso de la República, el cual consta de cámara única.

El número de congresistas es de ciento treinta. El Congreso de la República se elige por un período de cinco años mediante un proceso electoral organizado conforme a ley. Los candidatos a la Presidencia de la República no pueden integrar la lista de candidatos a congresistas. Los candidatos a vicepresidentes pueden ser simultáneamente candidatos a una representación en el Congreso. Para ser elegido congresista, se requiere ser peruano de nacimiento, haber cumplido veinticinco años y gozar de derecho de sufragio».

⁵ *Ibíd.*

«**Artículo 133.-** El Presidente del Consejo de Ministros puede plantear ante al Congreso una

La cuestión de confianza voluntaria es la que plantea el Consejo de Ministros, o un ministro, espontáneamente, cuando pide al Congreso que adopte una decisión determinada, afirmando que si este órgano no la adopta estará poniendo fin a su cargo ministerial (de todo el Consejo de Ministros o de un ministro, según quien haya planteado la cuestión de confianza). Por lo tanto, cuando el Presidente del Consejo de Ministros, a nombre del Consejo, hace cuestión de confianza de una solicitud, el rechazo de la misma por parte del Congreso hace perder irremediabilmente el cargo a todos los ministros. Roberto Jiménez Murillo explica en qué consiste esta modalidad de cuestión de confianza, en los siguientes términos

Asimismo, los ministros se encuentran en la obligación de renunciar cuando individualmente en el respectivo debate congresal han planteado ante el pleno «cuestión de confianza» para una iniciativa ministerial. Si dicha iniciativa no es aprobada en los términos planteados por el ministro, este debe renunciar. Ello constituye un episodio de tensión entre dichos Poderes, lo cual previamente debe haber sido reportado al Presidente de la República y al Consejo de Ministros, pues el costo político es alto⁶.

424

Cuando el Congreso hace perder el cargo –mediante la censura o el rechazo de la cuestión de confianza– a dos Consejos de Ministros, el Presidente de la República está habilitado para disolverlo⁷. Pero no podrá disolver el Congreso durante el estado de sitio, ni durante el último año de su mandato. La Comisión Permanente, en ningún caso, puede ser disuelta.

Mediante la Resolución Legislativa 007-2017-2018-2018-CR, el

cuestión de confianza a nombre del Consejo. Si la confianza le es rehusada, o si es censurado, o si renuncia o es removido por el Presidente de la República, se produce la crisis total del gabinete».

⁶ Roberto JIMÉNEZ MURILLO, *Los ministros de Estado*, Caballero Bustamante, Thomson Reuters: Lima 2014, p. 170.

⁷ *Ibidem*.

«**Artículo 134.-** El Presidente de la República está facultado para disolver el Congreso, si este ha censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros.

El decreto de disolución contiene la convocatoria a elecciones para un nuevo Congreso. Dichas elecciones se realizan dentro de los cuatro meses de la fecha de disolución, sin que pueda alterarse el sistema electoral preexistente.

No puede disolverse el Congreso durante el último año de su mandato. Disuelto el Congreso, se mantiene en funciones la Comisión Permanente, la cual no puede ser disuelta.

No hay otras formas de revocatoria del mandato parlamentario.

Bajo el estado de sitio, el Congreso no puede ser disuelto.»

Congreso de la República modificó el literal e) del art. 86 de su reglamento. En virtud de esta modificación, esta norma reglamentaria estableció que no procede la interposición de una cuestión de confianza cuando esté destinada a promover, interrumpir o impedir la aprobación de una norma o un procedimiento legislativo o de control político.

Contra el artículo único de la Resolución Legislativa 007-2017-2018-2018-CR se interpuso la demanda de inconstitucionalidad que fue resuelta por el Tribunal Constitucional mediante la sentencia que es objeto del presente comentario.

3. Análisis

3.1. Las modalidades de cuestión de confianza

En lo concerniente a las modalidades de cuestión de confianza, en esta sentencia (fundamento jurídico 66), el Tribunal Constitucional afirma que el art. 130 de la Constitución regula la cuestión de confianza *obligatoria*

425

66. Esta cuestión de confianza debe ser entendida como aquella solicitud al Congreso de la República de un voto de confianza para que este legitime la conformación del Consejo de Ministros. Es obligatoria, porque debe producirse en todos los casos en los que se forme un nuevo gabinete.

Asimismo, en el fundamento jurídico 67 (en adelante f. j.) de esta sentencia, el Tribunal Constitucional precisa que la cuestión de confianza *facultativa* se encuentra prevista en los arts. 132 y 133 de la Constitución, y que es «aquella que puede plantear tanto el Presidente del Consejo de Ministros a nombre del Consejo, como un ministro de manera individual».

3.2. Los supuestos en los que se puede plantear válidamente una cuestión de confianza voluntaria:

En esta sentencia (f. j. 72), el Tribunal Constitucional explica que la Constitución no establece supuestos para la cuestión de confianza *facultativa*, mientras que sí los establece, en su art. 130 («la política general de gobierno y las medidas que requiere la gestión del Presidente del

Consejo de Ministros»), para la cuestión de confianza *obligatoria*. Desde este punto de partida, en los fs. js. 75, 76 y 77, el Tribunal Constitucional concluye que, por establecer que no procede la interposición de una cuestión de confianza facultativa destinada a promover, interrumpir o impedir la aprobación de una norma o un procedimiento legislativo o de control político, la Resolución Legislativa 007-2017-2018-2018-CR debe declararse inconstitucional

75. Este Tribunal encuentra que la cuestión de confianza que pueden plantear los ministros ha sido regulada en la Constitución de manera abierta, con la clara finalidad de brindar al Poder Ejecutivo un amplio campo de posibilidades en busca de respaldo político por parte del Congreso, para llevar a cabo las políticas que su gestión requiera.

76. Entonces, la norma impugnada, al establecer que «no procede la interposición de una cuestión de confianza cuando esté destinada a promover, interrumpir o impedir la aprobación de una norma o un procedimiento legislativo o de control político», resulta inconstitucional por contrariar el principio de balance entre poderes, pues restringe indebidamente la facultad de los ministros de poder plantear al Congreso de la República cuestiones de confianza en los asuntos que la gestión del Ejecutivo demande, desnaturalizando así la finalidad constitucional de la referida institución y alterando la separación de poderes.

77. Por ello, corresponde declarar fundada la demanda por trasgredir los artículos 43, 132 y 133 de la Constitución; y, por ende, debe declararse inconstitucional el párrafo: «No procede la interposición de una cuestión de confianza cuando esté destinada a promover, interrumpir o impedir la aprobación de una norma o un procedimiento legislativo o de control político.

La sentencia materia del presente comentario demuestra que excluir del ámbito de la cuestión de confianza voluntaria a la solicitud de aprobación de proyectos de ley, no tiene asidero en nuestro ordenamiento constitucional. El art.132 de la Constitución prescribe que la desaprobación de una iniciativa ministerial obliga al ministro a dimitir cuando ha hecho cuestión de confianza de la misma, pero no prohíbe que esa iniciativa consista en la solicitud de aprobación de un proyecto de ley. Al respecto, Cesar Delgado Guembes explica que, dentro del ámbito de las iniciativas que

pueden ser respaldadas por una cuestión de confianza voluntaria ministerial, están los proyectos de leyes (medidas legislativas)

Los votos de confianza posteriores a la investidura del gabinete son sobre declaraciones o acciones de éste, respecto de las cuales plantea la cuestión de confianza, y lo puede ser también sobre las políticas o medidas legislativas respecto de cuya aprobación hace cuestión de confianza⁸.

Asimismo, Diego Valadés sostiene que, de conformidad con la Constitución peruana de 1993, la cuestión de confianza puede ser válidamente planteada para respaldar la solicitud de aprobación de un proyecto de ley

Conforme al artículo 133, el presidente del Consejo de Ministros puede plantear una cuestión de confianza, y el primero y el último párrafos del artículo 132 prevén otra hipótesis: que los ministros hagan de un asunto determinado –incluido un proyecto de ley– una cuestión de confianza. Por otra parte, la iniciativa ministerial se ejerce con frecuencia pero es potestativo del ministro hacer de ella una cuestión de confianza. La negativa de la confianza que procede por mayoría simple, ocasiona la dimisión del gabinete o del ministro, según sea el caso⁹.

427

El empleo de la cuestión de confianza para respaldar la solicitud de aprobación de proyectos de ley no es extraño ni a los orígenes de esta institución, ni a su desarrollo en el derecho comparado. Así, por ejemplo, en el tercer párrafo del art. 49 de la Constitución de la V República Francesa¹⁰

⁸ César DELGADO GUUMBES. *Manual del Parlamento*. Oficialía Mayor del Congreso de la República: Lima, 2012, p. 434.

⁹ Diego VALADÉS. *La parlamentarización de los sistemas presidenciales*. Editorial ADRUS: Lima – Perú, 2009, p. 47.

¹⁰ La Constitución francesa del 58 afirma lo siguiente:

«**Artículo 49.-** El Primer Ministro, previa deliberación del Consejo de Ministros, planteará ante la Asamblea Nacional la responsabilidad del Gobierno sobre su programa y eventualmente sobre una declaración de política general.

La Asamblea Nacional juzgará la responsabilidad del Gobierno mediante la votación de una moción de censura, la cual solo será admisible si va firmada al menos por una décima parte de los miembros de la Asamblea Nacional. La votación tendrá lugar cuarenta y ocho horas después de su presentación. Solo se considerarán los votos favorables a la moción de censura, la cual solo podrá ser aprobada por la mayoría de los miembros que componen la Asamblea Nacional. Salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente, ningún diputado podrá ser firmante de más de tres mociones de censura en el mismo período ordinario de sesiones ni de más de una en el mismo período extraordinario de sesiones.

está prevista la posibilidad de que el primer ministro decida plantear la responsabilidad del gobierno ante la Asamblea Nacional sobre la votación de un proyecto de ley. Manuel Sánchez de Dios explica esta modalidad de la cuestión de confianza, en los siguientes términos

La Constitución francesa regula en el artículo 49 párrafo 3º un procedimiento particular para exigir la responsabilidad política del Gobierno, que combina el procedimiento de la cuestión de confianza y el de la moción de censura. Consiste en que el Gobierno plantea la cuestión de confianza en favor de un texto y éste se considera como adoptado y la confianza concedida si, en un cierto período de tiempo, ninguna moción de censura ha sido presentada ni votada¹¹.

El procedimiento establecido en el artículo 49 párrafo 3, tiene como base la defensa del Gobierno ante la Asamblea Nacional de un texto, proyecto o proposición de ley, sobre el que tiene interés especial. Si el Gobierno ve que no está claro que la votación del texto le vaya a resultar favorable, autoriza al Primer Ministro para que comprometa su responsabilidad política, o lo que es lo mismo, para que plantee una cuestión de confianza ante la Asamblea Nacional, aunque la Constitución no utiliza este concepto¹².

3.3. La finalidad de la cuestión de confianza

En la sentencia objeto del presente comentario (f. j. 74), el Tribunal Constitucional entendió a la cuestión de confianza «como una facultad del Poder Ejecutivo cuya finalidad esencial es servir de contrapeso a la potestad del Congreso de hacer políticamente responsable a los ministros (mediante la moción de censura)».

El Primer Ministro podrá, previa deliberación del Consejo de Ministros, plantear la responsabilidad del Gobierno ante la Asamblea Nacional sobre la votación de un proyecto de ley de Presupuestos o de financiación de la seguridad social. En tal caso este proyecto se considerará aprobado, salvo si una moción de censura, presentada dentro de las veinticuatro horas siguientes, fuere aprobada en las condiciones previstas. Asimismo, el Primer Ministro podrá recurrir a este procedimiento para otro proyecto o una proposición de ley por período de sesión.

El Primer Ministro estará facultado para pedir al Senado la aprobación de una declaración de política general.»

¹¹ Manuel SÁNCHEZ DE DIOS (1991). «La moción de censura (un estudio comparado)». Madrid: Publicaciones del Congreso de Diputados, p. 127.

¹² Manuel SÁNCHEZ DE DIOS. *Op. Cit.*, pp. 132-133.

Derechos de los migrantes

Comentario a la STC 02744-2015-PA/TC

NADIA IRIARTE PAMO

Asesora Jurisdiccional del Tribunal Constitucional

1. Materias constitucionalmente relevantes

En la sentencia bajo comentario se identificaron las siguientes materias constitucionalmente relevantes: i) políticas migratorias y derechos de los migrantes; ii) el derecho al debido procedimiento en el marco de un procedimiento migratorio sancionador; y, iii) el derecho de protección a la familia.

2. Contexto histórico-político de la sentencia

429

La migración es un proceso complejo y creciente, que no solo se origina por desequilibrios económicos internacionales, pobreza, terrorismo, guerras o graves crisis internacionales, sino también por la globalización, los procesos de integración regionales, el desarrollo de las telecomunicaciones, entre otros. La migración tiene impacto en varios ámbitos, tales como el político, el económico, el social, el cultural y el de seguridad de los Estados.

Asimismo, la migración constituye un tema recurrente en el derecho constitucional, porque plantea importantes desafíos en cuanto a la vigencia de los derechos fundamentales de los migrantes.

La Constitución de 1993 consagra un tratamiento jurídico igualitario en materia de derechos fundamentales entre nacionales y extranjeros, con limitaciones excepcionales en el ejercicio de determinados derechos, tales como la libertad de tránsito (artículo 2.11) y la propiedad (artículo 71).

En el caso de los migrantes es posible distinguir: i) a aquellos cuya estancia en el Estado del que no son nacionales es regular, y ii) a los que

por no haber respetado las normas de ingreso o por haber permanecido más allá del tiempo para el cual estaban autorizados, se encuentran en una situación jurídica irregular.

Ponemos de relieve que los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad. Esta condición –según la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte)– tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de *jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de *facto* (desigualdades estructurales). Existen prejuicios culturales acerca de los migrantes, xenofobia y racismo, que dificultan su integración a la sociedad y facilitan la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra¹.

La situación de vulnerabilidad de los migrantes es un tema de tal urgencia, que ha suscitado, incluso, el pronunciamiento de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Así, en su resolución sobre «Protección de los migrantes», sostuvo que los migrantes suelen encontrarse en tal situación debido, entre otras cosas, a que no viven en sus Estados de origen y a las dificultades que afrontan a causa de diferencias de idioma, costumbres y culturas, así como las dificultades económicas y sociales y los obstáculos para regresar a sus Estados de origen².

Los migrantes son objeto de diversas manifestaciones de violencia, racismo y otras formas de discriminación. La situación de vulnerabilidad en la que se encuentran es preocupante; en el caso de los migrantes en condición irregular esta se acentúa cuando son privados de su libertad en centros penitenciarios en los que son reclusos con personas procesadas y/o sancionadas por la comisión de delitos.

El Perú es un país de origen, tránsito y destino de la migración internacional. En los últimos años se ha incrementado el número de extranjeros que llegan al país, situación que implica una serie de desafíos en diferentes ámbitos: social, económico, político, entre otros.

¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, de fecha 17 de septiembre de 2003, párrs. 112 y 113.

² ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución A/RES/54/166 sobre «Protección de los migrantes» de 24 de febrero de 2000.

La sentencia objeto de análisis aborda importantes aspectos referentes a la migración y desarrolla cuestiones trascendentales sobre los derechos de los migrantes. Fue expedida en el proceso de amparo interpuesto por Jesús de Mesquita Oliviera, de nacionalidad brasileña, quien solicitó que se declare la inaplicación de la Resolución Directoral 00000065-2013-IN-MIGRACIONES, la cual le impuso la sanción de salida obligatoria del Perú y su impedimento de ingresar a territorio peruano; y que se le permita permanecer en dicho territorio junto a su familia.

El Tribunal Constitucional (en adelante Tribunal) declaró fundada la demanda, al considerar que se acreditó la vulneración del derecho al debido procedimiento y del derecho de protección a la familia. Asimismo, declaró como un estado de cosas inconstitucional la falta de una norma legal o reglamentaria que regule un procedimiento unificado, claro y específico, en el que se precisen las garantías formales y materiales de los migrantes sujetos a un procedimiento migratorio sancionador.

3. Análisis

3.1. Políticas migratorias y derechos de los migrantes

431

La política migratoria de un Estado está constituida por todo acto, medida u omisión institucional (leyes, decretos, resoluciones, directrices, actos administrativos, etc.) que versa sobre la entrada, salida o permanencia de población nacional o extranjera dentro de su territorio³.

Al respecto, con acierto el Tribunal precisó que si bien los Estados cuentan con un ámbito especialmente amplio para el establecimiento y dirección de sus políticas migratorias, en tanto se trata de medidas destinadas a garantizar la seguridad nacional y el orden público, el ejercicio de esta potestad no puede soslayar dos premisas esenciales:

a) Que la entrada o residencia irregulares nunca deben considerarse delitos, sino tan solo faltas administrativas, por lo que el recurso a una eventual detención administrativa debe ser excepcional y siempre que dicha medida se encuentre prescrita por la ley, además de que sea necesaria, razonable y

³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, de fecha 17 de septiembre de 2003, párr. 163.

proporcional a los objetivos que se pretende alcanzar.

La privación de libertad de un migrante en situación irregular solo se justificará cuando exista un riesgo inminente de que eluda futuros procesos judiciales o procedimientos administrativos o cuando la persona representa un peligro para su propia seguridad o para la seguridad pública; ello durante el menor tiempo posible y a partir de una evaluación individual de cada caso, con el respeto de las salvaguardias procesales que correspondan.

Al respecto, destacamos que esta premisa recoge la preocupación expresada en el Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, donde se señaló que la entrada o residencia irregulares no deben considerarse delito, ya que no constituyen en sí delitos contra las personas, el patrimonio o la seguridad nacional. Los migrantes irregulares no deben ser tratados como delincuentes. En suma, tal como lo manifestó el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria: tipificar como delito la entrada ilegal en el territorio de un Estado trasciende el interés legítimo de los Estados de controlar y regular la inmigración ilegal y da lugar a detenciones innecesarias⁴.

432

b) Que los derechos humanos de los migrantes constituyen un límite infranqueable a su potestad migratoria.

En relación a esta premisa, ponemos de relieve que la Corte, al referirse a la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, considera que todos los Estados, como miembros de la comunidad internacional, deben cumplir con esas obligaciones sin discriminación alguna, lo cual se encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho a una protección igualitaria ante la ley, que a su vez se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona⁵.

En el Caso Vélez Loor vs. Panamá, la Corte precisó que si bien los Estados no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio

⁴ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, 20º período de sesiones. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau, 2 de abril de 2012.

⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, de fecha 17 de septiembre de 2003, párr. 100.

de los migrantes, los Estados pueden otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos⁶.

En esa misma línea, el Tribunal acertadamente sostuvo que los Estados, al adoptar las medidas que correspondan contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal, deben respetar sus derechos humanos, en cumplimiento de su obligación de garantizar su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa. Así, la legitimidad de las restricciones que establezca el Estado en el ejercicio de los derechos de los migrantes en situación irregular, está sujeta a que se demuestre su condición y dé límites razonables y proporcionales de tales derechos. La sola condición migratoria irregular de una persona no puede ser invocada, sin más, como justificación válida que legitime un desconocimiento absoluto a la titularidad y ejercicio de sus derechos fundamentales.

433

En este contexto, la autoridad administrativa cumple un papel fundamental pues debe garantizar que, en el ejercicio de sus competencias, la vigencia de los bienes jurídico-constitucionales de seguridad nacional, salud pública y orden interno sea compatible con el respeto a los derechos fundamentales de los migrantes en situación irregular.

3.2. El derecho al debido procedimiento en el marco de un procedimiento migratorio sancionador

El derecho al debido proceso se encuentra consagrado en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución, e implica dos tipos de garantías: a) las formales, que están referidas al respeto de determinadas características o requisitos que debe cumplir el proceso, como el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación, instancia plural, entre otras; b) las materiales, que se refieren a los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer en el marco de la Constitución y las leyes⁷.

⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso «Vélez Loo» vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 248.

⁷ STC 0023-2005-AI/TC, fundamento 48.

En reiterada jurisprudencia, el Tribunal atinadamente señaló que la exigibilidad de las garantías formales y materiales no se circunscribe al ámbito de los procesos judiciales, sino que se extiende al ámbito de los procedimientos administrativos⁸, como el procedimiento migratorio sancionador.

Sobre el particular, la Corte, en la Opinión consultiva OC-18/03, enfatizó que el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente del estatus migratorio. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no solo *ratione materiae* sino también *ratione personae* sin discriminación alguna⁹. En esa misma línea, la Corte se pronunció en los casos Vélez Lóor vs. Panamá y Nadege Dorzema y otros vs República Dominicana.

Los migrantes que se encuentren en una situación irregular tienen el derecho al debido procedimiento en el marco de un procedimiento migratorio sancionador. En ese sentido, estos tendrán la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables.

434

En tal sentido, el cual compartimos, el Tribunal sostuvo que en el contexto de un procedimiento migratorio sancionador, son exigibles las siguientes garantías formales mínimas:

a) El derecho a ser informado expresa y formalmente de los motivos que dieron lugar a la imposición de la sanción administrativa (multa; salida obligatoria; cancelación de permanencia o residencia, o expulsión) así como de los cargos en su contra, si los hubiere. La puesta en conocimiento puede darse mediante comunicación escrita dirigida al último domicilio registrado por el extranjero ante la autoridad migratoria, y contendrá copia íntegra de la resolución respectiva, o en su defecto, al momento en que el extranjero en situación irregular se apersona a la autoridad competente para regularizar su permanencia en el país.

⁸ STC 04289-2004-PA/TC, fundamento 3; STC 03741-2004PA/TC, fundamento 18.

⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, de fecha 17 de septiembre de 2003, párr. 122.

- b) La posibilidad de exponer y acreditar las razones que lo asistan en contra de la sanción administrativa impuesta.
- c) La posibilidad de solicitar y recibir asesoría legal, incluso a través de servicio público gratuito de ser aplicable y, de ser el caso, traducción o interpretación, así como asistencia consular, si correspondiere.
- d) En caso de decisión desfavorable, el derecho a someter su caso a revisión ante una autoridad competente e imparcial, la cual se encuentra obligada a resolver los recursos que correspondan dentro de un plazo razonable. El migrante puede recurrir por derecho propio o a través de un representante.
- e) La eventual expulsión solo podrá efectuarse tras una decisión fundamentada conforme a la ley y debidamente notificada.

En el caso concreto, el Tribunal estimó que la aplicación de la sanción de salida obligatoria y el correspondiente impedimento de ingreso al Perú impuestos al recurrente, bajo la vigencia del Decreto Legislativo 703, vulneró las garantías formales de su derecho al debido procedimiento, pues la normativa migratoria vigente en ese momento no cumplió con identificar un *íter* procedimental donde se especifique las garantías mínimas que corresponden a los extranjeros que se hallen sujetos a un procedimiento migratorio sancionador. La citada norma se circunscribió a la especificación de los supuestos de hecho frente a los cuales correspondía imponer las sanciones establecidas; empero, no identificó como actuaciones exigibles a la autoridad administrativa la comunicación de la resolución sancionadora al interesado, su debida motivación, la posibilidad de impugnación, u otras que avalen que el migrante sancionado pudo tomar conocimiento efectivo del acto administrativo, así como ejercer la defensa que ameritaba tales sanciones.

435

Asimismo, en el supuesto específico de la sanción de salida obligatoria, dicha normativa no previó siquiera los mecanismos o medios impugnatorios a través de los cuales el extranjero sancionado podía cuestionar el acto administrativo donde se le impone tal sanción.

Por otra parte, en relación con las garantías materiales en el marco de los procedimientos migratorios sancionadores, el Tribunal estimó que estas se refieren a que cualquier decisión de salida obligatoria o expulsión

de un extranjero en situación irregular debe ser producto de una valoración conjunta y razonada de las circunstancias particulares de cada migrante.

Sobre el particular, traemos a colación el pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, según la cual se debe tomar en cuenta los siguientes criterios: la edad que tenía el inmigrante no ciudadano cuando emigró al Estado recipiente; el tiempo de residencia en el país recipiente del inmigrante no ciudadano; los vínculos familiares del no ciudadano en el Estado recipiente; el alcance de las penurias que constituye la deportación del no ciudadano para su familia en el Estado recipiente; las contribuciones sociales del no ciudadano; el alcance de los vínculos del no ciudadano en su país de origen; la capacidad del no ciudadano para hablar los idiomas principales de su país de origen; el carácter y severidad del delito (o delitos) cometido(s) por el no ciudadano; la edad del no ciudadano en el momento que cometió el delito; el período transcurrido desde que el no ciudadano tuvo actividad delincuencial; pruebas de la rehabilitación del no ciudadano con respecto a su actividad criminal; y los esfuerzos realizados por el no ciudadano para obtener la ciudadanía en el Estado recipiente¹⁰.

436

En suma, de forma previa a la imposición de una sanción migratoria, la Superintendencia Nacional de Migraciones o la autoridad competente deberán efectuar un análisis específico de la situación personal y familiar que atraviesa cada migrante al momento de definir su condición migratoria (edad, tiempo de permanencia, antecedentes penales, situación laboral, vínculos familiares, etc.). La indiferencia o falta de valoración de tales circunstancias podría conllevar a una indebida aplicación de las sanciones migratorias al margen de las circunstancias particulares del migrante, tales como los vínculos familiares del no ciudadano en el Estado recipiente, o las implicancias que constituye la deportación del no ciudadano para su familia en el Estado recipiente

3.3. El derecho de protección a la familia

La Constitución de 1993, en su artículo 4, prescribe: «La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y

¹⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe No. 81/10. Caso 12.562, de fecha 12 de julio de 2010, párr. 54.

al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio».

El mandato constitucional de protección a la familia se cumple al garantizar la unidad familiar de quienes la integran; ello en tanto se asume a la familia como el lugar idóneo para proporcionar a sus miembros, en especial a los niños, una adecuada satisfacción de sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas.

En esa línea, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

A nivel regional, este criterio también es asumido por la Corte, que dispuso que debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función del interés superior de aquel. La separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal¹¹.

437

Las entidades públicas y las privadas deben observar el principio del interés superior del niño. Al respecto, el Tribunal determinó que en la valoración que formulen estas entidades de dicho principio que justificaría la separación de sus padres, tutores u otros responsables, resulta de vital importancia que tomen en cuenta la participación del menor y la manifestación de su opinión, en tanto se trata de medidas que involucran sus propios derechos y cuya decisión es relevante para su vida futura.

Del citado principio se desprende el reconocimiento del derecho de los menores a expresar su opinión y que esta sea tomada en cuenta al momento de adoptar decisiones que incidan en sus derechos. Este principio orienta la interpretación y entendimiento de los diversos derechos del niño y el adolescente.

El Tribunal, de manera acertada, manifestó que en el ámbito específico de los niños cuyos padres tengan la condición de migrantes en situación

¹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-17/2002. Condición jurídica y derechos humanos del niño, de fecha 28 de agosto de 2002, punto resolutivo 5.

irregular, es posible identificar dos intereses en conflicto: a) la facultad del Estado de implementar su propia política migratoria para alcanzar fines legítimos que procuren el bienestar general y la vigencia de los derechos humanos, y b) el derecho de la niña o del niño a la protección de la familia y, en particular, al disfrute de la vida de familia con el mantenimiento de la unidad familiar en la mayor medida posible. En ese sentido, agregó que corresponde al Estado garantizar un ejercicio legítimo y compatible de ambos bienes jurídicos, a partir de una adecuada y rigurosa ponderación entre la protección de la unidad familiar y los intereses estatales legítimos, por lo que corresponderá determinar, en el contexto de cada caso concreto, que la expulsión de uno o ambos progenitores no conlleve una injerencia abusiva o arbitraria en la vida familiar de la niña o del niño.

Al respecto, la Corte, en su Opinión consultiva 21/14, sobre Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, destacó como aspectos a evaluar, los siguientes: a) la historia inmigratoria, el lapso temporal de la estadía y la extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia con el país receptor; b) la consideración sobre la nacionalidad, guarda y residencia de los hijos de la persona que se pretende expulsar; c) el alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, incluyendo las personas con quienes vive la niña o el niño, así como el tiempo que ha permanecido en esta unidad familiar, y d) el alcance de la perturbación en la vida diaria de la niña o del niño si cambiara su situación familiar debido a una medida de expulsión de una persona a cargo de la niña o del niño¹².

Asimismo, la Corte puntualizó que cualquier órgano administrativo o judicial que deba decidir acerca de la separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores debe emplear un análisis de ponderación, que contemple las circunstancias particulares del caso concreto y garantice una decisión individual, priorizando en cada caso el interés superior de la niña o del niño. En aquellos supuestos en que la niña o el niño tiene derecho a la nacionalidad del país del cual uno o ambos progenitores pueden ser expulsados, o bien

¹² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, de fecha 19 de agosto de 2014, párr. 279.

cumple con las condiciones legales para residir permanentemente allí, los Estados no pueden expulsar a uno o ambos progenitores por infracciones migratorias de carácter administrativo, pues se sacrifica de forma irrazonable o desmedida el derecho a la vida familiar de la niña o del niño¹³.

El Tribunal concluyó que cualquier decisión relativa a la separación del niño respecto de sus padres o de su familia que, a partir del Estado, se adopte a través de sus representantes (funcionarios, autoridades, empleados, etc.), por motivos vinculados con la condición migratoria de uno o ambos progenitores, debe ser excepcional, de carácter temporal, y deberá estar justificada en el interés superior del niño. Una adecuada valoración de este principio deberá tener en cuenta las circunstancias particulares de los padres o familiares del menor en cada caso (historia inmigratoria, lapso temporal de la estadía, la extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia con el país receptor, el alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, entre otros), así como la participación del menor y la manifestación de su opinión, en tanto que se trata de medidas que involucran sus propios derechos y cuya decisión es relevante para su vida futura.

439

En el caso concreto, el Tribunal consideró que la sanción de salida obligatoria impuesta al recurrente, con el respectivo impedimento de ingreso al país sin definir límite temporal alguno, produciría una distancia irreparable entre la menor de iniciales Y. D. M. L. y su padre, y entre doña Sherley Bocangel Farfán y su esposo. La separación física de los miembros de esta familia constituye una barrera que se opone al carácter excepcional y temporal que debe regir toda medida relativa a la separación del niño respecto de sus padres o de su familia, por lo que no puede, sin más, encontrar sustento en la aplicación literal del artículo 62 del Decreto Legislativo 703.

Asimismo, el Tribunal sostuvo que resulta una medida desproporcionada y lesiva del interés superior de la menor de iniciales Y. D. M. L., pues no toma en cuenta las circunstancias particulares del padre de la menor tales como su historia migratoria desde el año 2003, los ingresos y salidas del país que este registra, ni la extensión de los lazos del recurrente

¹³ *Ibíd*em, punto resolutivo 13.

y/o de su familia con el país receptor. Agregó, que tampoco se generaron las condiciones para la participación de la menor y no se tomó en cuenta su opinión sobre el alcance de la afectación que podría generar la ruptura familiar por la salida obligatoria con impedimento de ingreso de su padre.

Consideramos que esta sentencia constituye un valioso aporte jurisprudencial, porque desarrolla diversos aspectos con relación a la migración; pone de relieve la situación de vulnerabilidad de los migrantes con especial énfasis en el caso de los migrantes en condición irregular; centra su atención en las políticas migratorias y los derechos de los migrantes; desarrolla de manera prolija el derecho al debido procedimiento en el ámbito de un procedimiento migratorio sancionador; y aborda la problemática planteada a la luz del derecho de protección a la familia.

Cabe precisar que el Decreto Legislativo 703 fue derogado por el Decreto Legislativo 1350, que en su articulado recoge algunas consideraciones expuestas por el Tribunal en la sentencia objeto de nuestro análisis. Así, su artículo 26 prescribe que «los actos administrativos y su trámite, relativos a materia migratoria, que así lo permita el presente Decreto Legislativo, pueden ser materia de impugnación conforme a lo establecido en la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General».

Finalmente, destacamos que esta sentencia obtuvo el primer lugar del «Premio Regional de Sentencias Acceso a la Justicia de Personas Migrantes o Sujetas de Protección Internacional 2017», una iniciativa del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados; la Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Sin Fronteras; la Alianza para las Migraciones en Centroamérica y México, entre otras instituciones.

La violencia contra las mujeres. Un problema de relevancia constitucional

Comentario a la STC 05121-2015-PA/TC

MARÍA CANDELARIA QUISPE PONCE

Asesora Jurisdiccional del Tribunal Constitucional

1. Materias constitucionalmente relevantes examinadas por el Tribunal Constitucional

1.1. El derecho a la debida motivación de las resoluciones fiscales.

2. Contexto histórico-político de la decisión

Ya sea en el espacio público –en la calle, el centro de trabajo, en el centro de estudios, etc.– o en el espacio privado –en el hogar–, «la violencia contra las mujeres y las niñas es una violación de los derechos humanos»¹, que ha cobrado proporciones pandémicas, manifestándose a escala global en todos los países, sin excepción².

En el Perú³, diariamente –al igual que en el resto de países– un elevado porcentaje de mujeres son víctimas de violencia física, psicológica y/o sexual⁴. En efecto, de acuerdo con los datos suministrados por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), en la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar – (ENDES), en el año 2017, el 65,4% de mujeres fueron víctimas de violencia por parte de su esposo o compañero⁵.

¹ ONU Mujeres. Disponible en: <<https://bit.ly/2zK5wlb>>.

² La base de datos mundial sobre la violencia contra las mujeres se encuentra disponible en: <<http://evaw-global-database.unwomen.org/en>>.

³ La relatora sobre los Derechos de las Mujeres de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comisionada Margarette May Macaulay, observó con preocupación –en el marco de su visita de trabajo al Perú realizada entre los días 29 y 31 de octubre de 2018– el contexto de violencia y discriminación estructural al que se enfrentan actualmente las mujeres en el Perú. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Comunicado de prensa*. Disponible en: <<https://goo.gl/h55CGP>>.

⁴ Ver: Infografía de la violencia contra las mujeres en el Perú, en OBSERVATORIO DE CRIMINALIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO. Disponible en: <<https://bit.ly/2M6ma1p>>.

⁵ Disponible en: <<https://bit.ly/2MJN1yS>>.

Del citado universo de mujeres víctimas de distintos tipos violencia, solo un reducido porcentaje, el 29,2%, habría interpuesto denuncia ante alguna de las instancias destinadas a tal fin –Policía Nacional del Perú, Ministerio Público y/o Poder Judicial–, en tanto que el 44,5%, no habría hecho sino acudir a personas cercanas.

Esta baja utilización del sistema de justicia –motivada, entre otros factores, por la (no sin razón) desconfianza de las mujeres hacia el sistema de administración de justicia⁶–, ya había sido observada con especial preocupación por la relatora sobre los Derechos de las Mujeres de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe sobre «Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual: la educación y la salud»⁷, y en el informe hemisférico sobre «Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas», en el que la Comisión Interamericana (en adelante, CIDH) constataba significativamente que

La violencia y la discriminación contra las mujeres todavía son hechos aceptados en las sociedades americanas, lo cual se refleja en la respuesta y en el tratamiento de los casos de violencia por parte de los funcionarios de la administración de la justicia hacia las mujeres víctimas de violencia y en el tratamiento de los casos. (Párrafo 125)⁸.

442

Desde esta óptica, si bien la CIDH reconoció y reconoce, en sus distintos informes centrados en el análisis del tema en cuestión, los esfuerzos de los Estados –entre los que encuentra el Estado peruano– por adoptar un marco jurídico y político que permita abordar la violencia contra las mujeres, sin embargo, observa que «sigue existiendo una distancia importante entre la disponibilidad formal de recursos judiciales y su aplicabilidad efectiva».

⁶ A título de ejemplo se puede citar la encuesta Latinobarómetro realizada en el año 2017. De acuerdo con la cual, el Poder Judicial se encuentra entre las instituciones que menos confianza genera entre la ciudadanía. En efecto, solo el 18% de la población peruana confía en este Poder del Estado. Ver: *Latinobarómetro 2017*, p. 24.

⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. RELATORÍA SOBRE LOS DERECHOS DE LA MUJER. *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual: La educación y la salud*, 28 de diciembre de 2011. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 65. Disponible en < <https://bit.ly/1Nl7KSR> >.

⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. RELATORÍA SOBRE LOS DERECHOS DE LA MUJER. *Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, 20 enero 2007. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68. Disponible en: <<https://bit.ly/2DXOe5K>>.

En suma, el problema en la actualidad residiría –como ponen de manifiesto la CIDH y el Comité Cedaw⁹– en la interpretación y aplicación de las disposiciones legales sobre la materia y en la presencia de estereotipos de género en el razonamiento de los operadores jurídicos¹⁰. De modo tal que, pese a la existencia de un amplio marco normativo, la mayoría de los casos sobre *violación de la libertad sexual* no estarían siendo adecuadamente investigados, juzgados y sancionados por los sistemas de administración de justicia en el hemisferio, persistiendo «un patrón de impunidad en el procesamiento judicial»¹¹.

Es en este contexto de patrón de impunidad en el procesamiento judicial de los casos de violación de la libertad sexual que el Tribunal Constitucional peruano emite una sentencia emblemática, en la que reconoce –a la luz del *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos de las mujeres– que «la violencia contra las mujeres es un problema de relevancia constitucional». Prescribe, consecuentemente, que «para el Estado peruano constituye una obligación constitucional tomar acciones idóneas orientadas a lograr la eficiencia en la impartición de justicia en casos de violencia contra la mujer y, en específico, los de agresión sexual»¹².

443

Desde este punto de vista, en la sentencia en comentario, STC 05121-2015-PA/TC¹³, publicada el 8 de marzo de 2018 –fecha simbólica por conmemorarse el Día Internacional de la Mujer–, el Tribunal Constitucional declara fundada la demanda de amparo planteada por una

⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. RELATORÍA SOBRE LOS DERECHOS DE LA MUJER. *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual: La educación y la salud*, Op. Cit., párrafo 11. Comité CEDAW en sus Observaciones finales sobre los informes séptimo y octavo combinados del Perú, ver: COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, CEDAW C/PER/CO/7-8, párrafo 19. Disponible en: <<https://bit.ly/2SJArmW>>.

¹⁰ Cook y Cusack ponen de relieve que uno de los problemas centrales de los sistemas de administración de justicia sería la persistente vigencia de estereotipos de género en la aplicación e interpretación de las disposiciones normativas. Ver: REBECCA J. COOK Y SIMONE CUSACK, *Estereotipos de género. Perspectivas Legales Transnacionales*, Profamilia, Colombia, 2010. Disponible en: <<https://goo.gl/yUqQvu>>.

¹¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. RELATORÍA SOBRE LOS DERECHOS DE LA MUJER. *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual: La educación y la salud*, op. cit., párrafo 11.

¹² STC 05121-2015-PA/TC, fundamento 13.

¹³ La sentencia recaída en el Expediente 05121-2015-PA/TC, fue publicada en el Portal Web del Tribunal Constitucional el día 8 de marzo de 2018. Disponible en: <<https://goo.gl/bv3dRf>>.

joven practicante de un estudio jurídico¹⁴ contra el Ministerio Público. En consecuencia, declara *NULO* el dictamen fiscal –de fecha 18 de octubre de 2006, emitido por la Octava Fiscalía Provincial de Lima– que resolvió «no haber mérito a formular denuncia penal por la comisión del delito de violación de la libertad sexual», y el pronunciamiento confirmatorio de archivamiento emitido por la Segunda Fiscalía Superior Penal de Lima –resolución de fecha 17 de enero de 2007–, por considerar que ambas decisiones han incurrido en una vulneración del derecho a la debida motivación de las resoluciones fiscales. Asimismo, en un fundamento de voto, emitido por la magistrada Ledesma Narváez –única mujer integrante del órgano colegiado constitucional¹⁵–, se enfatiza la necesidad de incorporar la perspectiva de género en la administración de justicia.

3. Análisis

En primer lugar, como cuestión previa, el Tribunal Constitucional realiza una precisión importante en torno a los temas centrales materia del fallo; a saber, la violencia contra las mujeres en el Perú y el derecho a la debida motivación de las resoluciones fiscales.

444

En relación al primer tema, el Tribunal advierte que la violencia contra las mujeres constituye un problema estructural de relevancia constitucional que exige atención prioritaria y efectiva por parte del Estado. Exigencia que viene avalada tanto por el ordenamiento jurídico peruano como por el sistema internacional de los derechos humanos de las mujeres; esencialmente, por lo dispuesto en la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), ratificada por el Perú el 13 de septiembre de 1982, y la Convención Interamericana para Prevenir,

¹⁴ En la STC 05121-2015-PA/TC publicada en el portal web del Tribunal Constitucional, se han ocultado los nombres de las partes. Según razón de Relatoría, a fin de salvaguardar el derecho a la protección de datos.

¹⁵ Si tenemos en consideración la composición según el sexo de los magistrados/as, el Tribunal Constitucional es una institución masculinizada. En efecto, desde el inicio de sus funciones en 1996 hasta la actualidad, solo dos mujeres –frente a veinticuatro hombres– han ocupado una magistratura: la doctora Delia Revoredo Marsano, integrante del primer Colegiado, y la doctora Marianella Ledesma Narváez, integrante del actual colegiado. En tanto que la composición de las magistraturas del Tribunal de Garantías Constitucionales –institución antecesora del TC– fue exclusivamente masculina. Así, durante los diez años de funcionamiento (1982-1992), las mujeres no tuvieron presencia en la magistratura en este Alto Tribunal. Ver: *Jurisprudencia relevante del Tribunal de Garantías Constitucionales. Procesos de inconstitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Lima, 2018, p. 454. Disponible en: <<https://goo.gl/LpR3nf>>.

Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (Convención Belém Do Pará), ratificada por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa 26583, de 22 de marzo de 1996.

En cuanto al segundo tema abordado, el Tribunal precisa –conforme tiene establecido en su jurisprudencia– que el derecho a la debida motivación de las resoluciones supone «que el órgano decisor y, en su caso, los fiscales, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Ello implica también que exista congruencia entre lo pedido y lo resuelto, y que, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada»¹⁶. Razones que, de acuerdo con el cuerpo colegiado, deben provenir tanto del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, como de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite de la investigación del que se deriva la resolución cuestionada.

Consecuentemente, a juicio del TC, «el derecho a la debida motivación de las decisiones fiscales también se ve vulnerado cuando la motivación es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones de hecho o de derecho que sustenten la decisión fiscal, o porque se intenta dar solo un cumplimiento formal a la exigencia de la motivación. Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente constituirá una decisión fiscal arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional»¹⁷.

445

En segundo lugar, en lo concerniente propiamente al análisis de fondo, el TC examina la motivación de las resoluciones fiscales emitidas tanto por la Octava Fiscalía Provincial Penal como por la Segunda Fiscalía Superior Penal, ambas del Distrito Fiscal de Lima.

En relación al examen de la primera decisión, el TC se sitúa en el marco de la teoría estándar de la argumentación jurídica; más específicamente, en el contexto de la justificación de las decisiones¹⁸. Desde

¹⁶ STC 05121-2015-PA/TC, fundamento 15.

¹⁷ STC 05121-2015-PA/TC, fundamento 16.

¹⁸ Como enfatiza Atienza, las teorías estándar de la argumentación jurídica se sitúan en el contexto de justificación de los argumentos. Ver: Manuel Atienza, *Las razones del Derecho. Teorías de la*

esta perspectiva, considera que se ha producido una afectación al derecho a la debida motivación en la medida que la citada Resolución –de la Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima– habría incurrido en una insuficiencia argumentativa.

Así, conforme se aprecia del informe médico que obra en el expediente, la demandante –que denunció haber sido víctima de violación de la libertad sexual– presenta lesiones genitales: desgarro perineal (y sangrado activo). Ahora bien, según pronunciamiento de los médicos legistas intervinientes en la investigación, esta lesión podría haberse producido como consecuencia de «una relación sexual consentida» (posibilidad 1) o de «una relación sexual no consentida» (posibilidad 2).

Las dos posibilidades están enunciadas en la información fáctica («consentimiento» y «no consentimiento»); sin embargo, no se encuentran presentes en el razonamiento llevado a cabo por la fiscal (segunda premisa fáctica) al emitir su decisión, limitándose a recoger solo una de las dos posibilidades: la que considera que «no se habría acreditado el no consentimiento». En efecto, en la disposición fiscal provincial de archivamiento se concluyó

446

(...) teniendo en consideración lo vertido por la denunciante (...) así como las declaraciones de los médicos legistas, se puede concluir que el desgarro perineal sufrido como consecuencia de las relaciones sexuales entre (...) y el denunciado no han sido producto de violencia o amenaza; por el contrario se acentúa la alegación sostenida por el denunciado en el sentido que las relaciones sexuales mantenidas con (...) han sido consentidas¹⁹.

De este proceso argumentativo se advierte que –como acertadamente pone de manifiesto el Tribunal Constitucional– la fiscal no revela las razones objetivas que le hacen preferir la «posibilidad 1» y la disuaden de la «posibilidad 2». Es decir que, a entender del intérprete supremo de la Constitución, la fiscal no habría fundamentado de manera suficiente por qué dejó de lado las conclusiones médicas objetivas respecto a la posibilidad conforme a la cual los desgarros genitales habrían sido

Argumentación Jurídica, Universidad Autónoma, México, 2005, p. 6.

¹⁹ STC 05121-2015-PA/TC, fundamento 21.

producidos en el contexto de «relaciones sexuales no consentidas», pese a que le compete realizar tal análisis a efectos de la formalización de la denuncia. Produciéndose, en consecuencia, un déficit de corrección y validez constitucional de la decisión impugnada.

En relación a la segunda resolución –emitida por la Segunda Fiscalía Superior Penal– materia de control constitucional, el Tribunal considera vulnerado el derecho a la debida motivación de las resoluciones fiscales, por dos razones: i) cumplimiento formal de motivación, y ii) adopción de la decisión sobre la base de patrones discriminatorios.

En cuanto al cumplimiento formal de la exigencia de motivación (i), el TC evalúa la disposición fiscal que, en virtud al razonamiento que a continuación se transcribe, ordenó el archivamiento definitivo de la denuncia

(...) pese a obrar en autos los Certificados Médico Legales que concluyen desfloración antigua, dando cuenta de la existencia objetiva de una relación sexual, no determinan en ningún caso que dicha relación se haya practicado encontrándose la agraviada bajo un estado de inconsciencia o incapacidad de resistir (sic); lo que se acredita con la manifestación policial de R. Anco Santos, recepcionista del Hostal (...) donde refiere que tanto la agraviada como el denunciado ingresaron a la habitación (...) caminando y, por la manifestación de la médica ginecóloga del Servicio de Salud de la Dirección de Asuntos Estudiantiles de la PUCP, C. Mere Hernández (...) donde señala que la agraviada no se encontraba en estado de ebriedad al momento de practicarle el examen (...) ²⁰.

Pues bien, a juicio del Tribunal Constitucional, el proceso argumentativo llevado a cabo por el fiscal carece de una motivación adecuada, suficiente y congruente, fundamentalmente, debido a que desnaturaliza el valor probatorio de los certificados médicos que, en caso de autos, tiene como objetivo probar la violación sexual alegada más no el estado de inconsciencia de la víctima, como pretende el representante del Ministerio Público.

²⁰ STC 05121-2015-PA/TC, fundamento 28.

Respecto a la decisión fiscal adoptada sobre la base de patrones discriminatorios (ii), el TC examina el siguiente texto de la resolución

(...) la sindicación hecha por la denunciante, sin medidos de prueba que sustenten sus afirmaciones, resulta insuficiente para ser considerada como elemento que atribuya responsabilidad penal alguna, más aún teniéndose que desde la fecha en que ocurrieron los hechos a la de formulación de la denuncia transcurrieron cuarentaidos días (...) aunado a la edad de la denunciante, su actividad preprofesional en la carrera de Derecho y principalmente la forma y circunstancias del hecho incoado (...) ²¹

De esta forma, el Tribunal advierte dos cuestiones esenciales; por un lado (ii.a), que el Ministerio Público no ha tomado en cuenta «la declaración de la propia recurrente» (la palabra de la víctima), aún cuando en estos casos resulta de vital importancia, dadas las especiales circunstancias que rodean el delito de violación sexual, conforme estableció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los Casos Fernández Ortega vs México y Rosendo Cantú vs México.

448

Con este análisis, el Tribunal Constitucional arroja luz sobre uno de los problemas centrales persistentes en todos los sistemas de administración de justicia de las Américas, también en el Perú. En efecto, la «infravaloración de la palabra de las mujeres» y la «descalificación de las víctimas» en los procesos judiciales de violencia sexual son un patrón de actuación de los operadores judiciales –constatado por la CIDH–, que supone uno de los principales obstáculos para el acceso a la justicia de las mujeres ²².

Para la magistrada Gloria Poyatos, presidenta de la Asociación de Mujeres Juezas de España, este problema –infravaloración de la palabra de las mujeres en los procesos judiciales de violencia– tiene que ver con el hecho tradicional de considerar a las mujeres como «seres poco confiables

²¹ STC 05121-2015-PA/TC, fundamento 29.

²² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. RELATORÍA SOBRE LOS DERECHOS DE LA MUJER. *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica*, 9 de diciembre de 2011, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 63, párrafo 128; «Vacíos e irregularidades en la investigación de los casos de violencia contra las mujeres», en COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. RELATORÍA SOBRE LOS DERECHOS DE LA MUJER. *Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, Op. Cit., párrafo 127.

y mentirosas»²³. Juzgar con perspectiva de género y aplicar el Método jurídico feminista propuesto por la jurista Katharine Bartlett²⁴, serían las herramientas –imprescindibles en labor jurisdiccional– que permitirían evitar que los operadores judiciales discriminen a través de la motivación de las decisiones y la necesaria interpretación normativa que le precede.

Por otro lado (ii.b), el Tribunal también advierte que la decisión adoptada por el fiscal superior se apoya en criterios que constituyen patrones discriminatorios centrados en la conducta de la víctima (el tiempo que tardó en denunciar el hecho) y en su vida (su actividad preprofesional en la carrera de derecho y su edad). Como puede apreciarse, se trataría de una decisión fundada en ideas preconcebidas –por el fiscal– sobre «cómo debería actuar una víctima de violación».

De este modo, en el control que efectúa el Tribunal Constitucional se consigue poner en el punto de mira otro de los problemas prevalentes en los sistemas de administración de justicia de las Américas, a saber, la presencia de patrones de discriminación y estereotipos de género²⁵ en la aplicación e interpretación de las disposiciones normativas, y la justificación de las decisiones llevadas a cabo por los operadores de justicia. De hecho, para la Corte IDH, la creación y uso de estereotipos de género no sólo sería «una de las causas y consecuencias» de la violencia contra las mujeres, sino también de la impunidad en el procesamiento judicial de estos casos. Problema vigente en el Perú al que, a través de este pronunciamiento, el intérprete supremo de la Constitución hace frente, exigiendo una motivación reforzada en los casos de violencia contra las mujeres.

²³ Un ejemplo de esa tradicional infravaloración de la palabra de las mujeres al que hace referencia la magistrada Poyatos es que en España, a las mujeres no se les permitió ser testigos en testamentos hasta 1958. Estereotipo persistente en los procesos judiciales como en el caso de la señora Ángela Gonzales, cuyo marido mató a su hija en 2003, después de que hubiera interpuesto 43 denuncias que fueron ignoradas. Ver: Sara MONTERO, «Las sentencias sin perspectiva de género, los estereotipos que ciegan a la Justicia», en *Cuarto Poder*. Disponible en: <<https://goo.gl/1tUSxw>>.

²⁴ Katharine BARTLETT «Métodos feministas en el Derecho», Palestra, Lima, 2011.

²⁵ A partir del estudio de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, E. Cardoso, analiza en qué sentido los estereotipos pueden limitar el funcionamiento de la administración de justicia. Ver: Emanuela CARDOSO ONOFRE, «Mujeres y estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 9, 2016, pp. 26-48; Simone CUSACK, Gender Stereotyping as a Human Rights Violation, commissioned by the UN Office of the High Commissioner for Human Rights, 2013. Disponible en: <<https://goo.gl/oHnY7e>>; Simone CUSACK, Eliminating Judicial Stereotyping: Equal Access to Justice for Women in Gender-based Violence Cases, commissioned by the UN Office of the High Commissioner for Human Rights, 2014. Disponible en: <<https://goo.gl/z6tqBH>>.

El criterio jurisprudencial en materia de intereses moratorios en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Comentario a la STC 04532-2013-PA /TC

SUSANA TÁVARA ESPINOZA

Asesora Jurisdiccional del Tribunal Constitucional

1. Materias constitucionalmente relevantes examinadas por el Tribunal Constitucional

- 1.1. Antecedentes jurisprudenciales y cuestiones previas.
- 1.2. Reflexión sobre el principio de razonabilidad en la administración pública y su vinculación en las medidas restrictivas de derechos.
- 1.3. La garantía del plazo razonable como elemento del derecho al debido procedimiento administrativo.
 - a) Inicio y fin del cómputo del plazo razonable en el contencioso tributario.
 - b) El derecho al plazo razonable.
- 1.4. Efectos de la sentencia.

451

Artículo 74º de la Constitución de 1993

Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo(...) El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio(...).

Numeral 1.4. del artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27444

1.4. Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen, infracciones,

impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

2. Contexto histórico-político de la sentencia

El Caso Medina Baca STC 04082-2012-PA/TC.

En este caso, que sirve como antecedente directo a la jurisprudencia bajo análisis, se solicitaba que se dejen sin efecto una serie de resoluciones de ejecución coactiva, así como la inaplicación del artículo 33 del TUO del Código Tributario, en su versión vigente hasta el ejercicio 2006, así como el artículo 3 del D Leg. 969, que lo modifica, y la Segunda Disposición Complementaria Final del D. Leg. 981.

Reglas de capitalización de intereses y su constitucionalidad

452

- Aunque inicialmente no fue incluida la figura de intereses moratorios, en 1999, se introdujo (vigente por 7 años).
- Pues bien, sobre la no confiscatoriedad de los tributos el TC ha señalado que «dicho principio se transgrede cada vez que un tributo excede el límite que razonablemente puede admitirse como justificado en un régimen en el que se ha garantizado constitucionalmente el derecho subjetivo a la propiedad» considerándole, asimismo, como «uno de los componentes básicos y esenciales de nuestro modelo de constitución económica» (STC 2727-2002-AA/TC).
- El TC considera que la regla de la capitalización de intereses transgrede el principio de razonabilidad. En efecto, según el TC es claramente excesiva, pues incrementa la deuda tributaria al punto de quintuplicarla.
- La administración tributaria, al calcular los intereses, deberá hacerlo sin tomar en cuenta las normas y reglas sobre capitalización de intereses que estuvieron vigentes en el TUO del Código Tributario.

Cómputo de Intereses durante el trámite del procedimiento contencioso tributario

- Tampoco se considera para el análisis de este extremo de la demanda al principio de no confiscatoriedad de los tributos, sino, más bien, al derecho al acceso a los recursos en sede administrativa.
- No puede presumirse la mala fe del demandante en la interposición de recursos (contencioso tributario), debiendo estimar la demanda en el extremo relativo al cómputo de intereses moratorios durante el contencioso tributario (artículo 6 del D. Leg. 981).

Caso materia de análisis ICATOM S.A. (Exp. 04532-2013-PA)

El objeto de la demanda consiste en que

- Se deje sin efecto la R. Coactiva, en el que extremo que liquida los intereses legales desde la fecha de imposición de las multas, establecidas mediante sendas resoluciones.
- Se ordene a la SUNAT liquidar los respectivos intereses legales únicamente hasta a fecha en la cual venció el plazo para que el Tribunal Fiscal emitiera pronunciamiento; y,
- Se ordene a la SUNAT la devolución del monto cancelado en exceso por concepto de intereses generados por dichas multas.

453

Cuestión previa

La Intendencia Regional autoriza la solicitud de devolución a través de la emisión de un cheque no negociable, así como una nota de crédito. Esta última fue aplicada para la cancelación de las multas tributarias pendientes.

Sobre la procedencia de la demanda, hace el mismo análisis que el caso Medina Baca (la queja no suspende el coactivo y la mención a Elgo Ríos para llegar a concluir que no hay otra vía igualmente satisfactoria).

Sobre la aplicación del criterio Medina Baca

- Indica que, pese a tratarse de una persona jurídica, sí resulta aplicable la jurisprudencia sobre intereses moratorios. No existe causa objetiva y razonable que justifique distinta responsabilidad jurídica de los contribuyentes.
- Al respecto, abunda en el análisis y le da mayor sustento al caso Medina de Baca; cabe indicar que la finalidad del cobro de intereses moratorios en las deudas tributarias es compensar al acreedor tributario por la demora en el pago; finalidad que resultará legítima en tanto la demora sea imputable y razonablemente previsible por el deudor.
- El TC no advierte una causa objetiva que justifique un tratamiento legislativo diferenciado entre los recursos de reclamación y apelación.

La garantía del plazo razonable como elemento del derecho al debido procedimiento administrativo.

454

En esta sentencia, y pese a no haber sido señalado por la empresa recurrente, se precisa que para determinar si en un procedimiento administrativo se ha producido o no la violación del derecho a un plazo razonable, se deberán aplicar una serie de criterios tales como la complejidad del asunto, la actividad o conducta del administrado, la conducta de la administración pública, así como las consecuencias que la demora produce en las partes (STC 3778-2004-AA/TC).

Se concluye en este apartado que las autoridades administrativo-tributarias, no actuaron con la debida diligencia y celeridad a fin de resolver en un plazo razonable.

El TC, en aplicación del principio de previsión de consecuencias, precisa los alcances de la aplicación del caso Medina de Baca a la presente controversia: Primero, que tratándose de procesos de control concreto, los efectos solo vinculan a las partes; y, segundo, el razonamiento allí desarrollado no puede ser aplicado retroactivamente.

En tal sentido, declara FUNDADA la demanda por haberse acreditado la vulneración del principio de razonabilidad y del derecho al plazo razonable. Se declara NULA la Resolución de intendencia relativa al

extremo que aplica el monto consignado en la nota de crédito negociable para la cancelación de las deudas originadas en las resoluciones de multa, y disponer el nuevo cálculo de intereses moratorios sin aplicar la regla del cobro durante el tiempo excesivo al legalmente establecido, que aplicó el TF al momento de resolver la apelación.

Por último, se ordena a la emplazada y demás entidades competentes en el conocimiento de casos similares, tomen en cuenta, en lo sucesivo, los criterios establecidos en los fundamentos 51 a 53.

RESEÑAS

La letra de la ley. Historia de las Constituciones del Perú

NATALINA STAMILE

Profesora de la Universidad de Bérgamo (Italia)

Título	: La letra de la Ley. Historia de las Constituciones del Perú
Autor	: Carlos Ramos Núñez
Editorial	: Centro de Estudios Constitucionales
Año	: 2018

Esta serie de estudios de Carlos Ramos Núñez versa sobre la historia de las constituciones del Perú. Para apreciar su importancia e invitar a su lectura resulta útil ensayar un esbozo y explicar, someramente, la interesante obra del autor. En el Perú, la primera Constitución fue aprobada en el año 1823, pero el constitucionalismo peruano se habría iniciado propiamente con la Constitución de Cádiz de 1812. Así, doce son los textos constitucionales que se sucedieron en el Perú, desde 1823 hasta 1993, a los cuales el autor dedica un capítulo por cada Carta Fundamental.

459

Indudablemente, este último dato nos hace reflexionar sobre la importancia de un estudio que aborda desde una perspectiva histórica la temática de la Constitución y de cómo impacta su presencia en el territorio en que se afirma. A este respecto, emblemáticas son las palabras de Carlos Ramos Núñez: «Su utilidad no solo descansa en el conocimiento que nos ofrece de nuestra tradición constitucional, a veces espléndida, otras veces precaria, sino en el convencimiento que la Constitución no solo es texto o documento, es también historia»¹. No obstante, el entusiasmo encuentra un freno en el hecho de que las primeras Cartas constitucionales acusan todos los límites del momento histórico en que fueron aprobadas y concebidas. A tal propósito, el autor ofrece al lector/a una serie consistente de detalles y de opiniones acompañada de un sutil análisis técnico-jurídico.

¹ Véase, CARLOS RAMOS NÚÑEZ, *La Letra de la Ley. Historia de las Constituciones*, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, 2018, pág. 114.

Por ejemplo, pone de relieve dos cuestiones importantes. Primero, que inicialmente el Legislativo fue el Poder más importante y que el Poder Ejecutivo tuvo apenas un papel relevante²; segundo, que existía cierta confusión de las cuestiones morales (especialmente aquellas vinculadas con la religión católica) con las políticas, de modo que se podría haber caído en una visión fuertemente paternalista orientada al legalismo moral.

De estas primeras Cartas constitucionales, podríamos, en cierta medida, afirmar que emergería la confusión de la doble dimensión de la razón; es decir la razón teórica (que respondía a la pregunta de cómo son las cosas) y otra práctica (que daba respuesta a la pregunta acerca de cómo debíamos comportarnos u organizar la vida). Sin embargo, esa interpretación nos llevaría más allá de lo que las primeras constituciones peruanas representan y cuál es el sentido real o significado atribuible a cada texto, que si no son leyes se acercan muchos a serlo. De aquí se comprendería también el título provocativo que el autor elige, es decir, *La letra de la ley. Historia de las constituciones del Perú*. Sin embargo, sería un error leer el pasado con los lentes de la contemporaneidad y del presente, error que de ningún modo comete el autor ni los historiadores citados y estudiados en la *Historia de las Constituciones*.

La importancia de conocer estas primeras Cartas Fundamentales tiene que ver con que la presencia de una Constitución incide inevitablemente sobre una cierta manera de pensar la sociedad y también de cómo organizar la vida social y, especialmente, sobre la forma de Estado que se quiere adoptar. Además, estas primeras reflexiones son indispensables para comprender que con el término Constitución no se indica un solo y único concepto, sino, por el contrario, existen diferentes maneras de entender. De acuerdo con Riccardo Guastini, es posible esbozar, por lo menos, tres definiciones: la primera remite a una Constitución como ordenamiento político de tipo liberal³; la segunda, a una Constitución como un conjunto

² Véase, Carlos RAMOS NÚÑEZ, *Op. Cit.*, pág. 20 y especialmente la cita al historiador peruano Toribio Pacheco que en sus Cuestiones constitucionales sostiene claramente que: «Según esta Constitución, el Poder Legislativo es todo, el Ejecutivo nada; y esta sola consideración basta para creer que su observancia había de ser efímera y su duración muy corta. En una época en que se requería obrar más y discutir menos, era preciso dar más ensanche al poder en quien reside esencialmente la acción».

³ Riccardo GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 67 y siguientes.

de normas fundamentales⁴; y, finalmente, la tercera definición se basa en considerar, la Constitución como fuente⁵. Si analizamos las constituciones peruanas, podemos encontrar las tres definiciones formuladas por Guastini.

Las primeras constituciones son de clara inspiración liberal, y se encuentran en el marco del artículo 16 de la *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789*, de acuerdo con la cual una sociedad que no garantiza los derechos ni la división de los poderes carece de Constitución. Con respecto al segundo significado que formula Guastini, sería posible determinar una fase intermedia en la cual las Constituciones eran percibidas como mero conjunto de normas destinadas a describir un sistema jurídico. Así, estas normas regulan la organización del Estado, el ejercicio y las funciones de los poderes, la relación entre el Estado y el ciudadano y expresan los principios o valores considerados fundamentales por el sistema. Por ello, se podría afirmar que todos los Estados tienen una Constitución independientemente de su contenido político⁶. Además, siempre en relación a este segundo tipo de constituciones, salta a la vista cómo las Constituciones del Perú, en el mismo texto, regulaban el período de revisión e interrupción constitucional; es decir, el periodo de vigencia de la *Constitución*. Esto explicaría también por qué algunas de ellas duraron tan poco tiempo. El autor de *La letra de la ley*, adoptando un estilo claro, no deja duda alguna sobre tal consideración.

En fin, antes de formular algunas consideraciones en relación con el último significado atribuible a la Constitución aludida por Guastini, es interesante destacar cómo la Constitución de 1856 evidencia un paso fundamental hacia la afirmación de la inviolabilidad de la vida humana. Es una de las constituciones de menor duración pero de enorme impacto político e ideológico. En este texto se introduce la abolición de la pena muerte –aunque las sucesivas constituciones también mantienen esta abolición– mediante la siguiente norma: «La sociedad no tiene derecho de matar» que vinculada a «nadie es esclavo en la República», como señala Carlos Ramos Núñez «Hizo imposible el retorno de la servidumbre con una declaración simple pero efectiva [...] En una sola fórmula incluía la prohibición del nacimiento en condición de esclavitud y la imposibilidad de

⁴ Ibídem.

⁵ Ibídem. Riccardo GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 239.

⁶ Véase: Riccardo GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Cit., p. 69.

continuar como esclavo si había ingresado en ese estado al Perú⁷. Además, según Pareja Paz-Soldán, este texto constitucional, en comparación con los otros, se caracteriza por una mayor precisión legal. En sus palabras: «en este documento, se nota un mayor sentido de la técnica constitucional, una mejor distribución de las materias, menos definiciones y un lenguaje más jurídico»⁸. Ineludiblemente, todo esto dejó una huella que nutriría desde entonces el debate constitucional peruano y las otras futuras Cartas constitucionales.

Finalmente en su último sentido, es decir la Constitución como fuente, significa que es un documento normativo específico; es decir que se distingue de los demás. El contenido de las normas constitucionales, que la componen, se refiere tanto a los derechos como a los deberes y poderes, incluyendo normas de principios y normas programáticas en ámbito socio-económico. Empieza a tomar vigor la idea que la Constitución tiene un «régimen jurídico especial»⁹, distinguiéndose una constitución formal y otra material, y también una constitución flexible de una rígida dependiendo del mecanismo de revisión constitucional¹⁰. En relación a ese último aspecto, la importancia radica en que el tema de la justicia constitucional desde siempre es objeto de atención no solo por parte de los constitucionalistas sino también por parte de los teóricos del derecho. Una posible explicación podría basarse en que la justicia constitucional asume un específico significado no en relación a cualquier forma de ordenamiento jurídico, sino a la forma más evolucionada del Estado de derecho, es decir, del Estado constitucional; y en este contexto es que el Tribunal Constitucional tendría un papel necesario y fundamental como límite constitucional con respecto a la democracia mayoritaria¹¹. A diferencia de los otros países, en el Perú el control de constitucionalidad demoraría en implantarse y, sin embargo, es fruto del siglo XX¹².

⁷ Carlos RAMOS NÚÑEZ, *Op. Cit.*, pp. 64-65. Además hay que señalar que la Constitución de 1860 se caracteriza por tantos pasos retrógrados, entre ellos el Congreso restableció la pena de muerte en el artículo 16 de la Constitución, que la limitaba al homicidio alevoso.

⁸ Véase Carlos RAMOS NÚÑEZ, *Op. Cit.*, p. 56, especialmente nota núm. 58.

⁹ Riccardo GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., p. 69.

¹⁰ Mario BIGNAMI, *Costituzione flessibile, Costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848 – 1956)*, Milano, Giuffrè, 1997.

¹¹ Gustavo ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, p. 21. También Gustavo ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, p. 97.

¹² Para profundizar el tema del Tribunal Constitucional italiano, sus orígenes y su historia véase por ejemplo: Carla RODOTÀ, *Storia della Corte*, Roma, Laterza, 1999 y también Elena BINDI, *La garanzia della costituzione. Chi custodisce i custode?*, Torino, Giappichelli, 2010.

Con específica referencia a la actual Carta Constitucional, Carlos Ramos Núñez señala que el estilo de la Constitución de 1993 no es muy refinado; tanto que podría ser definida como una «Constitución gris» y poco bella: «hasta se diría que, con excepción de su preámbulo y quizá el artículo 2 sobre derechos fundamentales, es un documento gris. No tiene la belleza estilística de las constituciones de 1823 y de 1856, tampoco la fuerza dramática de la Constitución de 1933 ni la exacta parquedad de la Constitución de 1920»¹³. Además, el autor añade algunas reflexiones con el propósito de subrayar cómo algunas tensiones presentes ya en los primeros textos constitucionales continúan vigentes en la actual Carta Fundamental. En general y para dar un ejemplo, se podría pensar en los problemas relacionados con la discriminación por razones de género, origen étnico y social, violencia cotidiana e incumplimiento normativo. Tal vez una de las principales conclusiones que se podría extraer, después de la lectura de *La letra de la ley* es la «fragilidad» del constitucionalismo peruano que ha producido doce constituciones a lo largo de dos siglos (1823-1993), signo de sus límites jurídicos, técnicos, teóricos e históricos. Sin embargo, es mejor tener una Constitución, aunque gris, que no tenerla.

Para concluir, me gustaría señalar que la lectura de *La letra de la ley* es una aporte importante también para quien se acerca desde fuera – en mi caso, desde Italia– animada por el entusiasmo de conocer y (no necesariamente con una perspectiva de Derecho comparado) a estudiar el constitucionalismo peruano. En Italia, la Constitución, aprobada el 22 de diciembre de 1947, publicada el 27 de diciembre del mismo año y en vigor el día 1 de enero de 1948, hace poco ha cumplido sus 70 años. Se caracteriza por diferentes peculiaridades; entre ellas aquí destacaré solamente dos¹⁴. Por un lado, es fruto de un «compromiso histórico»: una particular colaboración entre las diversas y varias fuerzas políticas presentes en el territorio italiano después de la Segunda Guerra Mundial y que participaron en la «Asamblea Constituyente». Por otro lado, ella ha sido votada y no otorgada como lo fue el precedente texto conocido como *Estatuto Albertino*, concebido por el rey Carlos Alberto de Saboya, en vigor desde 1848 y

¹³ Carlos RAMOS NÚÑEZ, *Op. Cit.*, p. 108.

¹⁴ La bibliografía de los estudios sobre la Constitución italiana es prácticamente inabarcable. Véase por ejemplo, y que valga para todos: Carlo ESPOSITO, *La costituzione italiana*. Saggi, Padova, CEDAM, 1954.

extendido a todo el territorio italiano después de la unificación en 1861, también bajo el *ventennio fascista*¹⁵. Al terminar la Segunda Guerra Mundial, los italianos fueron llamados a decidir mediante referéndum universal, de 2 de junio de 1946, entre la monarquía y la república, donde votaron por primera vez también las mujeres. Claramente los resultados en favor de la república determinaron la creación de dicha «Asamblea Constituyente». Tal vez, se podría concluir de manera muy sencilla y aproximada que en el Perú faltaron los dos aspectos: por un lado, el compromiso entre las más diversas fuerzas políticas, incluyendo sobre todo a las minorías y, por otro, que sea votada, es decir que sea capaz de representar un pacto entre los representantes de todo el pueblo peruano, sin exclusión de nadie.

¹⁵ El Estatuto fundamental de la Monarquía de Saboya 4 de marzo 1848 (*Statuto Albertino*) fue firmado el 4 de marzo de 1848 por Carlos Alberto de Saboya y en el preámbulo se autodefine como la «Ley fundamental, perpetua e irrevocable de la Monarquía» Saboyana, siendo reemplazada en 1948 por la Constitución de la República Italiana.

Jurisprudencia relevante del Tribunal de Garantías Constitucionales.

Procesos de inconstitucionalidad

MARÍA CANDELARIA QUISPE PONCE

*Investigadora del Grupo de Investigación sobre el
Derecho y la Justicia. Universidad Carlos III de Madrid*

Título	: Jurisprudencia relevante del Tribunal de Garantías Constitucionales. Procesos de inconstitucionalidad
Editorial	: Centro de Estudios Constitucionales
Año	: 2018

En la estela trazada por la magnífica obra *Un Tribunal para la Constitución*¹, el libro editado por el Centro de Estudios Constitucionales constituye una de las aportaciones más valiosas al estudio e investigación de la jurisdicción constitucional en el Perú en clave histórica. *Jurisprudencia relevante del Tribunal de Garantías Constitucionales*, da cuenta de la primera década del proceso de gestación de la justicia constitucional (concentrada o kelseniana) a la luz de las resoluciones de inconstitucionalidad pronunciadas por el órgano que fuera instaurado por la décimo primera Carta Magna que rigió en el Perú: la Constitución Política de 1979².

465

El volumen recoge y pone a disposición³ de la comunidad jurídica

¹ Esta obra, sobre la base de entrevistas realizadas a los propios magistrados, aborda la historia del primer lustro (1980-1985) del Tribunal Constitucional Español. Ver: *Un Tribunal para la Constitución*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2017. Un agradecimiento especial a la doctora María Emilia ADÁN, decana del Colegio de Registradores de España, por haber enviado un ejemplar de la obra a la biblioteca del CEC del Tribunal Constitucional del Perú.

² Carlos RAMOS NÚÑEZ, *La Letra de la ley. Historia de las Constituciones*, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, Lima, 2018, pp. 99-106. Disponible en: <<https://goo.gl/aBVEfG>>.

³ Se encuentra disponible en el portal web del Tribunal Constitucional: < <https://goo.gl/EtzZCp>>.

y, sobre todo, de los investigadores e investigadoras, un valioso material: quince resoluciones de inconstitucionalidad emitidas por el TGC durante el periodo de su funcionamiento (1982- 1992). Le precede un exhaustivo estudio liminar centrado en dos aspectos cruciales que explican, en primer lugar, el diseño del Tribunal al que le fuera encomendado el control de constitucionalidad, y efectúa, en segundo lugar, un riguroso escrutinio sobre el diseño del proceso de inconstitucionalidad permitiendo, en consecuencia, vislumbrar la compleja trayectoria de la instauración de la «jurisdicción constitucional (concentrada)», que supondría, a decir de don Manuel García-Pelayo, «la transformación del Estado legal de Derecho en Estado Constitucional de Derecho»⁴, con todas las consecuencias que ello supone, aunque en el Perú –en esa primera década– dicha transformación sólo fuera normativa; en otras palabras, «más nominal que real»⁵.

466 Dos fueron las competencias que la Constitución de 1979 atribuyó al TGC: (i) declarar la inconstitucionalidad de las normas con rango de ley, y (ii) resolver en casación las resoluciones denegatorias del Poder Judicial en materia de hábeas corpus y acción de amparo. *Jurisprudencia relevante del Tribunal de Garantías Constitucionales* se ocupa de proporcionarnos no sólo las resoluciones emitidas en el marco de la primera de las competencias asignadas a este alto tribunal, empresa *per se* valiosa de cara a la recuperación de la historia constitucional del Perú –que apenas es objeto de estudio por parte de la academia peruana–, y que permite avanzar en el análisis de la «tímida actuación»⁶ llevada a cabo por el naciente tribunal de justicia constitucional de inspiración kelseniana.

Desde esta óptica, la obra hace posible advertir que la escasa jurisprudencia en materia de inconstitucionalidad emanada del TGC en sus, aproximadamente, diez años de funcionamiento –y el aún más reducido número de acciones de inconstitucionalidad declaradas fundadas (solo cuatro)–, estuvo motivada por la confluencia de distintos factores, entre los que destacan, por un lado, el diseño que el Constituyente –que

⁴ Manuel GARCÍA-PELAYO, «Estado legal y Estado constitucional de derecho», en *Obras Completas*, III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991, p. 3.029.

⁵ César LANDA ARROYO, «Del Tribunal de Garantías Constitucionales al Tribunal Constitucional: el caso peruano», en *Pensamiento Constitucional*, núm. 2, 1995, p. 84.

⁶ César LANDA ARROYO, *Op. Cit.*, p 81.

luego de un «proceso lento, complicado y de ardua confrontación»⁷—terminaría imprimiendo al Tribunal; y, por otro lado, la incipiente «cultura constitucional»⁸ y democrática predominante en el Perú en las décadas de los 80 y 90 del siglo XX, propia no solo de la población sino sobre todo de los operadores jurídicos que, formados *en* y apegados *al* formalismo, no terminaban de asumir las exigencias consustanciales a un Estado Constitucional, «modelo político»⁹ normativamente establecido.

Conforme se encuentra registrado en el Diario de Debates de la Asamblea Constituyente (1978-1979), en la instauración del TGC como órgano de garantía de la Constitución a través del control de constitucionalidad de las leyes, habría tenido cierta resonancia —con matices y salvando las distancias— la clásica polémica sobre quién debe ser el guardián de la Constitución que, en su momento, protagonizaran Hans Kelsen y Carl Schmitt¹⁰.

En efecto, *Jurisprudencia Relevante*, enfatiza que en el Congreso Constituyente¹¹ se presentaron dos propuestas claramente divergentes. Por un lado, se encontraban los constituyentes partidarios de atribuir al Poder Legislativo —a su entender, único órgano legitimado— la trascendental labor de control de constitucionalidad de las normas con rango de ley (garantía política); por otro lado, los constituyentes, entre los que destacaría Javier Valle Riestra, que —teniendo como fuente de «inspiración la Constitución española de 1978, pero también la Constitución de la Segunda República española de 1931, de donde se recogió el nombre»¹²— abogaban por la

⁷ Ernesto BLUME FORTINI, «El Tribunal Constitucional peruano como supremo intérprete de la Constitución», en *Pensamiento Constitucional*, Vol. 3, núm. 3, 1996, p. 321.

⁸ Mariano C. MELERO, «La cultura constitucional», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 15, 2018, pp. 224-230. Disponible en: <<https://goo.gl/35NdYm>>.

⁹ Luis PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2014, p. 107.

¹⁰ Hans KELSEN y Carl SMITT (1888-1985): La polémica Schmitt/Kelsen sobre la Justicia Constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, Tecnos, Madrid, 2009.

¹¹ El Congreso Constituyente de 1978-79 estuvo integrado sólo por dos mujeres: Gabriela Porto de Power y Magda Benavides. El listado completo se encuentra disponible en: <<https://goo.gl/HyBGLJ>>.

¹² Carlos RAMOS NÚÑEZ, *Op. Cit.*, p. 103. En la configuración del TGC de España tam-

creación de un órgano *ad hoc* encargado del control de constitucionalidad (garantía jurisdiccional). Esta última, propuesta que –como es conocido– fue la que se impuso; no obstante, siempre estaría latente la primacía tributada al Poder Legislativo, reflejada –para el caso que nos ocupa–, en la arquitectura institucional del TGC y las facultades que le fueran conferidas por la Constitución y su Ley Orgánica, Ley N.º 23385. Muestra de ello serían, entre otros, el requisito de cincuenta mil firmas de ciudadanos/as para habilitar una demanda de inconstitucionalidad, y la exigencia de seis votos conformes –del total de los nueve magistrados que integraban el órgano colegiado– para la declaratoria de inconstitucionalidad¹³.

De hecho, la exigencia del elevado número de votos conformes para la emisión de sentencias de inconstitucionalidad –problema apuntado por Manuel Aguirre Roca¹⁴–, la fórmula de emisión de «pronunciamientos»¹⁵, establecida ante la imposibilidad de conseguir el quórum exigido, y las pautas adoptadas para la designación de los magistrados (tres designados por el Poder Legislativo; tres por el Poder Ejecutivo; y, tres por la Corte Suprema), se habrían convertido en barreras difíciles de franquear para el desarrollo pleno de la justicia constitucional. De ahí que, conforme se advierte de las resoluciones plasmadas en la obra, sea recién en 1990 cuando se llegue a declarar fundada una demanda de inconstitucionalidad (recaída en el Expediente N° 001-90-I/TGC); es decir, a los ocho años de funcionamiento del TGC. Le seguiría la sentencia recaída en el Expediente 002-003-I/TGC, emitida el 29 de enero de 1991, y las sentencias que declaraban fundada *en parte la demanda*, recaídas en los expedientes 004-005-91-I/TGC, y 008-91-I/TGC, emitidos en 1991 y 1992, respectivamente.

bién estuvo presente el debate en torno a la consideración del control constitucional como una «garantía política o una de tipo jurisdiccional». Ver: Pablo ÁLVAREZ BERTRAND, *El Tribunal de Garantías Constitucionales como órgano de tutela de los derechos fundamentales*, KRK, Oviedo, 2017.

¹³ Ley N.º 23385, Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales. Artículo 8: «El Tribunal resuelve y adopta acuerdos con un mínimo de cinco votos conformes, salvo para resolver los casos de inconstitucionalidad o inadmisibilidad de acción que exigen 6 votos conformes».

¹⁴ Manuel AGUIRRE ROCA, «La razón principal del fracaso del TGC», en *Thémis*, núm. 20, 1991, p. 7.

¹⁵ Los «Pronunciamientos» no fijaban posición sobre el problema, eran más bien formas de documentar la opinión de los jueces constitucionales tanto en mayoría como en minoría a través de la emisión de votos singulares.

En definitiva, *Jurisprudencia Relevante del Tribunal de Garantías Constitucionales*, es una contribución importante para la comunidad jurídica, no sólo porque constituye una valiosa fuente de investigación primaria, sino también porque deja inauguradas interesantes líneas de investigación que, de seguro serán transitadas por los jóvenes investigadores e investigadoras del área de Derecho Constitucional. De este modo, al igual que la publicación de *Las Constituciones del Perú*, obra que contiene las versiones oficiales y fidedignas de las doce Cartas fundamentales¹⁶, fuera especialmente importante para la Historia constitucional, la obra en comentario no lo es menos, ya que da cuenta de la primera década de labor del intérprete supremo de la Constitución, desde el prisma del control concentrado de constitucionalidad. Así pues, *Jurisprudencia Relevante* es, sin duda, un importante logro editorial, que se suma a la amplia producción bibliográfica forjada por el Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú, bajo la dirección del magistrado Carlos Ramos Núñez.

¹⁶ Carlos RAMOS NÚÑEZ (ed.), *Las Constituciones del Perú*, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Lima, 2017. Disponible en: <<https://goo.gl/2XwFwv>>.

El hábeas corpus en la actualidad Posibilidades y límites.

CAMILO SUÁREZ LÓPEZ DE CASTILLA

Abogado. Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional

Título : El hábeas corpus en la actualidad. Posibilidades y límites
Autores : Libro colectivo
Editorial : Centro de Estudios Constitucionales
Año : 2018

El proceso de hábeas corpus ha experimentado una gran evolución desde su instauración en nuestro país en 1897. En efecto, la primera ley que reguló este proceso constitucional en el Perú lo concebía como un mecanismo que únicamente podía ser incoado en favor de aquellas personas que estuviesen detenidas por más de veinticuatro horas sin que un juez se pronuncie sobre su situación jurídica. Desde entonces se han ampliado ostensiblemente sus márgenes de acción, tanto en lo referido a los derechos a ser protegidos como a las situaciones que pueden ser materia de control. Ya no se trata solo de un mecanismo para la protección de la libertad personal ante supuestos en los que no ha habido una actuación judicial adecuada. Actualmente se puede controlar la propia actividad judicial, penitenciaria, de particulares, administrativa, y hasta aspectos relativos a políticas públicas (STC Expediente N° 3426-2008-PHC/TC). En este sentido, es sumamente relevante un libro que aborde todos los aspectos de este proceso constitucional.

471

Resulta digno de destacar que este libro combina temas relativos al proceso de hábeas corpus en sí mismo (artículos sobre sus aspectos procesales, sobre el hábeas corpus innovativo, sobre el modo de protección de los derechos conexos, sobre el parámetro de control) con textos referidos a los derechos que usualmente son materia de protección por este proceso (artículos sobre derecho a la instancia plural, la libertad de tránsito, entre otros).

De los temas abordados, es digno de destacar el referido a los parámetros del control de la motivación en los hábeas corpus contra

resoluciones judiciales. Ello no solo porque la gran mayoría de procesos de hábeas corpus que se interponen son contra resoluciones judiciales, sino porque, salvo pronunciamientos aislados del Tribunal Constitucional y algunos fundamentos de voto, no se ha forjado un criterio en nuestra jurisprudencia constitucional que permita establecer el estándar de control de las resoluciones judiciales.

Resulta también destacable la presencia de artículos que relacionan el hábeas corpus con el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, así como los pronunciamientos que realiza la Corte IDH. Se trata de un asunto de especial interés, por cuanto es de un tema poco explorado en nuestro medio.

Otro aspecto importante de mencionar es el relativo a la protección a través del hábeas corpus de los denominados derechos conexos. Varios de los derechos reconocidos por el legislador en el artículo 25 del Código Procesal Constitucional que son susceptibles de protección a través del hábeas corpus, no necesariamente se encuentran conectados con una afectación directa y concreta de la libertad personal (integridad personal, el no ser privado de documento nacional de identidad o pasaporte, el ser asistido por un abogado defensor cuando se es citado por cualquier autoridad, el que se observe el trámite cuando se refiere al procedimiento al que se refiere el artículo 99 de la Constitución). En cuanto a estos supuestos, la jurisprudencia constitucional no es clara ni uniforme sobre si, para su protección a través del hábeas corpus, se requiere que en el caso concreto se figure una forma de restricción de la libertad física. Lo problemático del tema es que se hayan incluido dos artículos sobre esta materia en el libro.

472

Sin embargo, la variedad de tópicos abordados en esta obra es una virtud, aunque se note la ausencia de textos sobre una serie de aspectos relacionados al hábeas corpus como los derechos penitenciarios, integridad personal, derecho de no ser privado de documento nacional de identidad, y varios aspectos del debido proceso.

Con todo, se trata del libro más completo que sobre este proceso constitucional se ha editado en nuestro país, esfuerzo que vale destacar por parte del Centro de Estudios Constitucionales.

Este libro se terminó de imprimir en marzo de 2019 ,
en las instalaciones de Servicios Gráficos JMD S.R.L.,
por encargo del Centro de Estudios Constitucionales
del Tribunal Constitucional del Perú.