

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE



IPSO JURE

AÑO 11 N° 45 MAYO 2019

POR UNA MEJORA EN LA CALIDAD DEL SERVICIO DE IMPARTICIÓN DE JUSTICIA



PRESENTACIÓN



Oscar Burga Zamora
Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque

CONSEJO DIRECTIVO DE LA REVISTA IPSO JURE

- Dr. Aldo Zapata López, Presidente de Corte y Presidente del Consejo Directivo de la revista.
- Dr. Edwin Figueroa Gutarra, director de la revista y representante de los señores Jueces Superiores.
 - Dra. Blanca Cervera Dávila, en representación de los señores Jueces Especializados
- Dres. Willy López Fernández, Hellen Guevara Jiménez, Carla Paredes Ciccía y Evelyn Alejo Quiroz, en representación de los señores Jueces de Paz Letrados
- Auxiliares jurisdiccionales de apoyo: Kelly Mego Alarcón

NUMERO DE DEPÓSITO LEGAL 2014-07044



INDICE

PALABRAS DEL DIRECTOR	5
.....	
LA MIGRACIÓN INTERNACIONAL MASIVA IRREGULAR. RETOS Y DESAFÍOS PARA LOS DERECHOS HUMANOS	
<i>EDWIN FIGUEROA GUTARRA</i>	6
.....	
UN SUPUESTO ENIGMA JURÍDICO: EL ORDEN PÚBLICO	
<i>MANUEL ATIENZA</i>	25
.....	
EL PODER EJECUTIVO EN EL PERÚ Y EL PARLAMENTO. THE EXECUTIVE POWER IN PERU AND THE PARLIAMENT	
<i>VÁSQUEZ BOCANEGRA SOFÍA DEL CARMEN</i>	46
.....	
DERECHO AL VOTO VOLUNTARIO	
<i>JENNIFER DELY VILCA HUAMAN</i>	57
.....	
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	
<i>ARIANA CABREJOS MEGO</i>	66
.....	



PALABRAS DEL DIRECTOR

Estimados amigos:

La Corte Superior de Justicia celebra el 23 de mayo de 2019 su nonagésimo noveno aniversario de creación institucional. Tan singular fecha nos lleva a reflexión en el sentido de qué se espera de los jueces a raíz de tan magna fecha, en el caso nuestro a casi una centuria de actividad jurisdiccional, pero la proyección es general cuando nos ocupamos de la labor de los jueces con criterios macro y, entonces, la mira no es solo respecto de estos lares sino se trata de una proyección de responsabilidades en la escena contemporánea.

Ya el barón de Montesquieu perfilaba hacia el año 1754 en “El Espíritu de las leyes” que los jueces eran seres inertes e inanimados que solo pronunciaban las palabras de la ley y la concepción al respecto de un juez como “bouche de la loi”, o boca de la ley, era consecuencia de esa otra concepción de “poder nulo” que signaba el pensador francés respecto a los jueces. Y fundamentaba que se trataba de un poder nulo en razón de que tan solo aplicaba la ley, y no debía ocurrir siquiera acaso pensar que pudiera tener una función interpretativa de la ley, menos aún representativa de un Poder del estado.

En rigor, es el mismo Gargarella quien reseña, en los albores de la Revolución Americana de Independencia, allá por fines del siglo XVIII, que con motivo de la ratificación de la Constitución americana por la población de Nueva York, el cuestionamiento de representatividad de los jueces era enfático por parte de la crítica en el sentido de que se trataba de un poder antimayoritario, es decir, contrario a lo que implica un poder que emanaba de las decisiones de elección de las mayorías, y por tanto, al ostentar esa condición antimayoritaria, pues no podían pretender prevalecer sobre los Poderes Ejecutivo y Legislativo en cuanto a funciones de corrección, leamos aquí de control constitucional. Al respecto, Hamilton, Madison y Jay, los pensadores y promotores de “El Federalista” argumentaron que no se trataba de un Poder que prevalecía sobre otros, sino que puntualmente la labor contralora de los jueces, en propiedad, legitimaba la misma Constitución. Por lo tanto, se trataba de una labor de legitimación y no de competencia de poderes.

Ya en el siglo XX a raíz de la famosa polémica entre Kelsen y Schmitt en los años 30 y respecto de quién debía ser el defensor de la Constitución, pues nos queda en claro la idea de la representatividad de las ideas de Schmitt, en cuanto a que si bien no podemos hablar de un Estado jurisdiccional como tal, o de gobierno de los jueces, pues sí podemos aludir a una especie de funcionarios que sin ser gobernantes, sí ejercen actos de gobierno. Es lo que sucede, por ejemplo, cuando ocurre que deben realizar los jueces control de constitucionalidad respecto de normas que vulneran la Constitución y cuando puntualmente deben enmendar, de esta forma, decisiones de los Poderes Ejecutivo y Legislativo que van contra los principios, valores y directrices que alberga nuestra Norma Fundamental.

Y los ejemplos al respecto podrían continuar, siempre bajo la premisa de ese necesario deber de protección de los jueces frente a la vulneración de los derechos de los ciudadanos. Y sin embargo, cuanto creemos importante en estas líneas de aniversario, es la exigencia moral de destacar un deber material del juez para con su comunidad. Y ello se realiza, como lo enuncia Atienza Rodríguez, a través de un activismo judicial restringido que, en síntesis, enuncie un compromiso activo de los jueces frente a los derechos fundamentales, y de otro lado, que en esa necesaria tarea contralora y de defensa de los derechos, pues exista, en forma simultánea, un deber material de restringir los actos jurisdiccionales a la naturaleza de las cosas. De allí se crea la exigencia de una línea de equilibrio en la defensa de los derechos y de ahí nace la idea de un deber de defender derechos que son conculcados, pero al mismo tiempo, se exige que esa defensa se realice dentro de una línea de necesaria mesura de definición de los derechos en pugna.

Por tanto, corresponde al juez una labor no solo compleja sino de afianzamiento de los derechos como tales, buscando su punto más óptimo, cual teoría de Pareto, por el lado de la maximización del contenido material de los derechos. Es ciertamente una tarea compleja pero por cierto valedera. La historia de los derechos es taxativa al respecto: o los defendemos o los preterimos. No hay punto medio ni de renuncia a los deberes que nacen, en la tarea jurisdiccional, de dar en justicia lo que a cada quien lo que le corresponde.

Feliz XCIX aniversario, Lambayeque.

Hasta la próxima edición.

Edwin Figueroa Gutarra
Director



LA MIGRACIÓN INTERNACIONAL MASIVA IRREGULAR. RETOS Y DESAFÍOS PARA LOS DERECHOS HUMANOS



Edwin Figueroa Gutarra¹

*La libertad, la justicia y la paz en el mundo
tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca
y de los derechos iguales e inalienables
de todos los miembros de la familia humana.*
Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

Contenidos

Introducción. 1. Migración internacional masiva irregular. Una aproximación conceptual. 2. Caracteres de la migración internacional masiva irregular. 3. Problemas que genera la migración internacional masiva irregular. 4. Medios de acción frente a una migración internacional masiva irregular. Conclusiones.

Introducción

Una de las características centrales de los derechos humanos en este siglo XXI, también denominado la centuria del desbordamiento e irradiación de estos derechos especialísimos, ha sido y es su carácter de progresividad. Hoy nos podemos preciar, digámoslo sin ambages, de un sistema universal de protección de los derechos humanos en sus ámbitos formal y material. Formal, por cuanto los ordenamientos jurídicos internos vienen estructurando, a través de sus ordenamientos jurídicos internos, Cartas Fundamentales y normas con rango legal, que afianzan, cada vez de mejor forma, la dispensa de protección que exigen los derechos humanos; y material, por cuanto la jurisprudencia de los altos tribunales internacionales, principalmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos así como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, van construyendo estándares de progresividad que los Estados parte se ven obligados a respetar, dado el efecto vinculante que involucran instrumentos como la Convención Americana de Derechos Humanos, así como el Convenio Europeo de Derechos Humanos, entre otros acuerdos supranacionales.

Llegamos a inferir, entonces, que estos tiempos de *democracia de exigencias*, en especial de concepciones materiales amplias, desde que concluyera la Segunda Guerra Mundial, han consolidado la construcción de un esquema especial de protección de los derechos humanos, los mismos que se han visto reforzados por una evolución *in crescendo* de la naturaleza de estos derechos contextos de democracia.

Y reafirmamos la valía de una *democracia de exigencias* porque resulta inconcebible que los derechos elementales a los cuales aludimos, puedan ser dejados de lado en regímenes en los cuales el lema sea *auctoritas non veritas facit legem*, sistemas en los cuales los gobiernos ilegítimos se ven afianzados precisamente porque la observancia de los derechos humanos se

¹ Doctor en Derecho. Juez Superior Distrito Judicial Lambayeque, Poder Judicial del Perú. Profesor de la Academia de la Magistratura del Perú. Docente Área Constitucional Universidad San Martín de Porres, Filial Chiclayo. Ex becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional AECID. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la International Association of Constitutional Law. (IACL). efigueroag@pj.gob.pe

encuentra en un nivel de anomia, desprotección y decaimiento constantes, y en donde vale solo el dicho de la autoridad y no de la verdad, lo cual es propio de gobiernos de facto.

En consecuencia, si existe una gran mayoría de regímenes democráticos en el mundo, la interrogante clave es por qué apreciamos contextos tan difíciles de migración masiva como la de ciudadanos sirios a Europa, o la de venezolanos a otros países de Latinoamérica, o de las caravanas de centro americanos queriendo desbordar las fronteras de EE.UU., entre otros fenómenos recientes. Estas realidades contemporáneas ponen a prueba, por tanto, los estándares de protección a los derechos humanos, pues resultan elementos de evaluación para definir si las democracias están en la capacidad de responder efectivamente a estos fenómenos de migración masiva que desbordan las fronteras de los países receptores.

Dado el contexto referido, es objeto de este breve estudio, antes que una revisión formal del esquema de protección de los derechos humanos de los migrantes, buscar respuestas explicativas de estos fenómenos, en un primer orden; y en un segundo plano, formular hipótesis de eventuales y necesarias respuestas de los Estados frente a los fenómenos de migración masiva, dado que resulta hoy de plano insuficiente para muchos regímenes, encontrar respuestas idóneas para migraciones que no se inscriben en un ámbito de regularidad, sino que, por el contrario, desbordan sin miramientos los esquemas formales de las migraciones regulares.

En consecuencia, si la migración masiva supera la posible capacidad de respuesta de un país receptor, como sucede hoy en muchos casos en países tradicionalmente respetuosos de una migración regular, la cuestión se centra en otro ámbito: ¿qué puede hacer el Derecho Internacional de los Derechos Humanos DIDH para construir una respuesta idónea, necesaria y proporcional para dar respuestas eficaces a contextos antes no previstos?

La cuestión que planteamos trasciende con creces todo cálculo ordenado de migración y ciertamente nos deja un sinsabor de largo aliento, en la medida que percibimos que todos nuestros esquemas formales y materiales de protección de los derechos humanos, resultan de plano desbordados por los problemas que generan las migraciones masivas. Ello nos lleva a una encrucijada con aires de fatalidad: los Estados parte de los sistemas de protección de derechos humanos, tanto en América como Europa, se comprometen a atender los fenómenos de migración masiva, pero ésta excede todo cálculo racional de probabilidad.

Esta situación pone a prueba, entonces, la viabilidad de respuesta de las democracias contemporáneas, exigiéndose, entonces, respuestas de restricción que formulan los sistemas legales. Aquí encuentran eco, por consiguiente, respuestas no convincentes como el intento de construcción de un muro en las fronteras de los Estados Unidos de América, a un costo sideral; o bien la exigencia indispensable de pasaportes a los migrantes, instrumentos que muchas veces éstos no están en condiciones de presentar; o simplemente el reforzamiento de las patrullas de guardia marina, como sucede en Europa, frente a las lanchas y pequeños botes de ciudadanos asiáticos y africanos.

Vemos así que el reto a que aludimos es muy complejo de contextualizar adecuadamente, por las múltiples y complejas aristas que presenta la migración masiva internacional. Y más aún, si confluyen estas variables tan complejas de describir en el fenómeno de la migración masiva



internacional, con mayor razón es una tarea hercúlea barajar el abanico de opciones frente a estos delicados contextos.

Lo que sí podemos afirmar, con mayor nivel de certeza, es que el *Volksgeist* o espíritu del pueblo que nos debe identificar frente a este problema, es una apuesta racional, sin rango de duda, por las variables de reforzamiento de las democracias frente al delicado fenómeno de las migraciones masivas, más aún si como esbozamos en este estudio, hay un matiz de alta irregularidad en los grupos de migrantes hacia otro país.

De esa forma, esas variables a que aludimos son diversas: debates institucionales entre entidades vinculadas al tema de la protección de los derechos de los migrantes; de una forma especial, exigencia de concientización de estos problemas en todos los niveles de enseñanza de los Estados, en la idea de que los migrantes representan un fenómeno atendible; y por último, mayor participación ciudadana en foros públicos para un mejor entendimiento del status nocivo de prácticas sociales como la xenofobia, la explotación laboral de los migrantes, y la discriminación social negativa de éstos, en tanto adquieren fuerza prejuicios incompatibles como aquellos de que los migrantes se apropian de plazas de trabajo destinadas a ciudadanos del Estado receptor.

Nuestro trabajo, entonces, resulta sumamente ambicioso y sin embargo, creemos que puede aportar nociones base para implementar de mejor formas las guías de acción de los Estados frente a los delicados problemas que representa la migración masiva.

1. Migración internacional masiva irregular. Una aproximación conceptual

Conceptualmente, la migración o el acto de migrar es el desplazamiento desde un territorio de un Estado hacia el territorio de otro Estado o dentro del mismo. Se refiere a cualquier movimiento de población, independientemente de su tamaño, composición o causas.¹

Dentro de ese orden conceptual, debemos también distinguir las relaciones entre migración y desarrollo, las cuales implican un desarrollo equilibrado e integral, y al mismo tiempo, adoptan necesariamente una perspectiva de derechos humanos.² Desde esta definición base podemos asumir que las migraciones masivas parten de una premisa de expectativa de los individuos por forjarse un mejor futuro fuera del medio interno que significa el país de origen. El reto enorme a enfrentar es cómo introducimos, en esa visión de evolución, un enfoque de derechos humanos que trasunte equilibrio material, y he aquí que llegamos a un tema vital: ¿existe un derecho humano a la migración? Y en esta misma dinámica: ¿existe un *ius migrandi*? Buongermini³ esboza una respuesta tentativamente positiva, en tanto señala que

1 Organización Internacional para las Migraciones OIM. Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos. MERCOSUR. *Derechos humanos de personas migrantes. Manual Regional*. 2017. http://www.ippdh.mercosur.int/wp-content/uploads/2017/06/Manual-Derechos-humanos-de-personas-migrantes_para-web.pdf

2 Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado. *Migración y derechos humanos. Mejoramiento de la gobernanza basada en derechos humanos de la migración internacional*. p. 7. https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/MigrationHR_improvingHR_ReporsPt.pdf

3 Buongermini Palumbo, María Mercedes. *El Estado de Derecho y la migración como derecho fundamental: correlaciones con el derecho a la identidad cultural de las sociedades*. <https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/derechos-humanos/Mar%C3%ADa-Buongermini-Migraci%C3%B3n-y-Derechos-Humanos.pdf>

la migración es un derecho complejo, que involucra no solo el derecho ambulatorio, sino también el de residir e integrarse, y se fundamenta en el derecho al desarrollo.

García¹ asume una posición similar en referencia a un derecho humano a migrar y más aún, aborda la idea de una reciente *humanización* de la mirada sobre las migraciones en Latinoamérica, situación que permite pensar en una *nueva era* de la migración en la región. En ese mismo orden de ideas, los derechos humanos le dan un rostro humano a la gestión migratoria, y desde los derechos humanos, estos se vuelven un límite para la facultad estatal respecto de fijar su política migratoria.²

Por otro lado, numerosos instrumentos internacionales adoptan una perspectiva de acogimiento amplio respecto de la migración,³ tanto en forma directa como indirecta, y recogen elementos materiales que nos persuaden del consenso internacional respecto a la existencia de un derecho a migrar. Sin embargo, existen matices a diferenciar para entender la dinámica y las restricciones existentes respecto a este derecho.

Se prevé que en el mundo, hacia 2013,⁴ unos 232 millones de migrantes vivían fuera de su país por más de un año, formando así hipotéticamente el quinto país más poblado del mundo. Dicho fenómeno puede entenderse, también, como una respuesta a las crecientes desigualdades a nivel mundial.⁵

La migración regular es entendida como un fenómeno de desplazamiento formal frente al cual constatamos dos elementos centrales: de un lado, una persona que genera y protagoniza un fenómeno de desplazamiento convencional, y cuyo ingreso en el país de destino puede obedecer a diferentes causas, entre laborales, de residencia, turismo, etc.; y en un segundo rango, un país receptor que ostenta la prerrogativa de una evaluación de entrada.

Veamos dos aspectos importantes al respecto:⁶ de un lado, no existe ningún sistema global para regular el movimiento de personas, lo que hace de la migración un fenómeno especialmente complejo; y de otro lado, el derecho internacional reconoce el derecho de todos a salir de cualquier país, y sin embargo, no contempla el derecho a entrar en otro país pues los Estados son soberanos en sus sistemas de admisión.

1 García, Lila. *Migraciones, Estado y una política del derecho humano a migrar: ¿hacia una nueva era en América Latina?* p. 109. <http://www.scielo.org.co/pdf/rci/n88/n88a06.pdf>

2 García, Lila. Op cit. p. 114.

3 Entre otros instrumentos, tenemos: la Convención Internacional para la protección de todos los trabajadores migrantes y de sus familias, 1990; la Declaración de Santiago de Chile sobre principios migratorios, 2004; la Declaración de Nueva York para los refugiados y migrantes, 2016. En 1996 se creó incluso la Relatoría para los trabajadores migratorios en el ámbito de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

4 Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado. Unión interparlamentaria. Organización Internacional del Trabajo. *Migración, Derechos Humanos y Gobernanza*. 2015. p. 19. https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MigrationHR_and_Governance_HR_PUB_15_3_SP.pdf

5 Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado. Op. cit. p. 7.


6 Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado. Unión interparlamentaria. Organización Internacional del Trabajo. Op. cit. p. 21



A este respecto, no basta el cumplimiento de exigencias formales del migrante para su ingreso regular a un país, sino es una prerrogativa del Estado receptor examinar la petición del migrante y avalar su ingreso, o en caso contrario, denegar el acceso al país. Respecto a esto último, la exigencia base es que la respuesta sea proporcional en relación al pedido de ingreso al territorio nacional en calidad de migrante.

En caso contrario, existe arbitrariedad de parte del Estado receptor y ese accionar es reprobable desde los estándares de los derechos humanos convencionales. Debemos completar esta afirmación, es necesario, variando el eje de Estado receptor, también, al de Estado autoritativo, en caso la persona pretenda migrar al exterior, y no haya respuesta positiva por parte del Estado, aspecto que implica arbitrariedad. Es el caso, este último, de situaciones como la de Cuba, caso en el cual hasta el año 2012, el ciudadano que deseaba viajar debía contar con autorización del gobierno de ese país para poder abandonar el territorio nacional.

En otro rango de análisis, la migración internacional masiva sí resulta un fenómeno muy complejo de describir. Desde un eje de migración internacional masiva regular, es decir, que muchos ciudadanos de un país de origen cumplan los requisitos de formalidad que prevé el Estado receptor, tenemos aquí un fenómeno colectivo, es decir, existe un grupo humano perfectamente identificable. Fundamentalmente, los solicitantes cumplen las exigencias formales del Estado receptor. Este aspecto, dada su naturaleza pacífica y formal, no es objeto de preocupación nuestra.



Lo que centra nuestra atención es la migración masiva que podamos tildar de irregular. Ya no existen aquí un fenómeno de regularidad sino un desbordamiento anómalo, desproporcionado y no verificable en términos de identificación convencional. En concreto, el grupo humano no es identificable por conductos regulares e incluso, el propio ingreso al país de destino puede ser subrepticio, a la espera de que en el mediano o largo plazo los migrantes masivos puedan solucionar su situación legal.

Un ejemplo que incluso causa variantes en las definiciones que pretendemos adoptar, es el caso de los migrantes centroamericanos que en el año 2018 pretendieron ingresar a los EE.UU., alegando situaciones de inseguridad y grave riesgo en sus países de origen. Si bien muchos de estos migrantes solicitaron asilo, aspecto que implicaría un fenómeno de migración masiva regular, lo cierto es que el pretendido ingreso apuntaba a desbordar las fronteras del país del norte en el propósito específico de, a cualquier precio, traspasar la valla de frontera del país de Lincoln.

Por cierto aquí entran en conflicto las variables de exigencia formal para satisfacer una petición de ingreso, derecho que le asiste a los EE.UU. como país, frente a la alegada inseguridad y riesgo para sus vidas, que esbozaban los migrantes centroamericanos. En nuestra posición, creemos exigible por cierto una migración ordenada, y si ésta no fuera atendible en términos regulares, la evaluación de ingreso, creemos, debe darse caso por caso, analizándose cada situación particular, a efectos de corroborar la alegada causal de peligro.

El ingreso indiscriminado, por tanto, es ciertamente inviable, pues rompe los elementos base de una migración consensuada por la normativa internacional. ¿Le asiste, entonces, al país de origen, el derecho de aplicar medidas restrictivas en estos casos? Creemos que la respuesta es

positiva, y más aún, estrictamente necesaria.

2. Caracteres de la migración internacional masiva irregular

Es pertinente diferenciamos la migración internacional masiva regular de la irregular. La de orden regular tiende a satisfacer los requisitos de entrada del país receptor, y desde esta perspectiva, los migrantes cumplen las condiciones base del país de destino. Su carácter masivo aquí no es un elemento complejo, pues al menos existen elementos de calificación que esboza el país de acogida y que el migrante está en condiciones de satisfacer. Esto no nos significa un tema de discusión álgida en cuanto se manejan estándares legales permisibles.

Por el contrario, la migración internacional masiva irregular, aun cuando recoge algunos elementos de la de orden regular, incurre en parámetros no estandarizados que precisamente rompen los estándares que implica una migración ordenada. Y al respecto, la preocupación es legítima en la medida que una cuestión base aquí es qué puede hacer el Derecho Internacional de los Derechos Humanos DIDH en relación a este complejo asunto, pues el nivel de anomalía que este tipo de migración representa, no puede ser manejado desde una conducta permisiva de los matices de ilicitud que esta forma de migración involucra.

Y aquí la cuestión es más compleja todavía, en la medida que el DIDH no podría avalar, no es su misión, la ilegalidad de un tipo de migración que puede esbozar algunas justificaciones base como los factores de huir de una guerra, en el caso de la población siria;¹ o de la situación de necesidad alimentaria, médica, etc., como sucede en el caso de los venezolanos; o en su caso, de la inseguridad y amenaza, como ocurre en el caso de las caravanas de migrantes centroamericanos. Cuando menos estos tres ejemplos, junto a muchos otros más que pueden ser esbozados, pueden calificar como migraciones masivas internacionales masivas irregulares, y desde esa base de características podemos determinar algunos elementos conceptuales distintivos.

A partir de lo expuesto, podemos categorizar, tentativamente, los elementos de una migración internacional masiva irregular bajo los siguientes ítems:

2.1. Involucramiento de nacionales de un país de origen frente a un Estado receptor diferente

Asumimos que el carácter de internacional asigna a esta migración el traslado de ciudadanos de un país a otro. Se trasvasa fronteras en el propósito de radicar, mayormente por situaciones de seguridad, laborales o de otra índole, en otro país.

En el esbozo de la variante de ciudadanos de un país que, por amenazas a su seguridad u otros motivos conexos, se trasladan a otra zona del territorio nacional, podemos citar el caso típico de los desplazamientos de la población colombiana por las amenazas de la guerrilla, entre

¹ El nivel de complejidad del caso sirio (a lo cual habría que sumar ciudadanos de Iraq y Afganistán) arroja cifras preocupantes: alrededor de 5,000 muertes registradas solo en 2016 como consecuencia de personas fallecidas en el mar tratando de llegar a las costas europeas del Mediterráneo. Vid. Dorothy Estrada Tanck. *Protección de las personas migrantes indocumentadas en España con arreglo al Derecho Internacional y Europeo de los derechos humanos*. p. 256. Octubre 2017. https://www.researchgate.net/publication/320239863_Proteccion_de_las_personas_migrantes_indocumentadas_en_Espana_con_arreglo_al_Derecho_Internacional_y_Europeo_de_los_derechos_humanos_Protection_of_undocumented_migrant_persons_in_Spain_under_internati



las cuales existían las ex Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, antes FARC, así como de las fuerzas paramilitares de ese país. Podemos aquí diagnosticar hasta 7,7 millones de colombianos,¹ obligados a trasladarse de sus sitios de origen, dada la amenaza real de estos grupos armados.

El mismo fenómeno de internacionalidad asume otros matices divergentes: ¿los hijos de migrantes, que llegaron a EE.UU. en condición ilegal- *dreamers*² se les denominó en un momento-, deben verse afectados por nuevas leyes restrictivas que les puedan quitar no solo las posibilidades de estudio sino incluso la nacionalidad adquirida? En este caso, ¿son estadounidenses u ostentan la nacionalidad de sus padres que a su vez son migrantes irregulares? A juicio nuestro, configurada la adquisición de la ciudadanía, como correlato del derecho de *ius soli*, elemento este último que contempla la adquisición de derechos propios de un ciudadano nacido en ese país, no deben producirse normas restrictivas respecto a la pérdida de la nacionalidad o la eliminación de los beneficios de la ley favorable.

La figura se puede complicar aún más: en República Dominicana, en el año 2013, en el caso Juliana Deguis Pierre, el Tribunal Constitucional de ese país, contrariando el precedente del caso Yean y Bosico vs República Dominicana, establecido en la sentencia de fondo de fecha 08 de setiembre de 2005 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, declaró sin efecto legal la nacionalidad de determinadas personas nacidas en ese país, dado que las generaciones de atrás- padres y abuelos, y hasta más, naturales de Haití- migraron en condiciones irregulares en décadas pasadas, efecto que conllevaba a la pérdida de nacionalidad dominicana.

El resultado fue claro: debían estas personas afectadas volver a Haití y sin embargo, no hablaban ni creol, lengua originaria de ese país, ni francés, idiomas originarios de Haití, pues se habían desarrollado toda una vida bajo la influencia dominicana: idioma español, nacionalidad dominicana formal, e inserción en los valores de la sociedad dominicana.

Por último, aquí correspondería indagar por el nivel de responsabilidad que les asiste a las generaciones finales, por irregularidades en que pudieran haber incurrido dos o tres generaciones más atrás, siendo nuestra respuesta negativa, en tanto una generación posterior no puede asumir las consecuencias de cuanto generaciones pasadas no llegaron a regularizar. Pongámoslo de un modo más sencillo aún: ¿puede el nieto que ha hecho toda una vida en valores en República Dominicana ser despojado de su nacionalidad por cuanto el abuelo haitiano ingresó irregularmente a este país? La respuesta cae por su propio peso.

2.2. Es masiva

El patrón de número implica aquí una cantidad considerable de personas. Si fuera un grupo colectivo, sería más viable determinar un universo específico de personas. De ahí que lo

¹ Según un informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados (ACNUR), de junio de 2018, existen 68,5 millones de refugiados a nivel mundial y Colombia lleva el primer lugar de desplazados internos con 7,7 millones de personas. Información disponible en <https://www.eltiempo.com/mundo/latinoamerica/colombia-es-el-pais-con-mayor-numero-de-desplazados-internos-233022>

² La ley DREAM -*Development, Relief and Education for Alien Minors Act* por sus siglas en inglés- (o Ley de fomento para el progreso, alivio y educación para menores extranjeros), presentada en 2006 en el Senado de EE.UU., tuvo por objeto que los estudiantes indocumentados que llegaron a ese país siendo menores de edad, tuvieran una posibilidad de acceso a la ciudadanía estadounidense. En setiembre de 2017, el gobierno de EE.UU. anunció el fin del programa DACA que a su vez protegía a los *dreamers* de la deportación y solo les concedía un permiso de trabajo renovable por 2 años.

colectivo siempre sea identificable. Sin embargo, la nota masiva del grupo humano que lo integra, no permite establecer con certeza sino por aproximación, estimados solo referenciales de migrantes.

Es el caso propio de los migrantes venezolanos, los mismos que en grupos muy numerosos, dadas las difíciles condiciones de vida en Venezuela, han optado por emigrar a diferentes países de Latinoamérica, prevalentemente Colombia y Perú, países que albergan entre más de un millón de venezolanos y más de 600,000 almas, respectivamente.

Resulta así evidente que esta situación causa congestión severa en los servicios migratorios de los países receptores, y tantas solicitudes por cientos de miles superan la capacidad de respuesta del país de destino. Este fenómeno incluso afecta la capacidad de respuesta del Estado receptor, pues en condiciones normales, Colombia y Perú no se dan el abasto necesario para recibir tantas peticiones en forma simultánea.

Aquí se crea un problema adicional y lo planteamos a modo de interrogante: ¿cuán legítimo es que el país de destino fije cuotas de migrantes, como sucede en el caso de países de la Unión Europea, caso que representa un buen ejemplo frente a la abrumadora inmigración siria? O desde otro ángulo de análisis, ¿es exigible e ineludible presentar pasaportes para el ingreso al país receptor y no simples cédulas de identidad a los ingresantes a un territorio nacional, como sucede en el caso de Perú?

Este último caso es *sui generis*, en razón de que el aludido país sudamericano, ante el desborde de migrantes venezolanos, optó por exigir pasaportes a los ciudadanos de ese país que deseaban ingresar al país de destino. Se excluyó así las cédulas de identidad como exigencia de identificación, dado que éstas no prestaban las garantías necesarias de origen, a diferencia del pasaporte, que resulta ser un instrumento más formal. Y sin embargo, en el contexto de ese problema no se reparó en la enorme dificultad, en tiempo y recursos, que exige la obtención de un pasaporte en el país llanero, fundamentalmente por causas de corrupción.

Dicha exigencia generó la interposición de sendos recursos de habeas corpus, entendidos como garantías constitucionales frente a afectaciones a la libertad individual. Incluso los pronunciamientos judiciales fueron variados, pues a nivel de jueces de primer grado hubo respuestas estimatorias, así como las salas revisoras a su vez revocaron las decisiones del juez, alegando cuestiones de seguridad y en favor de una migración masiva pero regular.

2.3. Es irregular

Las diferencias entre irregularidad e ilegalidad son de grado. García¹ aborda las ideas de Sayad Abdelamek para señalar que la ilegalidad se presenta como algo que ocurre, una tragedia despersonalizada, que sí son ilegales (las personas) antes de llegar a ponerse bajo el orden legal que las declara como tales. Esta es la ilegalidad de origen o estatutaria. Por otro lado, el Estado interviene oficializando la ilegalidad, lo que permite la apropiación del discurso de los migrantes como delincuentes.

¹ García, Lila. Op cit. p. 122.



Al referirnos al término *irregularidad* pretendemos asumir un matiz menos grave que aquel que involucra el delito. El migrante no es un delincuente, es una persona que, por cuestiones personales o de fuerza mayor, se ve precisada a un desplazamiento, y si éste es irregular, habrá que asumir, bajo estándares de razonabilidad, la excepcionalidad del fenómeno que caracteriza su traslado.

Y en rigor, en referencia a ese carácter irregular, ésta es una de las características más distintivas del tipo de migración a que aludimos. Si se tratara de una migración internacional masiva pero regular, tengamos por cierto que no habría fórmula legal alguna que objetar. Muchos países del mundo, EE.UU. es un buen ejemplo, ostentan una población de migrantes. Es más: ¿podríamos hablar, en el caso de EE.UU., de una población básicamente originaria¹ de esa nación? Si ese fuera el caso, entonces solo nos queda aludir a la población de indios de ese país, único grupo al que podemos asignarle un esbozo de origen. Por exclusión, el resto de la población del país del norte es migrante.

Otros ejemplos importantes serían los de la población de origen italiano en el caso de Argentina, o en su caso, la población de ascendencia portuguesa en el caso de Brasil. En este orden de ideas, no podemos hablar de una población de origen estricto y contraejemplos y mitos existen muchos. La alegada pureza de raza que predicó el nacionalsocialismo en Alemania entre los años 1933 y 1945, en realidad partía de una premisa notoriamente falsa: la alegada superioridad aria no existe en cuanto tal, pues la población alemana es un crisol de razas. Así no existe una raza étnicamente pura y ello es hoy comprobable científicamente.

El matiz de irregularidad a que aludimos aquí, descansa en la idea de que la migración internacional masiva irregular significa un grave problema de acoplamiento poblacional para los Estados. De un lado, el Estado receptor asume una inicial política de puertas abiertas, en tanto el número de migrantes aún se acopla a los estándares de recepción posible. Sin embargo, el flujo migratorio, casos de Colombia y Perú frente a la migración venezolana, no solo no se detiene o mantiene en flujos migratorios normales, sino tiende a incrementarse exponencialmente. Entonces, un segundo plano de acción, dado lo copado del grupo migratorio posible, conduce a los Estados a fijar ciertos estándares de restricción. Por ejemplo, Perú fijó fechas límites de ingreso para el otorgamiento de Permisos Temporales de Permanencia, PTP, para fines laborales, respecto de ciudadanos venezolanos, y ello generó una migración aún más masiva de naturales de ese país por alcanzar la posibilidad de un PTP para trabajar en condiciones regulares.

La consecuencia fue clara: el Perú se reservaba la premisa de una migración internacional masiva pero regular, respetuosa entonces de los estándares internacionales: ni excesivamente permisiva, en cuanto no hubiera límites razonables de ingreso; ni tampoco radicalmente restrictiva, pues los ciudadanos venezolanos que pudieran haber ingresado hasta determinada fecha, sí podían acceder a posibilidades de trabajar aun siendo extranjeros.

¹ La población originaria de ese país, entre indígenas americanos y nativos de Alaska, al 2014, era solo del 0.7% de la población total. Si a esta cifra le añadimos hawaianos nativos y otros isleños del Pacífico, se alcanza un 0.2% adicional. Esto nos permite concluir un 99.1% de población principal, entre blancos no hispanos, negros y afroamericanos, asiáticos, hispanos, y ciudadanos de dos o más razas, es decir, se trata de una nación fundamentalmente migrante. Información disponible en <https://es.statista.com/estadisticas/600570/porcentaje-de-poblacion-de-estados-unidos--2060-por-raza-y-origen-hispano/>

3. Problemas que genera la migración internacional masiva irregular

Debemos partir de la premisa de que se genera un nivel de tolerancia menor de los Estados frente a la migración internacional masiva irregular, dado que esta forma de migración dejado de lado los estándares formales que exige el Estado receptor.

Si nos referimos a nuestros ejemplos base referidos *supra*, tenemos que ciudadanos sirios o africanos pretender ingresar en botes a Europa, realizando travesías sumamente peligrosas; a su turno, ciudadanos venezolanos han ingresado a Colombia y Perú sin acreditar formalmente su identidad vía pasaportes, con lo cual se evade un requisito formal de identificación; adicionalmente, las caravanas de inmigrantes centroamericanos intentaron por la fuerza ingresar a EE.UU., aunque hubo cierto desistimiento al final, dada la vigilancia fronteriza norteamericana en los puntos de frontera.

Ciertamente los ejemplos descritos son muestras de los efectos nocivos de una migración irregular, no aceptadas en forma regular por los Estados, y ciertamente crean problemas que exigen complejas soluciones. Entre estas dificultades o distintos matices de consecuencias, podemos señalar:

3.1. Impulsa la xenofobia

Naciones Unidas¹ señala que la xenofobia contra los no nacionales, en particular los migrantes, los refugiados y los solicitantes de asilo, constituye una de las principales fuentes de racismo contemporáneo.

Este aspecto constituye una consecuencia de las menos favorables frente a la migración masiva que sale del estándar regular. Veamos que una de las razones del triunfo electoral de Trump en EE.UU., así como de la salida de Inglaterra de la Unión Europea, precisamente descansaba sobre la premisa incongruente de que se podían dar olas migratorias incontenibles de ciudadanos árabes, y en menor grado de africanos respecto a Europa, en estos países receptores.

Esta suposición no gozaba de un asidero sustantivo, en cuanto el ingreso subrepticio a un país de destino como EE.UU., es cada vez menor. Más aún, si nos pusiéramos a escrutar al detalle cuál es la población ilegal en EE.UU., podemos afirmar con objetividad que más personas migrantes llegan por vía aérea, y al vencer su permiso de permanencia máxima, simplemente optan por no volver a su país. De ahí que la construcción de un muro entre EE.UU. y México no solo resulta un oneroso dispendio (avaluado en no menos de US\$ 15,000 millones de dólares para unos 2,000 kms. de frontera), sino que presenta razonables dudas sobre su real y eventual utilidad.

Adicionalmente, la xenofobia es una consecuencia gravosa de una visión distorsionada de la migración irregular. Y aun la regular incluso puede producir este efecto. Ejemplos nos sobran: EE.UU. optó por enviar a campos de concentración a la costa oeste de ese país, entre los años 1942 y 1948, a unos 120,000 japoneses, muchos de ellos ciudadanos estadounidenses, una vez

¹ Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado. Op cit. p. 24




tuvo lugar el ingreso de este país a la Segunda Guerra Mundial. Se trataba de población japonesa-norteamericana, enraizada profundamente con el *modus vivendi* de los norteamericanos en idioma, costumbres y preferencias. De allí que la sospecha indiscriminada de que pudieran significar enemigos infiltrados en la nación del norte, resultara francamente desproporcionada y por ende, notoriamente vulneratoria de los derechos humanos de los migrantes.

3.2. Fomenta el trabajo informal

Según estadísticas de Naciones Unidas,¹ los migrantes económicamente activos (incluidos los refugiados) ascendían a unos 105 millones en el 2010, representando los trabajadores migrantes y sus familiares más del 90% de todos los migrantes internacionales. A esto corresponde sumar otra cifra de interés: los migrantes de entre 20 y 34 años constituyen el 28% (65 millones de personas) de la población migrante total, y los migrantes en situación irregular representan aproximadamente entre el 15 y 20% de todos los migrantes internacionales. Aquí hay una inferencia clara: la migración se vincula con énfasis al mundo del Derecho del Trabajo.

Por otro lado, una realidad evidente generada por la migración internacional masiva irregular se vincula directamente a que los empleadores opten, frente a un trabajador migrante irregular, por una disminución ilegal ostensible del sueldo que le corresponde al migrante, aspecto que conduce a que campee la informalidad laboral. Y más aún, esta situación determina una condición de alta vulnerabilidad respecto al trabajador migrante.



El esquema es muy directo: el empleador puede ser sancionado por contratar trabajadores irregulares, con problemas documentarios de migración, pero frente a esta contingencia, diríamos de orden económico, el trabajador enfrenta un riesgo mayor, el de la deportación por parte de las autoridades migratorias. En ese orden de ideas, el trabajador migrante irregular se somete, sin mayores posibilidades de objeción, a que se le pague por debajo del estándar común por la actividad que desempeña, o en su caso, opta por un perfil más bajo en su labor y acepta, en este último esquema, un pago de servicios por debajo del mercado.

En adición a lo señalado, debemos acotar que el objetivo de toda política pública razonable en materia laboral, habría de ser una cobertura de salud y pensión respecto de toda plaza laboral existente. Lamentablemente, con la migración internacional masiva irregular no se logra ese objetivo, pues se trata de una migración subterránea, perceptible en alguna forma a simple vista pero con ribetes de alta complejidad, en la medida que pone a los Estados en el complejo escenario de no prestar coberturas de salud y pensión frente a quienes no son ni nacionales ni aportan a un sistema de salud.

A esto se suman otras prerrogativas de los Estados² desde la perspectiva estrictamente laboral:³ los Estados tiene el derecho de controlar sus fronteras respecto a los trabajadores migrantes, al tiempo que los migrantes tienen la obligación de cumplir las leyes y las normas de los Estados

¹ Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado. Unión interparlamentaria. Organización Internacional del Trabajo. Op. cit. p. 23- 24.

² Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado. Unión interparlamentaria. Organización Internacional del Trabajo. Op cit. p. 22

³ Según la Convención Internacional sobre la Protección de los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1990.

de tránsito y de destino, entre ellas pagar sus contribuciones sociales.¹ Finalmente, no tienen los Estados la obligación jurídica de regularizar la situación irregular de los trabajadores migrantes.

3.3. Aparente disminución de las plazas de trabajo para nacionales

La migración internacional masiva irregular no necesariamente reduce las plazas de trabajo de los nacionales. Se trata de una creencia falsa que fue objeto de contradicción, desde perspectivas técnicas, en un estudio de la OIT,² el cual ponía énfasis en que los migrantes tendían a competir únicamente con los sectores marginales de la fuerza laboral nacional. De la misma forma, los migrantes también tienden a ser más emprendedores que los nacionales de un país, creando, por lo tanto, nuevos empleos.

Para entender esta afirmación, debemos partir de una noción extensiva de los recursos económicos, cuya naturaleza es variable. La economía no es una ciencia de cifras tasadas y, por el contrario, una característica de su entorno es la flexibilidad. Si asumimos que existen 100 plazas de trabajo para nacionales en una locación determinada, y existen 100 postulantes nacionales a esas plazas laborales, la llegada de migrantes en número de 20, no necesariamente querrá significar, si aquellos 20 extranjeros hubieran sido contratados, que 20 nacionales puedan quedar sin plaza laboral.

Por el contrario, la flexibilidad de la economía nos podría conducir a que el mercado pudiera bien absorber esos 120 trabajadores entre nacionales y extranjeros. Una razón al respecto es muy puntual: al ser la economía un factor dinámico, la plena contratación de esas 120 personas va a permitir dinamizar la economía misma, y ello va a significar una mayor demanda incluso de plazas laborales. Para esto sí existe una condición previa y ella consiste en que el crecimiento de la economía de un país supere, en promedio, el 5% anual, pues de lo contrario, existe una hipo actividad económica que a su vez no va a permitir la incorporación de esa fuerza laboral que cada año se incorpora al mercado.

Dado lo expuesto, podemos aludir a que si una aparente disminución de plazas si la migración masiva irregular, o aún regular, copara el mercado de plazas, pues se trata de una tesis que corresponde rebatir en atención a la naturaleza flexible de los recursos económicos. Más aún, una migración laboral ordenada logra importantes efectos potenciales,³ entre otros: a) Impide la pérdida de actividades económicas; b) Puede rebajar la presión del desempleo y crear oportunidades de trabajo; c) Crea condiciones para que los migrantes envíen dinero a sus familias en el país de origen.

3.4. ¿Exceso de población?

La migración internacional masiva irregular, acaso incluso la regular, es un fenómeno que

¹ Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado. Unión interparlamentaria. Organización Internacional del Trabajo. Op. cit. p. 26.

² Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado. Unión interparlamentaria. Organización Internacional del Trabajo. Op. cit. p. 25.

³ Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado. Unión interparlamentaria. Organización Internacional del Trabajo. Op. cit. p. 27-28.



coadyuva a cerrar las brechas de vacíos de crecimiento de la población mundial. El caso europeo es muy gráfico: Naciones Unidas¹ estima que el crecimiento de la población de países europeos será negativo: de 738 millones en el año 2015 se reducirá a 734 millones en el año 2030, y para el 2050 la previsión es de 707 millones, para finalizar con un estimado de 646 millones en el año 2100.

Observemos aquí que si el crecimiento tiende a ser negativo durante muchos años, una ecuación matemática nos ubicaría en el escenario de un contexto real de disminución ostensible de la población de dichos países, fenómeno muy complejo de ocurrir pero eventualmente probable.

Frente a estas tasas de crecimiento negativo, entonces, la migración constituye un fenómeno extraordinario que puede conducir a equilibrar las tasas de crecimiento poblacional y compensar el envejecimiento poblacional,² así como puede desembocar en cuestiones de reforzamiento del bono demográfico, esto es, que existan coyunturas en las cuales existan más aportantes de la fuerza de trabajo que jubilados pensionistas que a su vez son solicitantes de fondos de retiro.

Bajo las pautas descritas, resulta insuficiente alegar que la migración internacional pueda generar un crecimiento desmesurado o excesivo de la población y, por el contrario, la presencia migrante hace más sólida la fuerza laboral para un mejor equilibrio de la economía de los países receptores.

3.5. Desbordamiento de los servicios básicos del Estado

Los problemas que causa una migración internacional masiva irregular en relación a los servicios del Estado, son de cuantiosa congestión. No es lo mismo que un paso fronterizo tenga la proyección de recibir, en promedio y bajo condiciones regulares, a unas 100 personas por día, y que de pronto deba recibir a más de 5,000 personas por día. Es evidente que este último número sí causa el colapso de los servicios así como una exigencia de readecuación de los servicios que presta el Estado receptor justamente donde ocurre el primer contacto con el migrante, regular o no.

La única previsión que pueden adoptar los Estados destinatarios es redimensionar sus servicios de inmigración y replantear el modelo de atención a la inmigración masiva. Naturalmente aquí se genera una labor de filtro: solo quienes cumplan con los requisitos de acceso podrán cruzar la frontera hacia un nuevo destino, y quienes no cumplan dichos estándares verán restringido su acceso. El problema aquí se agudiza cuando en las fronteras no solo le es negado el ingreso a unos cuantos ciudadanos, sino a centenas o miles de ellos, situación que obliga a un Estado a perfilar mejores coberturas de atención. Esto conduce a la exigencia de más personal en los controles de frontera y en su caso, a implementar mayores áreas de atención en las instituciones públicas directamente vinculadas a definir el status legal de los migrantes.

¹ United Nations. Department of Economic and Social Affairs. *World Population prospects. Key findings & advance tables. 2015 revision.* p. 1. https://esa.un.org/unpd/wpp/publications/files/key_findings_wpp_2015.pdf

² Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado. Unión interparlamentaria. Organización Internacional del Trabajo. Op. cit. p. 26.

3.6. Problemas de adaptación e integración

Las colonias de barrios árabes en París son un claro ejemplo de lo que aquí alegamos, fenómeno que se extiende a otras grandes ciudades de Europa. Se trata de espacios en los cuales la población árabe se tiende a concentrar y por consiguiente, es mucho menor la velocidad de adaptación a los valores del país anfitrión. Por cierto, toda persona tiene derecho a conservar sus creencias religiosas así como defender las prácticas sociales usuales de su país de origen, y sin embargo, he aquí una cuestión prioritaria: ¿hay o no integración efectiva de estos grupos de migrantes a la sociedad receptora?

Una situación que describe cuanto aquí alegamos se relaciona con el uso de la burka en Francia, pues el gobierno galo exige, respecto a lugares públicos, la prohibición del uso de la burka, una prenda que cubre a la mujer árabe de la cabeza a los pies. La inobservancia de esta regla generó en 2011 una primera multa de 150 euros a una mujer de 27 años. La norma en mención preveía, también, un curso de valores ciudadanos franceses si se corroboraba que el varón imponía el uso de esta prenda a la mujer.

El problema aquí es sumamente complejo pues son distinguibles dos situaciones concretas: una primera en la cual se le imponga efectivamente a la mujer la obligación de usar la burka, situación de suyo reprochable si aquella no estuviera de acuerdo. Y sin embargo, existe un segundo escenario, más complicado aún, en el cual la mujer, por propia convicción religiosa, opte por llevar esta prenda. Aquí existe una evidente colisión de derechos fundamentales, pues le asiste a la mujer el respeto de sus convicciones religiosas, en tanto, desde otro ámbito, le asiste al Estado la fijación de las reglas propias de convivencia, más aún cuando como en el caso francés, los atentados contra ciudadanos de ese país han sido recurrentes en los últimos años.

Esto deriva en una situación harto sensible en la cual los altos tribunales internacionales, como en este caso sucedería con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se vea exigido a dirimir entre dos aspectos álgidos: o el respeto de la convicción religiosa de las ciudadanas árabes afectadas con la medida, o en su caso, atender a las cuestiones de seguridad que invoca el Estado en resguardo y protección de las vidas de sus ciudadanos.

4. Medios de acción frente a una migración internacional masiva irregular

Descritos los problemas que representan el tipo de migración a que aludimos, lista que por cierto es tan solo referencial, podemos incluir muchos más elementos de distorsión, y aquí corresponde señalar que la migración masiva irregular debe ser objeto de medidas idóneas, necesarias y proporcionales, algunas de ellas de largo aliento, otras quizá de corto plazo, pero al fin y al cabo se trata de previsiones que han de pretender disminuir los efectos nocivos de la migración internacional masiva irregular.

4.1. Cuoteo migratorio entre países receptores

Referirnos a un cuoteo migratorio se vincula a la realidad compleja de cuántos migrantes



recibe un país, quizá como refugiados¹ o en otras condiciones. El caso sirio es uno de los más preocupantes, pues con 5,5 millones de refugiados a fines de 2016, representa, por cierto, uno de las realidades más difíciles en traslados forzados. La huida de sirios de la guerra en su país condujo a que diversos países receptores recibieran cuantos ciudadanos pudieran. La cuestión del cuoteo que aquí proponemos es que los países potencialmente receptores propongan una cantidad de migrantes que pueda recibir.

A pesar de la complejidad de las fórmulas de cuoteo de recepción de inmigrantes, no podemos dejar de destacar que, en rigor, la medida puede devenir excepcionalmente buena, en tanto los países de destino se comprometen a una migración ordenada, regular y sobre todo, legal respecto de sus ordenamientos jurídicos. La ventaja superlativa de este sistema es el compromiso propio del país receptor de prever recursos para atender una migración dentro de los estándares del DIDH, antes que privilegiar onerosas medidas de restricción.

El caso venezolano ameritaría, por cierto, una situación similar de cuoteo, pues tanto Colombia como Perú se llevan parte muy compleja del problema al enfrentar migraciones masivas irregulares que se pretende manejar bajo estándares regulares pero, en propiedad, se trata de fenómenos de desbordamiento poblacional de naturaleza muy compleja.

Al fin y al cabo, este cuoteo por país implica un importante compromiso de responsabilidad y a su vez, asegura un criterio de proporcionalidad que exhibe cada país. Lo contrario a un cuoteo, implicaría, entendámoslo así, que cada país pudiera enfrentar la migración irregular según sus propios medios, atendiendo más a un matiz de inviabilidad de la migración, incluso asignándole una característica de manifiesta ilegalidad, antes que optar por sentarse a la mesa con otros países receptores y definir, bajo estándares de una discusión real y de proyecciones, cuál es el número de migrantes que cada país puede recibir.

4.2. Implementación de políticas públicas mediatas

Las tareas del Estado frente a los derechos humanos responden a las obligaciones de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de los migrantes. Un estudio de Naciones Unidas ya antes citado,² señala, en vía de ejemplos concretos, que el respeto hacia los migrantes se asocia a la no detención arbitraria de aquellos; a su vez, la protección implica la sanción de prácticas abusivas de nacionales del país receptor contra los derechos de los migrantes; y, por último, la exigencia de garantizar se vincula incluso a la tarea de consultar con los migrantes alternativas a implementar frente a la detención de éstos. Aquí asumimos un nivel de coparticipación en las decisiones de los Estados, propuesta que consideramos de suyo atendible.

La implementación de políticas públicas mediatas a que aludimos es una medida es de mediano plazo, en la medida que las políticas públicas representan la estructuración de lineamientos que se van a implementar progresivamente, acaso unas medidas más realizables que las otras,

¹ Un estudio de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado CEAR denominado “Informe 2018. Las personas refugiadas en España y Europa” refiere que: “A 30 de junio de 2017, Siria ya sumaba 6 millones de personas refugiadas, mientras que Turquía acogía a 3,2 millones, el 98,5% originarias de ese país. Entonces, 995.800 personas refugiadas sirias vivían en Líbano, 654.600 en Jordania, 458.900 en Alemania, 242.600 en Irak y 122.800 en Egipto.”. p. 19 del Informe. Información disponible en <https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/resources/informe-anual-cear-2018.pdf>

² Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado. Op. cit. p. 18.

en términos de tiempo. De pronto el Estado receptor se ve precisado a destinar más recursos para la atención de una migración que en número escapa a cálculos previsibles de orden de atención y ello, de suyo, requiere una adecuación de la política pública respecto a migrantes.

Las entidades vinculadas a la migración, de esta forma, se ven en la necesidad de implementar más personal, más oficinas y mayor logística de medios, para atender crecimientos exponenciales en la atención de migrantes, en tanto los recursos ordinarios son notoriamente insuficientes. Al respecto, una política pública que busque eficacia en este aspecto demanda incluso programas de capacitación y entrenamiento del personal dedicado a la atención del fenómeno migratorio numeroso.

Otra cuestión urgente al respecto se relaciona con la exigencia de mayores coberturas de salud, pues no solo se trata de una persona migrante en general en el sentido de familias unipersonales, sino, en muchos de los casos, de familias enteras que se trasladan de un país a otro, lo cual implica necesariamente prever las coberturas de salud necesarias.

Al respecto, la lista puede ir creciendo en términos de necesidades, pues al igual que el tema de salud, podemos enunciar las coberturas de educación respecto de los hijos de los migrantes; luego pasar a prever refugios o viviendas en condiciones básicas para esos grupos de personas. Y así sucesivamente diversos servicios han de ser objeto de necesaria cobertura por parte del Estado receptor, exigencia que pasa por acciones cuasi inmediatas de los Estados destinatarios.

4.3. Impulso de una política equilibrada de recepción migratoria

Esta previsión resulta de largo plazo. Si bien es muy complejo determinar cuál es el nivel idóneo de migración hacia un país, es más complejo aún controlar los niveles de migración adecuados, en la medida que diversos factores influyen de modo oscilante frente a la premisa de una migración idónea.

Ejemplos respecto a este tema son los ya acotados desbordes de las migraciones siria y venezolana hacia Europa y Latinoamérica, respectivamente, en tanto que el cuoteo migratorio debe entenderse como una política pública que apunte a factores de racionalidad y disponibilidad. Bajo esta pauta, corresponde una pregunta siempre delicada: ¿pueden países como Colombia y Perú recibir, cada uno de ellos, recibir más de un millón de migrantes venezolanos sin ver afectados sus servicios básicos más importantes? Y sin perjuicio de esta interrogante, añadimos otra: ¿cuál es el nivel de responsabilidad del gobierno venezolano en relación a la migración masiva de sus ciudadanos?

Se trata pues, como podemos apreciar, de cuestiones de difícil alcance que merecen ser insertadas dentro de las políticas públicas, las cuales pueden a su vez asumir distintos niveles de valoración, y respecto de los cuales, incluso, es en extremo complejo dilucidar la variable de cierre de las posibilidades de migración, dado el número de migrantes que ya antes ha ingresado a un territorio nacional. Y reafirmamos el matiz de no cierre de fronteras, por cuanto la migración siempre debe merecer un impulso razonable como parte de lo política de un Estado, en la medida que sea ordenada y supervisada.




4.4. Cláusulas constitucionales en favor de la población migrante

Las Constituciones nacionales suelen asumir la referencia al concepto *nación* en referencia a la población, premisa a la cual se yuxtapone el concepto de Estado como la nación políticamente organizada. De este modo, la *nación* es entendida como la población propiamente dicha, a la cual se incorporan elementos comunes de origen, costumbres y valores comunes.

Esta definición, por sí sola, ya aparece insuficiente a la luz de la realidad de muchos países del espectro contemporáneo, en la medida que los migrantes constituyen una realidad vívida para muchas democracias que se afianzan sobre la noción base de admitir una migración ordenada, supervisada y racional.

A esa realidad compleja que incorpora la migración corresponde la incorporación, vía cláusulas constitucionales, de la población migrante, en tanto implica un grupo humano que adiciona factores de convivencia común, responsabilidades tributarias y aporte de fuerza de trabajo para objetivos en común en todo Estado nacional.

Desde esta perspectiva, se debe producir un fenómeno de incorporación material respecto a la población de un país, y es desde una Carta Fundamental de un país desde donde puede identificarse mejor los alcances macro de políticas públicas que permitan el aporte múltiple de los valores que representa la migración.



Desde este enfoque, es pertinente que los Estados nacionales destinen en sus Cartas Fundamentales referencias a la posición del país respecto a la migración, más aún si hoy es propio, en referencia al término *aldea global*, que es cada vez menos congruente hablar de fronteras entre países, y es más propio referirnos a que un país pueda pensar localmente, pero deba actuar globalmente. Esto último implica que cada vez más los países actúan en conjunto y no en forma aislada.

4.5. Foros internacionales y migración irregular

García¹ señala que la migración puede trasuntar una de las máximas expresiones de libertad, la de movimiento, superando aquella idea feudal del hombre atado a la tierra. También, es la máxima agencia migrante, ya que no migran los más pobres. El que juega la última carta, el que arriesga prácticamente la última libertad disponible, la de irse, es propiamente el migrante.

Esta importante reflexión plantea un reto importante: ¿cuál es el rol de los organismos vinculados a los derechos humanos en la regulación de esa última libertad de la persona, cuando se deja todo en el Estado de origen en busca de un mejor futuro en un destino mayormente ajeno, lejano o foráneo?

En busca de una respuesta al respecto, el sistema de Naciones Unidas es, por excelencia, el foro internacional óptimo para abordar cuestiones tan complejas como las relativas a los derechos humanos de los migrantes. Su sistema cumple cuatro funciones principales:² a)

¹ García, Lila. Op cit. p. 128.

² Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado. Op. cit. p. 32

establecer y vigilar la aplicación de las normas; b) facilitar un foro para promover el diálogo y la cooperación basados en los derechos humanos; c) prestar asistencia técnica; y d) desarrollar la base de conocimientos.

Es importante anotar, de otro lado, la notoria tendencia de incremento de Tratados de Libre Comercio en todas las sociedades contemporáneas, salvo las posiciones excepcionales aislacionistas de los EE.UU.. Dichos Tratados son una muestra objetiva de los acuerdos a que deben llegar los países para mejorar sus condiciones de intercambio de matiz económico en lo referido a bienes y servicios.

En esta misma lógica, si son importantes los ítems de bienes y servicios para la evolución de las sociedades modernas, notemos que mayor importancia aún deben adquirir las condiciones de desplazamiento, traslado y determinación que se impulsa entre seres humanos, pues precisamente son éstos quienes generan el valor económico de esos bienes y servicios. A partir de este norte de conceptos, creemos que es aquí donde el DIDH puede aportar mejores elementos de juicio para el desarrollo del derecho a migrar como un derecho humano prevalente.

De esta forma, es propio que en foros internacionales los países de todos los continentes impulsen la adopción de fórmulas de consenso para que la migración masiva pueda desarrollarse bajo estándares de progresividad en los cuales las nociones de orden, razonabilidad y compromiso real, se constituyan en variables relevantes de toda migración, y si se trata de enfrentar la migración internacional masiva irregular, pues es propio que los países en conjunto se puedan sentar a discutir las mejores fórmulas de enfrentarla. Es lo que nosotros llamaríamos un *razonamiento in crescendo* de los derechos humanos.

Estos acuerdos internacionales van a representar, de la misma forma, condiciones de gobernanza óptimas, en la medida que desarrollen mecanismos sólidos de la cooperación internacional para atender una diversidad de cuestiones estrechamente vinculadas a los derechos humanos de los migrantes.¹

No podemos dejar de lado, en este mismo análisis, expresar algunas ideas respecto al argumento crítico esbozado contra el Pacto Mundial para la Migración,² consistente en que fomentaría la inmigración ilegal. Dicha observación ha generado que Estados Unidos y otros países se hayan desmarcado de este instrumento no vinculante pero sí exhortativo para una migración segura, ordenada y regular, no obstante que fue un instrumento promovido en la Asamblea General de las Naciones Unidas en julio de 2018.

En propiedad y bajo un esquema no vinculante, el referido Pacto pretende abordar, a través de 23 objetivos, la gobernabilidad de la migración y afrontar los desafíos asociados con la migración actual, así como para reforzar la contribución de los migrantes y la migración al desarrollo sostenible.

Se trata de una Declaración que representa un instrumento de *soft law* y sin embargo,

¹ Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado. Op. cit. p. 9.

² Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, aprobado en la Asamblea General de Naciones Unidas en julio de 2018. El 10 de diciembre de 2018 se llevó a cabo, en Marruecos, una conferencia intergubernamental para aprobar dicho Pacto. 164 de 193 países adoptaron el Pacto.



cuestionada, así lo afirman sus críticos, por una posible afectación de la soberanía de los Estados. A juicio nuestro, el argumento de desacuerdo es débil pues al no ser vinculante, no obliga al Estado firmante. De otro lado, una explicación contextual respecto a muchos países no firmantes, reside, con objetividad, en el resurgimiento de los nacionalismos en diferentes latitudes del mundo, fenómeno que precisamente observa en la migración, cual fuere su nivel, una amenaza latente para los objetivos nacionales.

Conclusiones

El derecho a migrar es un derecho humano que los instrumentos internacionales, la jurisprudencia supranacional y los estándares de progresividad de los derechos humanos vienen reconociendo progresivamente. Ciertamente la migración en sí misma es un fenómeno muy complejo y su dificultad es superlativa cuando nos referimos a la migración internacional masiva irregular, la cual se caracteriza porque existe un involucramiento de nacionales de un país de origen frente a un Estado receptor diferente, además de centrar sus caracteres distintivos en sus matices de ser una cuestión que involucra a un gran número de personas, además de poner de lado condiciones de regularidad.

Por otra parte, la migración internacional masiva irregular genera diversas dificultades que cabe reseñar muy puntualmente. De un lado, impulsa la xenofobia así como fomenta el trabajo informal. Por otro lado, ocurre un fenómeno aparente disminución de las plazas de trabajo para nacionales, situación que no ocurre con efectividad pues el mercado de empleo es flexible y se adapta a determinadas circunstancias de dinamismo. De la misma forma, no genera este fenómeno un exceso de población pero sí tiene lugar, bajo condiciones determinadas, un desbordamiento de los servicios básicos del Estado. Ocurren, de la misma forma, algunas controversias de adaptación e integración de la población migrante.

Lo antes reseñado nos conduce a plantear medios de acción frente a una migración internacional masiva irregular, medidas entre las cuales proponemos un cuoteo migratorio entre países receptores respecto de la población migrante, así como que se deba implementar políticas públicas mediatas al respecto.

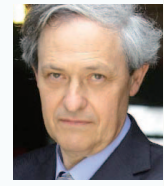
Como previsión de más largo plazo, consideramos el impulso de una política equilibrada de recepción migratoria, al tiempo que adopten los Estados nacionales cláusulas constitucionales en favor de la población migrante. Por último, es propio que los foros internacionales discutan, analicen y adopten acuerdos de alcance supranacional respecto a la migración internacional masiva irregular.

Reseñamos, finalmente, el peligro de inacción de los Estados frente a un fenómeno como el que acabamos de describir. Bien podrían los Estados, en términos hipotéticos, asumir que esta cuestión compleja solo contiene ribetes de ilegalidad y que solo corresponderían medidas de represión que contemplan los ordenamientos jurídicos. Sin embargo, tal escenario solo correspondería a una situación de aparente invisibilidad del complejo problema migratorio, y los tiempos modernos no exigen desatención respecto a los derechos humanos, sino compromiso, seriedad y responsabilidad frente a los mismos. En caso contrario, el reloj de arena de la historia nos depara un panorama sombrío.



UN SUPUESTO ENIGMA JURÍDICO: EL ORDEN PÚBLICO¹

Manuel Atienza



1.

En el que pasa por ser –y creo que con toda justicia- el trabajo más destacado sobre el concepto de orden público en la civilística española, Federico de Castro se refiere a una serie de opiniones de juristas famosos sobre la categoría en cuestión. Así, tratar de aclarar el concepto de orden público sería “aventurarse en arenas movedizas”; “un suplicio para la inteligencia”; algo equivalente a “cabalgar en un caballo fogoso que nunca se sabe a dónde llevará”; y, en definitiva, una “figura enigmática e imposible de ser definida” (De Castro 1982, pp. 1022-1023).

Una actitud muy parecida puede encontrarse en otros civilistas que, más recientemente, han hecho contribuciones notables a este tema. Un buen ejemplo de ello puede encontrarse en un artículo de Francisco Oliva que, además, se apoya precisamente en el texto anterior, el de Federico de Castro: “No le faltaba razón al insigne civilista, puesto que la delimitación de lo que debe entenderse por orden público siempre ha sido hasta cierto punto un misterio, debido al carácter ciertamente confuso, variable y poco determinado que tiene este ‘concepto válvula’; o más bien a la clara falta de adecuación entre su sentido literal o semántico (como paz social, sosiego público) y su valor, ciertamente artificial e impostado, como criterio técnico-jurídico” (Oliva 2016, p. 334).

Sin embargo, en el tercero de los textos sobre la institución del orden público que oportuna y acertadamente se han seleccionado para este encuentro, el de Santiago Álvarez, el concepto como tal no parece plantearle mayor problema. Arranca, de manera –digamos- natural, de la definición de orden público que puede encontrarse en un influyente manual de Derecho internacional privado (el de Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo), que es la siguiente: “El orden público internacional puede ser definido, en sentido amplio, como el conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico y que reflejan los valores esenciales de una sociedad en un momento dado” (Álvarez 2013, p. 150; Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo 2013, p. 156). Aclara luego que ese contenido se integra a partir de valores y principios fundamentales del ordenamiento jurídico de que se trate (o sea, el contenido del concepto es distinto según que estemos ante el orden público internacional español, francés, ruso, etcétera). Y dedica su artículo, en realidad, a revisar cómo están evolucionando, y cómo cabría concretar, las características definitorias de la noción, respecto de las cuales parece

¹ Este trabajo es una reelaboración de la ponencia que presenté al *III Coloquio entre civilistas y filósofos del Derecho*, celebrado en Santiago de Compostela, el 27 y 28 de noviembre de 2018.

existir un acuerdo entre los cultivadores del Derecho internacional privado: la nota de *exclusividad* (cada Estado tiene un contenido propio de orden público); de *variabilidad* (ese contenido es además cambiante); *internacionalidad* (no se trata del orden público interno); y *excepcionalidad* (la función básica que cumple la figura es la de no dar efecto a una sentencia extranjera o no aplicar una ley extranjera, pero para que esto se produzca debe darse una contradicción radical o manifiesta).

¿Estamos entonces o no frente a un enigma? O bien, dado que las categorías de orden público interno y orden público internacional no son coincidentes, ¿cabría decir que el enigma queda acotado a un sector del ordenamiento jurídico? ¿Pero cómo podría ser esto último posible si, en realidad, las dos nociones parecen ser dos maneras distintas de precisar un mismo concepto que se sitúa en un plano más abstracto que los anteriores: el de orden público sin más?

Pues bien, yo no creo que se trate de ningún enigma, esto es, no me parece que la noción resulte de imposible comprensión ni en el campo del Derecho internacional privado, ni tampoco en el del Derecho civil. Pero ocurre que estamos ante una categoría de considerable importancia y cierta complejidad, para cuyo análisis se necesita partir de una concepción del Derecho y echar mano de ciertas herramientas conceptuales que quizás no sean habituales entre los iusprivatistas (incluyendo a los internacionalistas). La tesis que voy a defender aquí tiene por ello algo de paradójico, aunque se trate simplemente de una paradoja aparente: Las claves para resolver el “enigma” se encuentran en los mismos trabajos que he citado, pero esa solución está formulada en ellos quizás de manera menos clara y menos consciente de lo que sería de desear por el déficit (verdaderamente sorprendente: eso sí que me parece a mí casi un enigma) de teoría y filosofía del Derecho que, con las excepciones de rigor, suelen padecer quienes cultivan en España la dogmática jurídica.

2.

Felix Cohen es el nombre de un autor perteneciente al movimiento del realismo jurídico norteamericano que, en los años 30 del siglo XX, escribió un artículo que tiempo después (en 1962) Genaro Carrió tradujo al castellano con el título de “El método funcional en el Derecho”¹. Las tesis que ahí defiende Cohen son, en algunos extremos, un tanto exageradas y necesitarían ser corregidas y matizadas. Pero hay un párrafo de su trabajo que –creo– nos puede servir aquí muy bien. Es aquel en el que el jurista realista se plantea la cuestión de qué es lo que un investigador puede hacer cuando se encuentra con un “hecho extraño”, y su contestación es como sigue: “En

¹ El título inglés del trabajo era *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*. Se publicó en la *Columbia Law Review* en 1935.

general, cuando alguien se da con un hecho extraño y trata de entenderlo, hay cuatro investigaciones que puede emprender.

En primer lugar, nuestro investigador puede *clasificar* el hecho, ya sea colocándole un rótulo arbitrario o percibiendo en él similitudes y diferencias significativas que lo relacionan con otros hechos.

Por otro lado, puede tratar de descubrir la *génesis* del hecho en cuestión, rastrear sus antecedentes históricos.

En tercer lugar, puede indagar por la *naturaleza* del hecho tratando, mediante el análisis lógico, de resolverlo en sus elementos más simples.

Un cuarto enfoque posible trata de descubrir la *significación* del hecho a través de una determinación de sus implicaciones o consecuencias, en un contexto dado, matemático, físico o social” (Cohen 1962, p. 74).

Pues bien, “orden público” puede ser considerado también como uno de esos hechos (en este caso, un concepto) extraños, para cuya comprensión, lo que Cohen parece aconsejar es acudir al cuarto de los anteriores expedientes, que es en lo que consistiría el método funcional por él propugnado. Pero me parece que ese método (al que cabe dar prioridad frente a los otros) se entenderá incluso mejor después de haber pasado por los anteriores.

2.1.

Deberíamos entonces empezar por las cuestiones de clasificación. Pero antes de abordarlas directamente conviene dar cuenta de una doble ambigüedad del término “orden público”, a la que ya se ha aludido. Se trata de lo siguiente.

Por un lado, es claro que esa expresión se usa en contextos jurídicos con estos dos significados. A veces se parte del sentido que tiene en el lenguaje ordinario (orden público como paz social, como sosiego público) y se “depura”, se redefine (lo que no deja de plantear problemas¹), para ser utilizado en campos como el Derecho administrativo o el Derecho penal. Por ejemplo, el Código penal español contiene un título XXII, “Delitos contra el orden público” que incluye conductas tales como la resistencia y desobediencia a la autoridad, los desórdenes públicos, la sedición, la rebelión, conductas relativas a organizaciones o grupos criminales o los delitos de terrorismo. Pero otras veces, la expresión “orden público” tiene un significado puramente técnico- jurídico, en el sentido de que es exclusivo del lenguaje jurídico; exactamente, del Derecho privado (interno e internacional) y al que se hacía mención al comienzo. Naturalmente, el que este segundo significado no tenga una correspondencia

¹ Vid., por ejemplo, Juanatey 2016 donde, a propósito del código penal español distingue dos nociones distintas de “orden público” (y de “paz pública”).



en la lengua ordinaria no tiene por qué verse como un problema. O, mejor dicho, solo le plantearía un problema a quien tuviera una concepción extremadamente esencialista del lenguaje y pensara (equivocadamente) que cada expresión del mismo sólo debería usarse con un significado, o bien que existe algo así como un sentido primigenio, natural o esencial, de las palabras, que debería respetarse. Es obvio que no es así, pero no es de descartar que algunas de las dificultades que los iusprivatistas ven en la noción de orden público tengan que ver con ello, esto es, con hacerse preguntas que, simplemente, están mal planteadas, del tipo de ¿Cuál es el verdadero significado, la verdadera naturaleza o esencia jurídica de...?¹.

Por otro lado, ocurre que (dentro de esta segunda acepción, exclusiva del lenguaje jurídico) el significado de orden público no es exactamente el mismo cuando aparece como un componente del sintagma “orden público interno”, que cuando se integra en el de “orden público internacional”. Pero tampoco esto parece particularmente problemático, puesto que no es difícil darse cuenta de qué es lo que tienen en común y en qué se diferencian estos dos conceptos de orden público. Lo que tienen en común es que ambas nociones o las palabras que se usan para designarlas (“orden público interno” y “orden público internacional”) aparecen típicamente en lo que podríamos llamar “cláusulas de a menos que”, de manera que cumplen la función de marcar un límite o establecer una excepción: “el contrato que tenga tales y cuales características es válido a menos que se oponga al orden público”; “la costumbre en defecto de ley aplicable regirá a menos que sea contraria al orden público”; “la norma de Derecho extranjero se aplicará a menos que resulte contraria al orden público”; etcétera. Pero el sentido de esas cláusulas (o sea, la determinación de los límites, el que entre o no en funcionamiento la excepción) es distinto en el Derecho interno y en el Derecho internacional, atendiendo precisamente a los valores característicos de una u otra rama del Derecho. Y así, es muy comprensible que los límites sean más estrictos en el ámbito del Derecho interno, pues aquí se trata, como dice De Castro, de que se produzca un “debido ajuste” (De Castro 1982, p. 1030) entre los principios y valores del sistema, o sea, de que el ordenamiento resulte coherente, razón por la cual, como él nos dice, y refiriéndose a los contratos, el orden público no se limita a las normas imperativas, sino que también las normas dispositivas pueden ser en algún caso de orden público si “cumplen la función de realizar los principios latentes en el ordenamiento positivo” (p. 1061),². Mientras que en el Derecho internacional, los límites

1 Sobre la crítica al esencialismo jurídico sigue siendo útil el clásico texto de Genaro Carrió *Notas sobre Derecho y lenguaje* (Carrió 1965).

2 De donde no se sigue que todas las normas imperativas sean de orden público. Sólo lo serían (tanto en el campo del Derecho interno como en el del Derecho internacional) aquellas que tienen una mayor fuerza que las otras porque “para explicar la idea, De Castro acude a Savigny- “tienen sus raíces fuera del puro campo jurídico y están en conexión con fundamentos y fines morales, políticos y económicos” (p. 1031).



tienen que ser más laxos, simplemente porque, de otra forma, se atendería contra lo que en cierto modo es la razón de ser de ese sector del ordenamiento: hacer posible el pluralismo jurídico, facilitar algo así como una coexistencia pacífica entre la pluralidad de ordenamientos jurídicos existentes. Eso es lo que explica, por ejemplo, que a nadie se le ocurra decir que la no existencia de la legítima en el Derecho del *common law* contradice el orden público internacional español¹: obviamente, las disposiciones sucesorias sobre la legítima (al menos, muchas de ellas) son normas imperativas, pero no reflejan un valor *esencial* del ordenamiento jurídico; si se quiere: un cambio del Derecho sucesorio que acabara con esa institución no se consideraría contrario a la Constitución.

2.2.

Y vayamos entonces a las cuestiones de clasificación: ¿Bajo qué categoría conceptual se podría subsumir la de orden público? En principio, parecería que la pregunta admite varias respuestas: del orden público se ha dicho que es (u opera como) una cláusula general, un principio general del Derecho, una válvula de escape, un concepto jurídico indeterminado... Sin embargo, un examen un poco cuidadoso de esas afirmaciones permite, también sin mucho esfuerzo, llegar a la conclusión de que no es así, o sea, de que no se trata de una cuestión realmente controvertida, simplemente porque todas esas nociones no son entre sí incompatibles; de manera que no habría, por ejemplo, mayor dificultad, me parece a mí, en afirmar que el orden público es un tipo de cláusula general, que tiene las características de los conceptos jurídicos indeterminados, se integra en (o se expresa como) un principio general del Derecho, y funciona como una válvula de escape.

¿Pero qué quiere decirse exactamente con todo eso? ¿Cómo se integran todos esos elementos en un todo coherente? Me parece que, para llevar a cabo esa tarea, conviene empezar por determinar las características que tienen los enunciados jurídicos en los que figura la expresión “orden público” con el significado estrictamente jurídico, que es el que aquí nos interesa. En el Derecho español, el ejemplo paradigmático es el art. 1255 del Código civil (como disposición general sobre la validez de los contratos); pero también se encuentran referencias al orden público en varios preceptos del título preliminar (que, se entiende, tienen un carácter constitucional): el artículo 1.3 (a propósito de la costumbre en defecto de ley), el 6.2 (sobre la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos), el 12 (sobre aplicación de la ley extranjera), el 21.2 (sobre la adquisición de la nacionalidad española); o en otras

¹ Jesús Delgado me hace saber que alguna sentencia del Tribunal Supremo dijo “lo que a nadie se le ocurriría decir”, aunque luego haya habido otras que lo desmintieron: el principio de libre disposición en Derecho sucesorio no va en contra del orden público internacional español.



normas del Código civil: el art. 107, 2,c (sobre separación y divorcio), o el 594 (sobre la libertad del propietario de una finca para establecer servidumbres en ella). Como antes decía, se trata siempre de “cláusulas de a menos que” (o sea, el *tipo* de enunciado jurídico –su estructura– no parece variar bien se trate de normas de Derecho interno o de Derecho internacional), de manera que, aunque el análisis que ahora voy a realizar se circunscriba al artículo 1255 del Código civil, el mismo podría ser generalizado, o sea, podría extenderse (quizás con algunos ajustes de detalle) a los otros casos.

Ese artículo reza así: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”. Es claro que, como ocurre muchas veces en el Derecho, ese enunciado puede entenderse que expresa tanto una norma dirigida a la gente en general (o, si se quiere, a quienes pretendan realizar un contrato) como una norma dirigida a los jueces, a los órganos aplicadores.

En el primer caso, tendríamos una norma que confiere a los particulares el poder, cuyo ejercicio está permitido¹, de establecer contratos con ciertos contenidos. Ese permiso, referido al ejercicio del poder, se entiende mejor cuando se repara en que lo que podríamos llamar la “norma base” (la norma que confiere poder para contratar) no es de carácter regulativo, sino constitutivo². Podría formularse así: “Si se dan las circunstancias X e Y, y no Z, entonces se produce un contrato válido”; donde X e Y son todas las condiciones necesarias y suficientes para la validez de un contrato, haciendo abstracción del orden público; y Z representa la condición que expresa la existencia de un contenido contrario al orden público.

En el segundo caso, con lo que nos encontramos es con una norma regulativa de mandato, que se formularía aproximadamente así: “Si en relación con un contrato, C, se han satisfecho las condiciones X e Y, pero también Z, y se dan otra serie de condiciones (como la presentación de una demanda en un plazo establecido, etc.), entonces el juez tiene la obligación de anular ese contrato”.

Pues bien, ese elemento que hemos llamado Z (y lo mismo vale para no-Z) que aparece en las anteriores dos formulaciones es un ejemplo de (representa) lo que se suele llamar un concepto jurídico indeterminado (una cláusula abierta, etcétera), puesto que es imposible, a priori, fijar cuáles son todas aquellas características que tendrían que darse para poder afirmar que se da (o no se da) Z. En ese sentido, hay

¹ El ejercicio de un poder puede ser obligatorio (como ocurre generalmente en el caso de los poderes públicos) o incluso estar prohibido. Sobre esto puede verse el libro que escribí conjuntamente con Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho* (Atienza y Ruiz Manero 2007)

² El concepto de norma constitutiva (que viene a corresponderse aproximadamente con lo que usualmente se ha llamado norma de competencia) se contraponen al de norma regulativa o deóntica. Las primeras establecen las condiciones o antecedentes para la producción o el surgimiento de resultados institucionales (un contrato, una ley, una costumbre, una sentencia judicial, alcanzar la condición de heredero o de funcionario, etc.); mientras que las segundas estipulan obligaciones, prohibiciones o permisos. A su vez, las normas regulativas pueden ser reglas o principios, y tanto las reglas como los principios pueden ser de acción o de fin. Un tratamiento detallado de esos -y otros- tipos de enunciados jurídicos puede encontrarse en Atienza y Ruiz Manero 2007, y Atienza y Ruiz Manero 2006.

* Esta y la siguiente formulación puede considerarse que son parciales, pues están hechas desde la perspectiva del orden público y descuidan por lo tanto (dejan más o menos en la penumbra) otros elementos del enunciado.

una considerable indeterminación a la hora de saber si se ha realizado o no un contrato válido o si el juez debe o no decretar la nulidad del mismo. Indeterminación que, de alguna forma, viene compensada porque de esa manera (al regular así la conducta) se introduce cierta flexibilidad en el sistema (de ahí la calificación como válvula de escape). ¿Pero cómo hacer entonces para resolver esa indeterminación y flexibilizar el sistema sin dejarlo completamente abierto, sin generar arbitrariedad? La respuesta es que para ello debe procederse a una ponderación; o sea, el particular o el órgano aplicador que usa la categoría de orden público para guiar su conducta no puede hacerlo de manera, por así decirlo, directa, sin intermediaciones: tiene que recurrir a una deliberación, tiene que ponderar.

Y lo que significa todo esto es que la norma (o las dos normas) que expresa(n) el artículo 1255 del Código civil no son ejemplos de lo que suele entenderse por *regla*, sino que se trata más bien de un *principio*³. El no tomar en cuenta adecuadamente esta circunstancia, o sea, la manera distinta de operar de esos dos tipos de normas (reglas y principios), puede haber contribuido también a ver en el orden público un enigma, simplemente porque los métodos normalmente utilizados por el jurista para el manejo del material normativo (y pensados precisamente para las reglas), no parecen ser aquí de aplicación.

Lo característico de un principio es que sus condiciones de aplicación (el supuesto de hecho) están abiertas, de manera que (a diferencia de las reglas) no funcionan como razones perentorias o excluyentes (que excluyen la deliberación). Los principios, a diferencia de las reglas, incorporan razones de carácter no perentorio, no excluyente, y no pueden ser aplicados de manera directa, sino a través de una ponderación. La razón de ser de las cláusulas de orden público es, por tanto, la de condicionar la validez de los contratos a un juicio, una deliberación, en la que, de un lado, aparece el principio de autonomía de la voluntad, y, de otro, el resto de los principios (esenciales) del Derecho; y lo que habrá que resolver en cada caso es si esos otros principios tienen fuerza suficiente como para derrotar al de autonomía. De manera que podría decirse que “orden público” no es exactamente el nombre de un principio, sino una forma abreviada para referirse al conjunto de todos los principios jurídicos esenciales, con exclusión del de autonomía de la voluntad (que, en el caso de los contratos, viene a traducirse en el de *pacta sunt servanda*). O, si se quiere, el orden público es un principio que remite a otros principios.

³ La idea fundamental, como en seguida voy a desarrollar, es que las reglas son enunciados condicionales cuyas condiciones de aplicación son “cerradas”, a diferencia de lo que ocurre con los principios, en los que esas condiciones tienen un carácter “abierto”. Como consecuencia de ello, los principios, a diferencia de lo que ocurre con las reglas, no pretenden excluir la deliberación del destinatario. Por eso, las reglas funcionan (para quienes las aceptan) como razones perentorias, mientras que los principios son simplemente razones no perentorias. Vid. Atienza y Ruiz Manero 2007 y 2006. Y repárese, en todo caso, en que hay un inevitable continuo entre el carácter cerrado y abierto de esas condiciones; o sea, las condiciones de aplicación (el supuesto de hecho) de una norma puede ser más o menos abierto.



Merece la pena señalar también que, dentro de los principios, se puede establecer a su vez una contraposición entre los principios en sentido estricto y las directrices o normas programáticas¹. En ambos casos se trata de normas que dejan abiertas sus condiciones de aplicación y, por eso, como antes decía, requieren una deliberación, una ponderación. Pero esta es distinta según se trate de principios en sentido estricto o de directrices. En el primer caso, un ejemplo de ello es el principio de libertad de expresión, la deliberación tiene lugar para establecer si, en un determinado caso, lo requerido por ese principio prevalece frente a –pongamos- las exigencias del principio de respeto a la intimidad de las personas; y si se entiende que prevalece (la ponderación arroja ese resultado), entonces, simplemente, la actuación de tal periodista, que publicó determinada información sobre –imaginemos- una persona con relevancia pública, estaba justificada, el Derecho permitía realizar esa acción. Sin embargo, en las directrices o normas programáticas (que son normas de fin, no de acción), la ponderación opera de otra forma. Como ejemplo de esto último puede servir una norma (un principio) dirigida a extender el conocimiento de una lengua o a incentivar el empleo en un cierto territorio. Aquí puede hablarse de un mandato de optimización, en el sentido de que lo que hacen las directrices es algo así como ordenar a los órganos públicos que cumplan esos objetivos en la mayor medida posible; y para eso tendrán que ponderar esos mandatos con otras exigencias, con otros principios, como el de la autonomía de las personas, la igualdad de trato, diversos tipos de libertades, etc. El resultado de esa ponderación consistirá en la adopción de ciertas medidas, cuya justificación valoraremos en términos de eficiencia, lo que significa que aquí aparece un elemento de gradualidad inexistente en el anterior caso: el fin de extender el conocimiento de una lengua o de incrementar el empleo se alcanzará en una medida mayor o menor, mientras que la acción del periodista solo puede ser conforme- correcta- o inconforme –incorrecta- de acuerdo con el Derecho.

Pues bien, el principio de orden público pertenece a la categoría de los principios en sentido estricto, y no a la de las directrices o normas programáticas. Y, de nuevo, eso es algo que también vio muy bien Federico de Castro cuando, en el artículo tantas veces citado, dedica un apartado a mostrar que la noción tradicional de orden público no debe confundirse con la de “orden público económico”. Cuando se leen las páginas (1046 a 1051) que nuestro civilista dedica a esa cuestión, es fácil darse cuenta, en mi opinión, de que él está, con otras palabras y –si se quiere- con otro instrumental conceptual, estableciendo precisamente la misma distinción que acabo de exponer. Así, en su opinión, mientras que el orden público establece una “limitación intrínseca” de la autonomía de la voluntad, los límites del orden público económico derivan de intervenciones económicas de la Administración (lo que significa tomar en cuenta un valor

¹ Vid., para mayores detalles, Atienza y Ruiz Manero 2007 y 2006

de otro tipo); el orden público establece un límite negativo, mientras que el orden público económico es una cuestión de “eficacia positiva”; el orden público se vincula con la moral y las buenas costumbres, mientras que el orden público económico tiene que ver con “lo conveniente” según el plan económico de la Administración; y, en fin, el orden público tiene como protagonista al juez (que aplica principios de moral y de justicia conmutativa), mientras que a quien corresponde tratar con el orden público económico es al experto en economía¹.

2.3.

Ahora correspondería investigar, para esclarecer el, en principio, “extraño” concepto de orden público (y siguiendo el esquema de Cohen), la génesis de esta figura, sus antecedentes históricos. Pero esta es una tarea que nos encontramos, de nuevo, ya realizada en el trabajo de Federico de Castro. En síntesis: Con el sentido específicamente jurídico que aquí nos interesa, la expresión proviene del Código civil francés y se recibe en el español a pesar de la resistencia que opone a ello (por ir en contra del uso ordinario de la expresión) García Goyena. En realidad, también en el Código Napoleón suponía una novedad. Se introduce ahí con la finalidad de poner un límite (abierto) a la autonomía de la voluntad, esto es, para señalar que las voluntades particulares no pueden ponerse por encima de la voluntad general (cuya expresión es la ley), no pueden ir contra el orden establecido (por el propio Código), el orden social. De manera que el papel que en el Derecho común habían jugado la justicia y la equidad para dar flexibilidad a la interpretación de las normas, pasan ahora a desempeñarlo figuras como las buenas costumbres, la buena fe, la diligencia del buen padre de familia o el orden público (1030). El orden público significa apelar a lo que De Castro llama un “Derecho extrapositivo”², esto es, a principios que, aunque no estén explicitados en la ley, no caen por ello fuera del Derecho (serían principios implícitos). Y De Castro entiende que, al recurrir a esos principios extrapositivos, el propio Código civil francés habría abandonado el estricto legalismo desde el mismo momento de su nacimiento (p. 1033). Ese sería también el significado del orden público en todos los (numerosos) códigos que incorporan esa institución a partir del Código civil francés: “la figura del orden público viene a referirse a algo inmanente a la misma ordenación jurídica, por lo que su cita viene, más que a permitir, a facilitar el salir de los textos legales y dar flexibilidad a la interpretación de las normas, conforme a los principios generales del Derecho”

¹ El paralelismo aparece todavía más resaltado si la contraposición que antes hacía entre principios en sentido estricto y directrices se completa señalando la diversidad de valores o razones que subyacen a esos dos tipos de normas: en el caso de los principios en sentido estricto son razones de corrección (valores finales), mientras que en el caso de las directrices se trata de razones finalistas (valores que llamábamos “utilitarios” y que serían intrínsecos, pero no finales). Vid. Atienza y Ruiz Manero 2007, especialmente pp. 44-49.

² Que, imagino, para él no sería otra cosa que el Derecho natural. Yo interpreto la expresión en el sentido que en la teoría del Derecho hoy se suele otorgar a “principios”



(p. 1029). Y si De Castro considera que la referencia a las normas extrapositivas que encarna el orden público no lo es a los “principios generales del Derecho” del art. 1,4 del Código civil español (que serían para él “fuentes independientes del Derecho” –p. 1034), ello se debe a que nuestro autor está de alguna forma identificando esas “normas extrapositivas” con los “principios” en el sentido de Dworkin¹ O sea, mientras que los principios del art. 1,4 forman parte del Derecho por razones de *pedigree* (en último término, por haber sido establecidos por alguna autoridad), los principios en el sentido dworkiniano (las normas extrapositivas de De Castro) pertenecen al Derecho por su contenido moral²; pero –cabría añadir- no son completamente ajenas al Derecho positivo, sino que reflejarían algo así como la moralidad interna al Derecho³.

2.4.

Le toca ahora el turno a lo que Cohen llamaba la “naturaleza del hecho” (del concepto), su análisis lógico. Y para ello creo que podemos valernos de un trabajo de Robert Summers dedicado a la conceptualización de una figura que es paralela a la de orden público: la buena fe. Por “conceptualización” él entiende “un constructo intelectual que representa o encarna una idea formulada en palabras para algún propósito o propósitos, general o especial” (Summers 1981-1982, p. 815). Habría muchas formas de hacerlo según que se trate de plasmar la noción en un código o en una obra doctrinal, que la conceptualización pretenda servir como guía para los ciudadanos o para los jueces, etcétera. Summers presenta un listado de seis métodos posibles: definición formal, paráfrasis, ejemplos paradigmáticos, ejemplos representativos que ilustran la aplicación de la palabra (de la noción), semejanzas de familia entre los diversos usos de la palabra; análisis como un “concepto excluyente” (*excluder analysis*). Su tesis es que, aunque esos métodos no se excluyen entre sí, ni son tampoco los únicos posibles, en relación con la buena fe, lo más adecuado es recurrir al último. Pero a nuestros efectos (para aclarar el concepto de orden público), puede resultar de utilidad hacer un breve recorrido por todos ellos, lo que podría arrojar el siguiente resultado.

Por “definición” entiende Summers el establecimiento de las condiciones

1 Y conviene aclarar que los principios pueden ser implícitos o explícitos. Sobre esta clasificación puede verse Atienza y Ruiz Manero 2007, cap. 1, apartado 1.3.

2 Dworkin introdujo esa idea –que el Derecho no está integrado únicamente por reglas, sino también por principios- a finales de los años sesenta del siglo pasado. Vid. Dworkin 1984. Jesús Delgado ha puesto de manifiesto que la dogmática civil española no parece haber tenido muy en cuenta a ese autor, aunque trabajara con principios “mucho antes de que Dworkin publicara su obra más significativa”. Señala al respecto que, frente a la posición mayoritaria que reconocía escasa importancia al papel de los principios en la aplicación e interpretación de las normas, “De Castro, en posición minoritaria, defendió sin embargo que los principios tenían una función informadora y fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico”. Esa opinión encontró acogida, primero, en la reforma del título preliminar de Código en 1974, y luego contribuyó a que los civilistas aceptaran la existencia de unos principios constitucionales que eran superiores a las leyes: “El reconocimiento por los civilistas de que los principios generales del Derecho (al menos algunos principios: los constitucionales) son superiores a las leyes y les sirven de fundamento puede considerarse un triunfo póstumo, y en un contexto distinto, de las concepciones de De Castro, hasta entonces minoritarias y criticadas” (Delgado 2011, pp. 44 y 45)

3 La noción de moralidad interna del Derecho proviene de Lon Fuller. Vid. Fuller 1967. Aquí uso la expresión en un sentido que incluye también principios y valores de carácter sustantivo (no sólo procedimental).

necesarias y suficientes para el uso de una expresión, y esta es una operación que puede realizarse con mayor o menor precisión; o sea, una definición que se refiera a esas condiciones de manera más o menos indeterminada (y que no siga tampoco una forma canónica: “X es...”) no deja por ello de ser una definición. Así, un ejemplo de definición de orden público es la que daba Santiago Álvarez recogiendo lo que podría considerarse como opinión común entre los cultivadores del Derecho internacional privado. Y que es claramente coincidente con la que puede encontrarse en el trabajo de Francisco Oliva, siguiendo en este caso a un civilista, López y López: “el concepto de orden público, como límite de la autonomía de la voluntad, hay que buscarlo en el conjunto de principios que emanan del ordenamiento jurídico y que sirven como salvaguarda a la estructura político-jurídica de la sociedad” (Oliva 2016, p. 336; López y López, pp. 310 a 312). No sería tampoco difícil entresacar del texto de De Castro algún párrafo coincidente con el anterior (y, por lo tanto, también con la definición de los internacionalistas), pero me parece interesante señalar que lo que quizás pudiéramos considerar como definición de orden público de De Castro pone más el acento en los elementos funcionales que en los estructurales. O sea, para este último, las referencias en los códigos al orden público (al igual que a la moral o a las buenas costumbres) “sirven de medio de comunicación entre el sistema jurídico positivo y los valores éticos y de justicia (el buen orden jurídico), facilitando su positivización, al mencionarse en la ley. El intérprete y el juez se encuentran con ello expresamente autorizados para desentenderse de la letra de la ley y, considerando el todo del ordenamiento jurídico (leyes, principios generales del Derecho) y la misma naturaleza del Derecho, negar amparo a situaciones contrarias a los criterios propios de la moral o de la justicia” (De Castro 1982, p. 1037).

El método de la paráfrasis fue propuesto por Bentham¹ para dar cuenta de un tipo de entidades, de palabras, que él consideraba “ficciones”, porque no designan ningún objeto, no nombran nada; sin embargo, los enunciados que emplean esas palabras sí que tienen significado, como ocurre con “obligación”²; ese significado se puede captar, según él, por medio de paráfrasis como “Existe una ley que obliga a z a hacer A” o “Existe una ley que obliga a un juez a castigar a z si z no hace A”. Ese tipo de ficciones formarían parte de la ciencia jurídica, a diferencia de otras a las que él considera “ficciones fabulosas”, como “Derecho natural” o “derechos naturales”, que deberían ser radicalmente eliminadas (caerían en la misma categoría que “demonio” y muchos otros términos procedentes de la teología), porque carecen de significado, o sea, no pueden formar parte de enunciados significativos. Pues bien (y dejando a un lado si Bentham tenía o no razón en su crítica radical al iusnaturalismo: yo creo que no la tenía), “orden público” podría considerarse como un término perteneciente

1 Sigo el análisis de José Juan Moreso en su artículo “Las ficciones en Jeremy Bentham” Vid. Moreso 1986

2 Aunque no fuera posible (o no resultara útil), una definición en términos de género y diferencia específica: “una obligación es...”



a la misma clase que expresiones como “obligación”. Y así, parece claro que resulta significativa una frase como “Existe una norma que obliga a un juez a anular un contrato si una cláusula del mismo contradice el orden público, entendiendo por esto último los principios inspiradores del ordenamiento jurídico”; a su vez “principios inspiradores del ordenamiento” podría parafrasearse así: “Si X es considerado por la comunidad jurídica C como una norma de particular importancia, entonces X es un principio inspirador del ordenamiento”; etcétera. Como también son significativas todas las (ya muchas) frases de este trabajo que contienen la expresión “orden público”. De manera que, aunque no fuera posible en sentido estricto una definición (de la forma: “orden público es...”), el significado de orden público podría extraerse de todas (o de algunas de) las frases (con sentido) que contienen esa expresión.

Un ejemplo paradigmático, a propósito del significado de orden público, es el caso de una Asociación de Agentes Mayoristas de Vizcaya constituida para restringir la competencia en daño del consumidor y que dio lugar a una sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1979 que, según nos dice De Castro, habría sido “el motivo primero que llevara a la redacción de este ensayo”, o sea, al trabajo –este último- que de alguna forma yo estoy utilizando, por mi parte, como un paradigma para analizar el concepto de orden público. No es cosa de entrar aquí en detalles sobre el caso en cuestión, pero baste decir que el estudio del mismo es lo que le habría llevado a De Castro a tratar de aclarar “los conceptos vagos y escurridizos de ‘protección del consumidor’ y de ‘orden público’” (De Castro 1982, p. 994) y, en particular (oponiéndose a lo sostenido en esa sentencia del Supremo y en otra anterior de la Audiencia Territorial de Pamplona) a configurar el concepto de orden público del art. 1255 del Código civil de la manera que antes hemos visto, y que deja fuera de la extensión del mismo al orden público económico.

Sin duda, una forma sumamente útil de aclarar muchos conceptos jurídicos, incluido el de orden público consiste en acudir al análisis jurisprudencial: analizar y clasificar los diversos casos en los que se aplica una determinada noción; cabría decir: tanto los casos claros o fáciles (aquellos que indiscutiblemente afectan o no afectan, por ejemplo, al orden público), como los difíciles (los controvertidos). Un ejemplo interesante de esto último es el contrato de gestación por subrogación. En la doctrina (y en la jurisprudencia) hay, si no unanimidad, sí un amplio consenso en el sentido de considerar que ese tipo de contrato es contrario al orden público: tanto al orden público interno como al internacional español. Desde hace algún tiempo (Atienza 2006b; vid. también Atienza 2009 y 2015) vengo defendiendo la tesis de que esa opinión es equivocada y no voy a entrar aquí en detalles. Me limito a señalar lo que, en mi opinión, constituye la fuente (las dos fuentes) de ese error. Una es el no haber reparado en que el



artículo 10.1 de la Ley de Reproducción Humana Asistida (“Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”) no es una norma de mandato, sino una norma constitutiva; no establece una prohibición acompañada de una sanción (no hay ninguna sanción en la ley para esa conducta), sino que fija una condición de nulidad: un contrato de esas características es nulo de pleno Derecho. Y la otra fuente de error es haber dado por sentado, sin aducir ninguna razón para ello (es lo que hizo el Tribunal Supremo en una conocida sentencia del peno de la sala civil de 6 de febrero de 2014), que la subrogación por sustitución contradice un principio fundamental del ordenamiento jurídico español: el de la dignidad humana. Pero no es así, como luego tendré oportunidad de mostrar.

“Parecido de familia” es una noción introducida por Ludwig Wittgenstein¹ para dar cuenta de un tipo peculiar y complejo de ambigüedad. Se trata de palabras que se aplican a una multitud de objetos que, sin embargo, no tienen (o no es fácil de encontrar en ellos) ninguna propiedad en común pero que, con todo, guardan alguna semejanza entre sí (no se trata, pues, de un caso común de ambigüedad). El ejemplo típico (el que ponía Wittgenstein) es el de “juego”: tanto el ajedrez como el mus, los juegos de palabras, el fútbol, el tenis o la ruleta son juegos, mientras que no lo son el boxeo, la esgrima, los toros o la caza (vid. Carrió 1965, p. 30). Ahora bien, ¿qué es lo que tienen en común las seis primeras actividades?, ¿y qué diferencia, por ejemplo, al fútbol del boxeo para que lo primero sea un juego, pero no lo segundo? La respuesta de Wittgenstein es que el nexo de unión sería una compleja red de parecidos que se superponen y entrecruzan, como ocurre cuando decimos que los miembros de una misma familia se parecen entre sí porque se asemejan en algunas características que tienen que ver con la forma de la nariz, el color de los ojos, la manera de caminar, la forma de hablar, etc., aunque es posible que ninguno de esos rasgos sea común a todos ellos. Los diversos usos de la expresión “orden público” (en el sentido exclusivamente jurídico que es el que aquí nos interesa) tienen seguramente entre sí más que un parecido de familia. Pero esta última categoría puede ser muy útil en relación con muchas nociones jurídicas que pueden parecer inmanejables precisamente porque no es fácil encontrar un común denominador, una misma propiedad, que posean todos los supuestos a los que se aplican; o, mejor dicho, es equivocado pensar que el análisis de la noción en cuestión haya de consistir en buscar esa propiedad común que no existe. Como ejemplos de esas nociones podrían servir “razonable” o “arbitrario” o, incluso, “justicia”².

¹ En algunos pasajes de Investigaciones filosóficas y Los cuadernos azul y marrón. Vid. Wittgenstein 1968 y 1988.

² Como me lo ha hecho observar Alfonso García Suárez, en la voz “Justice” de la Stanford Encyclopedia of Philosophy (que se debe a David Miller) se sugiere que justicia podría ser uno de esos conceptos de parecido de familia. Y según algún autor (señaladamente, Bambrough), la noción de parecido de familia cubriría cualquier concepto general. Le quedo muy agradecido a García Suárez por estas indicaciones y por haberme hecho llegar un texto suyo de próxima publicación (“Para leer a Wittgenstein”) en donde se aclara y se dan útiles indicaciones para comprender las nociones de Wittgenstein de juegos de lenguaje y parecidos de familia.



Y finalmente tenemos las expresiones (las nociones) que no tienen por sí mismas un significado positivo, sino que su función es la de excluir, dejar fuera una serie de objetos a los que no se aplica la expresión. Esto es lo que parece ocurrir (nos dice Summers, que toma este método de conceptualización también de la filosofía: de Aristóteles y de J. L. Austin), con la expresión “real” (es uno de los ejemplos que ponía Austin) que puede usarse, cuando hablamos por ejemplo de “un pato real”, para excluir las diversas formas de no ser un pato real: un pato de peluche, un pato dibujado, etc.; con “voluntario” en el Derecho penal (que serviría para excluir los casos en los que existe compulsión física, amenazas, accidentes, errores, etc.); o con “buena fe”, en cuanto obligación general aplicable a las relaciones contractuales (Summers 1981-1982, p. 817-818). En el Derecho estadounidense de contratos, la sección 205 del segundo *Restatement*¹ de Contratos (aparecido en 1981) se inspira en buena medida en la propuesta que Summers había hecho en varios trabajos de las décadas anteriores. Y así, en lugar de tratar de definir “buena fe” recurriendo a alguna característica o conjunto de características (honestidad de hecho en la transacción, etcétera), lo que se hace en una de las subsecciones (la *d*) es señalar, sin pretensión de exhaustividad, una serie de conductas consideradas en diversas decisiones judiciales como mala fe contractual.

2.5.

El cuarto enfoque consiste en determinar las implicaciones o consecuencias de la noción en un contexto que aquí será jurídico: el del Derecho privado español: interno e internacional. Es el enfoque, funcional, defendido como método general para el Derecho por Cohen, y también, como ya hemos tenido ocasión de ver, el que guía el trabajo de De Castro sobre el orden público. El título del mismo resulta ya elocuente: “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”. Y a esa función básica que desempeña el orden público se le añaden, en el desarrollo del trabajo (sobre todo, en las páginas dedicadas a lo que llama “naturaleza y funciones del orden público” –pp. 1029-1046-), otra serie de funciones que especifican o coadyuvan a esa primera o principal, consistente en limitar la autonomía de la voluntad en materia contractual: la noción de orden público contribuye a que eso se logre al producir un ajuste entre las normas positivas y las extrapositivas del ordenamiento jurídico, abandonando el legalismo extremo (al recurrir a criterios extrapositivos), comunicando el sistema jurídico positivo con los valores éticos y de justicia, evitando resultados injustos y sirviendo como instrumento de evolución de la autonomía de la voluntad sin necesidad de cambiar la letra de la ley.

¹ Los Restatements constituyen, como es sabido, un tipo peculiar de fuente del Derecho, que no tiene equivalente en nuestro sistema

3.

Comenzaba este trabajo defendiendo (apartado 1) la tesis de que el concepto de orden público no tiene por qué ser considerado como un enigma jurídico, y espero haber convencido al lector (con lo dicho en el apartado 2) de que, efectivamente, no lo es, aunque sí que sea un concepto difícil. También confío en haber mostrado que para poder tratar con –resolver– esas dificultades, el jurista puede recurrir a muchos métodos de análisis que, además, no son incompatibles entre sí. El resultado de todo lo anterior podría resumirse así.

Nuestro Código civil (al igual que muchos otros inspirados en el Código Napoleón) utiliza la noción de orden público, del artículo 1255, para establecer una limitación a la autonomía de la voluntad en materia contractual. Lo característico de esa limitación es que está referida a *principios* del Derecho, entendiendo por tal pautas de conducta muy abiertas que dan sentido a las *reglas*, expresan exigencias de carácter moral y pueden ser explícitas o implícitas. Al tratarse de ese tipo de principio (principios en sentido estricto, no directrices) su aplicación exige por parte del juez un peculiar ejercicio de ponderación: se trata de establecer en cada caso (aunque la ponderación no sea una operación puramente casuística; en seguida vuelvo sobre esto) si la autonomía de la voluntad resulta o no derrotada por el conjunto de los otros principios que, explícita o implícitamente, dotan de sentido a nuestro Derecho. Otra forma de expresar lo anterior sería considerar que las normas que establecen la validez de los contratos contienen siempre una (o más de una) “cláusula de a menos que”: el contrato es válido a menos que (entre otras cosas) se oponga al orden público (al conjunto –o a alguno– de los principios del ordenamiento que tengan peso suficiente como para derrotar a la autonomía de la voluntad).

Y, si quisiéramos trasladar el análisis al orden público internacional, entonces la ponderación tendríamos que hacerla entre, por un lado, el conjunto de los principios que inspiran el Derecho internacional privado y, por otro lado, los principios del ordenamiento jurídico del foro: la ley es aplicable, la sentencia dictada por un juez de otro sistema jurídico es válida, etcétera, a menos que contradiga los principios más esenciales del ordenamiento jurídico español. Y algo parecido cabría hacer en relación con la recepción de la costumbre y los otros supuestos de aplicación del orden público.

Ahora bien, esa noción de orden público presupone algunas ideas que no todos los juristas parecen dispuestos a aceptar, y de ahí quizás la tendencia a considerar la figura como un enigma.

Una de ellas es la necesidad de recurrir a la ponderación como forma de razonamiento necesaria para aplicar los principios; o sea, mientras que la aplicación de



las reglas seguiría el procedimiento de la subsunción, los principios, como antes veíamos, no pueden aplicarse directamente, tienen que ser ponderados. Más exactamente, la ponderación es un tipo de razonamiento en el que pueden distinguirse dos fases: la primera consiste en crear una regla a partir de principios (se pondera cuando no hay una regla aplicable al caso, o sea, frente a un supuesto de la laguna normativa o axiológica); y la segunda, una vez establecida la regla, en llevar a cabo una subsunción. Los críticos de la ponderación¹ esgrimen contra este procedimiento, fundamentalmente, dos argumentos: 1) el Derecho es un conjunto de reglas y la llamada “ponderación” podría sustituirse siempre por una combinación de subsunción más utilización de los métodos habituales de interpretación (particularmente, el método teleológico); 2) la ponderación es un procedimiento arbitrario al que se recurre para justificar que los jueces procedan de manera puramente casuística, arbitraria, sin atenerse a reglas generales y enmascarando así una ilegítima función de creación judicial de Derecho. En mi opinión (opinión que he desarrollado por extenso en otras ocasiones [vid. Atienza 2006, Atienza y García Amado 2012 y Atienza 2017], ambas tesis son equivocadas.

En cuanto a la primera, porque si uno acepta que el sistema jurídico no es completo (que existen lagunas normativas en el nivel de las reglas), entonces tiene que aceptar también que, al menos en esos casos, el juez tiene que ponderar, no puede subsumir el caso bajo una regla, puesto que no existe tal regla; y aunque sea cierto que cabe pensar en la posibilidad – posibilidad teórica- de rechazar siempre las lagunas axiológicas (crear una laguna por considerar que existe un desajuste axiológico entre la regla o reglas que regulan el caso y los principios que subyacen a las mismas o, más en general, a los principios del Derecho), esa actitud supondría incurrir en un formalismo que me parece injustificable: o sea, supondría aceptar soluciones que, sin embargo, habría que considerar injustas, de acuerdo con los principios del sistema.

Y el error de la segunda tesis radica en suponer que del hecho de que la ponderación dependa del cúmulo de factores que definen cada caso, se deriva que entonces la ponderación se lleva a cabo de manera puramente casuística, esto es, sin basarse en normas generales, y dejando de lado el principio de universalización. Pero esto no es así. La ponderación, como antes decía, da lugar a una regla que tiene que aplicarse (si se pondera bien) en todos los casos en que se den las propiedades definitorias de su supuesto de hecho. Para recurrir al ejemplo antes utilizado, si *ceteris paribus* se estableció que, en caso de que la información afecte a alguien con relevancia pública y el contenido de la misma revista también algún interés para el público, la libertad de expresión derrota al derecho al honor o a la intimidad, entonces ese criterio tiene que seguir aplicándose en todos los casos en los que se den esas mismas circunstancias.

¹ Pienso, particularmente en Juan Antonio García Amado. Hemos escrito conjuntamente un libro, *Un debate sobre la ponderación* (Atienza y García Amado 2012) en donde puede encontrarse, desarrollada con cierto detalle, la postura de este autor sobre el tema.

El segundo presupuesto, muy ligado al anterior, supone concebir el Derecho en términos no positivistas. O sea, el Derecho no consiste únicamente en reglas, sino también en principios, particularmente en principios que establecen exigencias de carácter moral, y eso vuelve insostenible la tesis de la separación metodológica o conceptual entre el Derecho y la moral. Es cierto que la civilística española, de manera casi unánime, ha considerado desde hace mucho tiempo que el positivismo jurídico era una concepción ya superada del Derecho pero, como lo ha sugerido Jesús Delgado (Delgado 2011, pp. 40 y ss.), convendría revisar en qué ha consistido esa superación; o, más exactamente, si verdaderamente ha habido una superación o si de lo que cabría hablar sería más bien de una adscripción al peor tipo de positivismo jurídico: el positivismo ideológico que reduce la justicia al Derecho y promueve en el jurista una actitud de aceptación acrítica del Derecho establecido.

Me parece, de todas formas, que esta última no habría sido la visión del Derecho que se trasluce en el trabajo de De Castro, al que tantas veces se ha hecho referencia. Como se sabe, la crítica más influyente al positivismo jurídico en los últimos tiempos proviene de varios trabajos de Dworkin de finales de los años sesenta del siglo XX, en los que – criticando a Hart – sostenía que el Derecho consistía tanto en reglas como en principios y que estos últimos forman parte del Derecho no atendiendo a su origen o fuente (o sea, utilizando el criterio establecido en una regla de reconocimiento), sino por razón de su contenido, lo que le llevaba en definitiva a cuestionar la tesis de la separación entre el Derecho y la moral. No conozco a fondo la obra de Federico de Castro¹ y no sé muy bien cuáles habrán sido sus referentes en materia iusfilosófica, pero su apelación a un Derecho extrapositivo o la necesidad de comunicar el sistema jurídico positivo con los valores éticos y de justicia parece perfectamente compatible no sólo con el iusnaturalismo tradicional, sino también con una concepción (postpositivista) como la de Dworkin. E incluso, como antes he señalado, De Castro viene de alguna forma (al caracterizar la noción de orden público económico y separarla de la de orden público en sentido tradicional) a trazar una distinción que se asemeja mucho a la de Dworkin entre *principles* y *policies*. Todo lo cual me lleva a plantearme la duda (y se trata solo de una duda) de si la civilística española ha seguido en esto al que casi todos consideran como el gran maestro de los últimos tiempos.

Otra idea que hay que presuponer al manejar la noción de orden público es que el razonamiento jurídico envuelve necesariamente fragmentos de naturaleza moral (de donde no se sigue, por cierto, que la argumentación jurídica sea un tipo específico de argumentación moral) y que esa moral no puede reducirse a la moral social. Dicho de otra manera, la argumentación en Derecho civil (pero no sólo en Derecho civil)

¹ Vid. la anterior nota 13 y la opinión de Delgado al respecto.



presupone el objetivismo moral¹. Para aplicar la cláusula de orden público no basta con referirse a la moral social (en contra de lo que supone Oliva², pero no creo que en esto se separe de la opinión común entre los civilistas³), sino que es necesario apelar a la moral justificada. El caso de la maternidad subrogada al que antes hice alusión es, me parece, un buen ejemplo de lo que acabo de afirmar.

El origen de aquel conflicto fue un auto dictado por el encargado del Registro Civil Consular de Los Ángeles, California, que denegaba la solicitud de dos ciudadanos españoles (ambos varones) de inscripción de nacimiento de sus dos hijos, nacidos mediante gestación de sustitución. Los interesados interpusieron recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, y el asunto llegó hasta los tribunales: intervinieron el Juzgado de Primera Instancia Nº 15 de Valencia, la Audiencia Provincial de Valencia y, finalmente, el Tribunal Supremo, en la sentencia del pleno de la sala civil de 2014 a la que antes hice referencia. Como es sabido, la licitud o ilicitud moral de esa práctica es una cuestión disputada tanto en la sociedad española como en la mayoría de los países culturalmente afines al nuestro, lo que quiere decir que la respuesta a ese problema, si la institución va o no en contra del orden público español, no puede encontrarse en la moral social. Debe acudir necesariamente (incluso aunque hubiese una respuesta clara de acuerdo con la moral social) a la moral justificada, esto es, a plantearse la cuestión de si la maternidad subrogada atenta necesariamente contra la dignidad humana (de la madre gestante y del niño nacido mediante la correspondiente técnica de reproducción asistida) y eso es, en realidad, lo que hicieron los tribunales, aunque no lo dijeran: según ellos, parecería que la introducción de la noción de dignidad humana en la Constitución, habría hecho de esta una noción jurídica, cuya aplicación no exigiría ya un razonamiento de tipo moral. Pero a mi juicio es obvio que no es así: para interpretar el sintagma “dignidad humana” que aparece en nuestra Constitución (y en otras leyes) es necesario contar con una teoría moral, entrar en una discusión de filosofía moral para ver cómo ha de entenderse esa noción. Y esto último es lo que *no* hicieron los jueces que, simplemente, se dejaron llevar por sus ideas preconcebidas (y, en mi opinión, equivocadas) al respecto y no se plantearon (no hay ningún rastro de reflexión moral seria sobre el tema) que lo que prohíbe el principio de dignidad humana (la segunda formulación del imperativo categórico kantiano) es tratar a un ser racional *solo* como un instrumento y no *siempre y al mismo tiempo* como un fin en sí mismo. ¿Pues qué razones hay para pensar que la mujer gestante o un niño

1 Este punto lo he desarrollado con detalle en Atienza 2017, especialmente en el cap.VIII: “Objetivismo moral y Derecho”.

2 Quien toma esa posición, me parece, como consecuencia de su rechazo del objetivismo moral. Vid. Oliva 2016 ,p. 351

3 Sí se separa, sin embargo, Jesús Delgado. Vid. Delgado 2011, en donde no se tematiza la distinción entre moral social y moral justificada, pero del contexto resulta claro que en su caracterización de la dogmática civil al proponer un nuevo paradigma en el que cobra una gran importancia “la práctica del razonamiento moral basado en principios y en valores” (p. 118), la moral no queda reducida a la moral social.

que nace de esa manera van a ser tratados *necesariamente solo* como un medio, o sea, no van a ser considerados también como fines en sí mismos? Yo creo que ninguna, o ninguna que sea sólida¹.

El último presupuesto requerido para dar cuenta cabalmente de la institución de orden público (como, en general, de cualquier institución jurídica) es una determinada concepción de la dogmática jurídica, precisamente, aquella que está en el trasfondo del artículo de Felix Cohen y cuya inspiración no es otra que la del pragmatismo filosófico. Este enfoque filosófico (el pragmatismo no es exactamente el nombre de una concepción sustantiva de la filosofía²) lleva a considerar la dogmática jurídica como una técnica dirigida a facilitar la resolución de problemas que se plantean en la producción, la interpretación y la aplicación del Derecho. Y, por ello, la tarea de construcción conceptual debe verse justamente en términos funcionalistas o finalistas. Es, en realidad, la concepción de la dogmática jurídica (y del Derecho) que puede encontrarse en Ihering (en el “segundo Ihering”). Y también la que, para la dogmática jurídico-penal, viene defendiendo Claus Roxin desde los años setenta del siglo XX (vid. Roxin 2002) y que, según muchos penalistas, representa algo así como un nuevo paradigma: el paradigma dominante desde entonces. La idea fundamental es que el concepto de delito (cada uno de sus componentes: tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad) debe entenderse en términos finalistas y valorativos; o, dicho de otra manera, los elementos estructurales del concepto deben subordinarse a los funcionales. Lo que importa no es si el dolo “pertenece” a la tipicidad o a la culpabilidad, sino darse cuenta de cuáles son los valores jurídico-penales que deben satisfacerse con esos elementos; así, según Roxin, el tipo penal serviría fundamentalmente para la realización del principio “nullum crimen”, la antijuridicidad para dar una solución justa a los conflictos, regular de manera justa los intereses contradictorios, y la culpabilidad tendría que ver con el problema de si y hasta qué punto las circunstancias personales hacen o no aconsejable una sanción penal.

Pues bien, yo diría que el trabajo de De Castro sobre el orden público sigue también esa dirección (que, insisto, es la de Ihering), aunque sorprendentemente él afirme haber escrito un ensayo “sin pretensiones dogmáticas” (De Castro 1982, p. 994). Supongo que lo que explica semejante afirmación es que De Castro pensaba que esa manera suya de proceder no encajaba con lo que los civilistas (también él) han considerado por lo general que es un trabajo de (buena) dogmática jurídica. Pero creo que en esto se equivocaba. Su ensayo sobre el orden público constituye verdaderamente un modelo de cómo debe elaborarse un trabajo de dogmática, si bien –todo hay que decirlo–, yo hubiese preferido un tratamiento algo más sobrio y ordenado de la materia,

¹ He desarrollado este punto con más detalle en Atienza 2006b, 2009 y 2016

² Vid. Haack 2017 y Atienza 2017 (cap. VII: “La dogmática jurídica como tecno-praxis”) y 2018.



una mayor claridad metodológica y, en definitiva, un texto más preciso y más simple. No me cabe duda de que el logro de esos objetivos resulta mucho más fácil de alcanzar si el jurista (el civilista) posee una adecuada formación iusfilosófica. Y de ahí el enigma que yo sugería al comienzo de este trabajo: ¿Por qué quienes cultivan la dogmática jurídica en España lo hacen, por lo general, de espaldas a la filosofía del Derecho? Aunque, pensándolo bien, quizás no se trate tampoco en este caso de un enigma, puesto que la respuesta a esa pregunta no es difícil de encontrar: los dogmáticos del Derecho piensan, salvo contadas excepciones, que la filosofía del Derecho constituye para ellos un saber inútil; como mucho, algo de interés simplemente ornamental. Cometan, al pensar así, un grave error, pero seguramente ellos no sean los únicos culpables de la situación. Y, en todo caso, reuniones como esta podrían contribuir a mejorar las cosas, aunque con ello tampoco quiero dar a entender que ellos (los civilistas) sean aquí los únicos que tienen algo que ganar. ¿Qué sería de (para qué serviría) una filosofía del Derecho desentendida de lo que los juristas –prácticos y teóricos- consideran como los auténticos problemas del Derecho?



BIBLIOGRAFÍA:

-Álvarez, Santiago (2013) “¿Orden público europeo versus orden público internacional de cada Estado?”, en (varios autores), *La gobernanza del interés público global. XXV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Barcelona.

-Atienza, Manuel (2006a), *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona.

-Atienza, Manuel (2006b), “Reproducción humana asistida: Sobre la nueva ley”, en *El Notario del siglo XXI*, nº 9.

-Atienza, Manuel (2009), “De nuevo sobre las madres de alquiler”, en *El Notario del siglo XXI*, nº 27.

-Atienza, Manuel (2016), “Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos”, en *El Notario del siglo XXI*, nº 63.

-Atienza, Manuel (2017), *Filosofía del Derecho y transformación social*, Trotta, Madrid.

-Atienza, Manuel (2018), “Pragmatismo jurídico. La propuesta de Susan Haack”, en *Estudios Filosóficos*, nº 196.

-Atienza, Manuel y García Amado, Juan Antonio (2011), *Un debate sobre la ponderación*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá.

-Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan (2007), *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona (la 1ª ed. es de 1996).

- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan (2006), *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Trotta, Madrid (la 1ª ed. es de 2000).
- Carrió, Genaro (1965), *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- Cohen, Felix (1962), *El método funcional en el Derecho* (traducción de G. Carrió), Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- De Castro, Federico (1982), "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", en *Anuario de Derecho Civil*, nº 4.
- Delgado, Jesús (2011), "Retos de la dogmática civil española en el primer tercio del siglo XXI", en Delgado, Jesús y Rams, Joaquín, *Retos de la dogmática civil española*, Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.
- Dworkin, Ronald (1984), *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona; la edición inglesa es de 1977.
- Fernández Rozas, Carlos y Sánchez Lorenzo, Sixto (2013), *Derecho internacional privado*, 7ª ed., Cívitas, Madrid.
- Fuller, Lon (1967), *La moralidad del Derecho*, Trillas, México.
- Haack, Susan (2017), *The Pragmatic Tradition. Lessons for Legal Theorists*, Washington University.
- Juanatey, Carmen (2016), "Orden público, paz pública y delitos de resistencia, desobediencia y desórdenes públicos tras las reformas de 2015", en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 120.
- López y López, Ángel (2012), *Fundamentos de Derecho civil. Doctrinas generales y bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Moreso, José Juan (1986), "Las ficciones en Jeremy Bentham", en *Doxa*, nº 3.
- Oliva, Francisco (2016), "Límites a la autonomía privada en el Derecho de los contratos: la moral y el orden público", en Parra, María Ángeles (coord.), *La autonomía privada en el Derecho civil*, Thomson Reuters Aranzadi.
- Roxin, Claus (2002), *Política criminal y sistema del Derecho penal* (trad. de F. Muñoz Conde), Hammurabi, Buenos Aires; la ed. original alemana es de 1970.
- Summers, Robert (1981-1982), "The General Duty of Good Faith—Its Recognition and Conceptualization", *Cornell Law Review*, nº 67.
- Wittgenstein, Ludwig (1968), *Los cuadernos azul y marrón* (trad. de F. Gracia), Tecnos, Madrid.
- Wittgenstein, Ludwig (1988), *Investigaciones filosóficas* (trad. de A. García Suárez y U. Moulines), Crítica-Unam, Barcelona-México



EL PODER EJECUTIVO EN EL PERÚ Y EL PARLAMENTO

THE EXECUTIVE POWER IN PERU AND THE PARLIAMENT



Vásquez Bocanegra Sofia del Carmen¹

Resumen: Un gobierno es tal, en la medida en que una persona o grupo de personas son los titulares del ejercicio del poder establecido, producto de una contienda electoral que los constituye como ganadores y por tanto legítimos detentadores del poder y por ende, de la autoridad o producto del uso de la fuerza militar o social a través de golpes de Estado, revoluciones populares. Sin embargo, el proceso político por su naturaleza siempre reserva un espacio para el perdedor que usualmente deviene en oposición. La forma de cómo las estructuras constitucionales del Estado, así como el comportamiento del gobierno, suelen ser un indicador efectivo del grado de democracia de un régimen y por ende de su desarrollo político.

Palabras claves: El Poder Ejecutivo en el Perú. El Presidente de la República. El Consejo de Ministros. La relación entre Poder Ejecutivo y el Parlamento.

Abstract: A government is such, to the extent that a person or group of people are the holders of the exercise of power, the product of an electoral contest that constitutes them as winners and therefore legitimate holders of power and, therefore, of the authority or product of the use of military or social force through coups, popular revolutions. In either form, the game of government formation usually becomes a zero-sum game, in which the winner takes everything. However, the political process by its nature always reserves a space for the loser who usually becomes opposition. The way in which the constitutional structures of the State, as well as the behavior of the government, are usually an effective indicator of the degree of democracy of a regime and therefore of its political development.

Key words: The Executive Power in Peru. The president of the Republic. The Council of Ministers. The relationship between the Executive Branch and the Parliament.

¹ .Estudiante a la Escuela Académica Profesional de Derecho Pregrado, Universidad San Martín de Porres, Pradera, Perú, email: sofiavasquezbocanegra@gmail.com

INTRODUCCIÓN

El Poder Ejecutivo está constituido por el Presidente, quien desarrolla las funciones de Jefe de Estado. El simboliza y representa los intereses permanentes del país. A su vez, como Jefe de Gobierno, es quien dirige la política gubernamental, respaldado por la mayoría político-electoral. En el régimen presidencial, tanto el Poder Ejecutivo como el Legislativo son elegidos por sufragio popular. *El sistema presidencial es una forma de gobierno representativa, donde los poderes del Estado están separados en Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Siendo cada uno de ellos autónomo e independiente.* ¹

La Constitución de 1993 dedica el Capítulo IV «Poder Ejecutivo» de su Título IV de la estructura del Estado», exclusivamente al Presidente de la República, regulando en él lo referente a su jerarquía en el Estado, requisitos de elegibilidad, sistema de elección, duración del mandato, los supuestos de vacancia y suspensión, las normas para el ejercicio provisional del cargo y la sucesión en caso de impedimento temporal o permanente del Presidente, las causales de acusación constitucional para su destitución y, finalmente, sus atribuciones y obligaciones. ²

Por otro lado, En un Estado democrático, es decir, en el que existen garantías de que el poder no está concentrado en un solo ente, sino que, por el contrario, existe un juego de pesos y contrapesos entre quienes ejercen el poder, es natural que encontremos una serie de instituciones de control ínter orgánico. ³


PODER EJECUTIVO EN EL PERÚ

Este ordenamiento sistemático de la Constitución nos revela, de entrada, la íntima vinculación que establece entre las nociones de «poder ejecutivo» y «presidente de la República». En constituciones de tipo republicano-parlamentario como, por ejemplo, las de Alemania, Italia y Portugal, tal identificación no existe y, por ello, regulan en títulos separados al Presidente de la República, o Jefe del Estado, y al Gobierno, o Poder Ejecutivo I. En cambio, la sistemática empleada por la nuestra se asemeja a la Constitución de los Estados Unidos cuyo Artículo Segundo se ocupa del Presidente, al cual atribuye el Poder Ejecutivo (Sección I, a, numo 1,) o, más aún, a la de México, cuyo Capítulo III, del Título n, denominado “Del Poder Ejecutivo” se refiere al “*Presidente de los Estados Unidos Mexicanos como depositario del “Supremo Poder Ejecutivo de la Unión”*” (Art. 80°) 2. ⁴



Más allá, sin embargo, de este aspecto de ordenamiento sistemático, que sin duda expresa la concepción subyacente acerca de la titularidad del Poder Ejecutivo, interesa analizar, en nuestra Constitución, quien es el titular de este poder, a partir de la distribución de las atribuciones y competencias propias del mismo que hace la ley fundamental.⁴

En la orilla democrática la oposición puede organizarse abierta y legalmente en partidos políticos y enfrentarse a los demás grupos políticos incluyendo al grupo gobernante en elecciones libres, imparciales y justas gracias justamente a la implementación institucional de los principios ya mencionados, especialmente el de la tolerancia; Este último hace posible la presencia de la voz opositora, el respeto del punto de vista discrepante por minoritario que sea, a tal punto que se puede decir que la tolerancia existe en la medida que haya oposición que aunados con los demás principios hacen que se implementen las demás garantías institucionales. Roberth Dahl² propone las siguientes garantías institucionales que hacen posible se pueda hablar de democracia:⁵

- 
1. Libertad de asociación.
 2. Libertad de expresión.
 3. Libertad de voto.
 4. Libertad para que los líderes políticos compitan en busca de apoyo.
 5. Diversidad de fuentes de información.
 6. Elegibilidad para la cosa pública
 7. Elecciones libres e imparciales.
 8. Instituciones que garanticen que la política de gobierno dependa de los votos y demás formas de expresar las preferencias.

La igualdad.- Implica el deber de dar a todos los individuos los derechos, la necesidad de reconocer igual valor de los individuos por encima de las diferencias; en consecuencia, se reconocen iguales derechos. ² La igualdad significa convivencia de las diferencias y sin el reconocimiento de derechos no existe la posibilidad de generar un diálogo pluricultural. ⁶

El proceso de afirmación y desarrollo por el que atraviesa la oposición da cuenta de un doble rol desempeñado, cuyos niveles de institucionalización para su ejercicio sirven de indicadores para determinar el grado de democracia de un país. Tenemos por un lado, el desarrollado a través del intrincado social, es decir, de los grupos intermedios de la sociedad que van desde los más difusos hasta los más estructurados como; la opinión pública, las organizaciones sociales, los grupos de presión y de interés, los movimientos, agrupaciones y partidos políticos. Y por el otro, el desarrollado a través de los canales institucionales propios del Estado, es decir, las instituciones políticas y sus procedimientos legal y constitucional.⁷

La oposición puede ser muy radical o muy conciliadora, puede incluso ser antisistema que cuestiona el orden establecido o puede ser negociadora que forma parte del gobierno; lo cierto es que en democracia la oposición asume el juego democrático acepta las reglas y en buena medida los reglamentos. Fundamentalmente su rol se circunscribe a proponer un gobierno alternativo con mejores perspectivas, mejorando las propuestas, señalando los desaciertos y errores del gobierno.⁸

En este sentido, el deber de la oposición consiste en contender con el gobierno demostrando la capacidad de ser un gobierno alternativo, quizás mejor, distinto; comunicándolo con toda su potencia, con todo el vigor y claridad posible al electorado. Si bien es cierto que las contiendas electorales hacen posible las condiciones necesarias para que la oposición pueda manifestarse, es el Parlamento la institución que por excelencia acoge a las minorías y a la oposición durante los periodos inter-eleccionarios. ⁶

La democracia constitucional.- Es un criterio axiológico que permite establecer cuáles son los derechos que un determinado ordenamiento considera fundamental. Dependiendo del tipo de derechos reconocidos, se puede determinar el tipo de democracia adoptada. La democracia sustantiva explica como los derechos condicionan límites y vínculos sociales a la democracia política. ²



En un Estado democrático, es decir, en el que existen garantías de que el poder no está concentrado en un solo ente, sino que, por el contrario, existe un juego de pesos y contrapesos entre quienes ejercen el poder, es natural que encontremos una serie de instituciones de control inter orgánico.¹¹

En el ejercicio de este poder, el Parlamento y el Poder Ejecutivo desarrollan, entre ellos, un conjunto de relaciones; siendo precisamente una de las principales funciones del llamado “Poder Legislativo” la de control político.

Para el desarrollo de esta función, la Constitución ha regulado varias instituciones que permiten al Parlamento conocer y ejercer control sobre las políticas de gobierno que realiza el Poder Ejecutivo. Como contraparte a este poder, la Constitución también ha armado al Presidente con herramientas para evitar que una excesiva oposición por parte del Congreso pueda afectar la gobernabilidad.¹²

En esta oportunidad nos centraremos en explicar brevemente las instituciones de control político entre el Poder Legislativo y el Ejecutivo.

1) La investidura del Consejo de Ministros:

En la investidura, el Presidente del Consejo de Ministros, en compañía de todo su gabinete -y dentro de los 30 días de haber asumido sus funciones- concurre al Congreso para exponer y debatir la política general del gobierno y las principales medidas que requiere su gestión. En ella, se define la orientación de las principales políticas que ejecutará el Poder Ejecutivo.¹³

Es un acto de control porque el Parlamento, luego de escuchar al Gabinete y debatir con él sobre la política general que propone el Gobierno, decide si le concede o no su confianza, que es una condición necesaria para que el Consejo de Ministros continúe ejerciendo sus funciones. Su fin es fundar un gobierno con el respaldo del Congreso, que a su vez apoyará legislativamente las políticas a aplicarse.

Con el otorgamiento de la investidura, se formaliza la conformación del equipo de gobierno que acompañará al presidente.



Si el Parlamento le niega la confianza al gabinete, el Presidente del Consejo de Ministros debe renunciar. Se produciría, entonces, una “crisis total del gabinete”, por la cual todos los demás ministros también deben poner su cargo a disposición. Luego de ello, el Presidente de la República deberá formar un nuevo gabinete ministerial.

2) La interpelación ministerial:

La interpelación es una llamada que hace el Congreso de la República al Consejo de Ministros, o a un ministro en específico, para realizarle una serie de preguntas y cuestionamientos respecto a un tema o política determinada. El ministro explicará las razones por la que ha procedido en determinado sentido o señalará cuales son sus intenciones respecto a un asunto.

Se justifica en virtud a la confianza otorgada en la investidura, porque si el Congreso aprobó las políticas de gobierno, resulta lógico que pueda pedir cuentas sobre ellas.

La iniciativa de interpelación debe ser presentada por escrito y por no menos del quince por ciento del número legal de congresistas (20 firmas). La admisión de la interpelación debe ser tratada, indefectiblemente, en la siguiente sesión del Pleno del Congreso y requiere el voto de por lo menos un tercio de los congresistas (44 votos).

Una vez admitida, el Congreso señala el día y la hora de la interpelación, además de enviarle al ministro o ministros el pliego interpelatorio, para que puedan preparar sus respuestas. La concurrencia del ministro es obligatoria.

3) La cuestión de confianza:

Es un pedido que realiza el Presidente del Consejo de Ministros, o un ministro en específico, para someter a la aprobación del Congreso la implementación de una determinada política o iniciativa.

La cuestión de confianza solo puede ser planteada por iniciativa ministerial y en sesión del Pleno del Congreso. Esta será debatida y votada en esa sesión o en la siguiente.



Si la confianza solicitada le es rehusada, el ministro debe renunciar. Si quien hizo el pedido fue el Presidente del Consejo de Ministros, con su renuncia se producirá una crisis total del gabinete.⁷

4) La censura ministerial:

La censura es el acto de control por la cual se hace efectiva la responsabilidad política del ministro o Consejo Ministerial, con ella el Congreso expresa el desacuerdo con la permanencia del titular de algún ministerio o muestra la disconformidad con alguna política del Ejecutivo.

Terminada la interpelación o la cuestión de confianza, el veinticinco por ciento del número legal de congresistas (es decir, 33 parlamentarios) puede presentar una moción de censura contra el Consejo de Ministros o el ministro interpelado.⁸

La moción de censura deberá debatirse y votarse entre el cuarto y el décimo día natural después de su presentación. Para su aprobación se requiere del voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso (66 votos).

El Consejo de Ministros, o el ministro censurado, debe renunciar; el Presidente de la República debe aceptar la dimisión dentro de los tres días siguientes.

Si el ministro censurado es el Presidente del Consejo de Ministros, con su renuncia se producirá una crisis total del gabinete.

5) Solicitudes de información:

Como parte de su función de fiscalización, cualquier congresista puede pedir a los ministros los informes sobre su gestión que estimen necesarios.⁹

El pedido se hará por escrito, y debe estar fundamentado y ser preciso. Adicionalmente, se debe dirigir una copia del pedido a la Mesa Directiva.

Si dentro de los quince días posteriores el ministro no responde, la Mesa Directiva procede



a la reiteración del pedido. Transcurridos siete días después de la reiteración, el ministro o funcionario requerido está obligado a responder personalmente, según corresponda, ante el Pleno del Congreso o ante una comisión. La falta de respuesta da lugar a las responsabilidades de ley.

6) Estación de preguntas y respuestas:

El Presidente del Consejo, o por lo menos uno de los ministros, concurren periódicamente a las sesiones plenarias del Congreso para la estación de preguntas.

Cada uno de los Congresistas puede formular una pregunta al Gobierno una vez al mes, la misma que será respondida en el Pleno del Congreso. Las preguntas al Gobierno se entregarán por escrito a la Oficialía Mayor cuatro días antes de la sesión y serán incluidas en la lista respectiva, en orden de ingreso. El rol de preguntas será remitido al Presidente del Consejo de Ministros con una anticipación de 72 horas a la sesión, a fin de que pueda organizar sus respuestas.

7) Disolución del Congreso:

Para asegurar que las instituciones de control sean usadas precisamente para eso: controlar y fiscalizar; y no como un mecanismo para que un Parlamento adverso se dedique a bloquear los planes de gobierno, solo por discrepancias en los intereses políticos o ánimos desestabilizadores, la Constitución ha dotado al Presidente de la República con la potestad de disolver el Congreso.⁸

Así, si el Parlamento censura o le niega su confianza a dos Consejos de Ministros (dos crisis totales del gabinete), el Presidente podrá disolverlo. Esta disolución no puede realizarse durante el último año de mandato, ni cuando nos encontremos bajo estado de sitio.

Disuelto el Congreso, se mantiene en funciones la Comisión Permanente, que no puede ser disuelta. El decreto de disolución debe contener la convocatoria a nuevas elecciones congresales, que deberán desarrollarse dentro de los cuatro meses de la fecha de disolución. El nuevo Congreso elegido sustituye al anterior, incluida la Comisión Permanente, y completa el




período constitucional del Congreso disuelto.⁹

El Presidente del Consejo de Ministros debe dar cuenta al nuevo Congreso sobre actos del Poder Ejecutivo durante el interregno parlamentario (espacio temporal entre la disolución del parlamento y elección del nuevo Congreso). Los nuevos parlamentarios pueden censurar o negarle la cuestión de confianza al Presidente del Consejo de Ministros.

Durante el interregno, el Poder Ejecutivo legisla mediante decretos de urgencia, de los que da cuenta a la Comisión Permanente para que los examine y los eleve al nuevo Congreso, una vez que éste se instale.¹⁰

Si las elecciones no se efectúan dentro del plazo señalado, el Congreso disuelto se reúne de pleno derecho, recobra sus facultades, y destituye al Consejo de Ministros. Ninguno de los miembros de éste puede ser nombrado nuevamente ministro durante el resto del período presidencial.



La paz.- Los derechos se relacionan con la consecución de la paz. Se trata de un concepto relacionado con la autodeterminación de los pueblos y que ha sido definido como derecho a nivel internacional, aunque en la actualidad no es reconocido de igual manera por todos los pueblos, lo cual dificulta su eficacia.³

- ✓ La tutela del más débil.- La protección de aquellas personas situadas en posiciones más débiles fundamentan el reconocimiento de derechos. Dicho reconocimiento se convierte en una técnica idónea para asegurar indisponibilidad e inviolabilidad de expectativas vitales. Se les coloca por encima de las fuerzas del mercado y la política.³

Finalmente, resulta evidente que la irradiación constitucional conlleva necesariamente que todas las materias del derecho sean interpretadas de acuerdo a la Constitución. Este principio de primacía constitucional implica que la Constitución prevalece sobre cualquier otra norma, por ser la *lex superior*, y así lo establece el artículo 51 de la Carta Magna. Asimismo, implica que la Constitución irradia su fuerza normativa sobre todo el sistema y evidentemente sobre los órganos estatales.⁴

CONCLUSIONES

- ✓ Concluimos que el Poder Ejecutivo está constituido por el Presidente, por el Palacio de Gobierno del Perú, conocido también como Casa de Pizarro.
- ✓ La reelección del presidente de la república y la constitución mediante su artículo 112° dicta que se puede dar transcurrido un periodo constitucional de 5 años existiendo una reforma constitucional.
- ✓ El Presidente puede ser reelegido de inmediato para un período adicional pero tiene que transcurrido otro período constitucional.
- ✓ La vacancia de la Presidencia se refiere a la pérdida del mandato y la suspensión, a la limitación temporal del ejercicio del poder.

REFERENCIAS

1. LVARADO ARAUJO, Cesar. “El Congreso de la República”.El Círculo Legislativo”. Perú. 1998. Pps 587.
2. BOREA ODRÍA, Alberto. “La Difícil Democracia en América Latina”. Ed. Konrad Adenauer, 1ra Ed. Costa Rica 1994. Pps 492.
3. BERNALES BALLESTEROS, Enrique. “Parlamento y Democracia” Ed. Constitución y Sociedad. Perú. 1990. Pps. 385.
4. CASTILLO FREYRE, Mario. “Todos los Poderes del Presidente”. Fondo Editorial de la Universidad Católica. Perú. 1997. Pps 607.
5. DONAYRE PASQUEL, Patricia. “Los Decretos Legislativos en el Perú”. Fondo
6. Editorial del Congreso del Perú. Perú. 2001. Pps. 332.
7. DIAZ MUÑOZ, Oscar. “La Moción de Censura en el Perú”. Ed. ARA. Perú. 1997. Pps. 359.
8. HUERTA OCHOA, Carla. “Mecanismos Constitucionales para el Control del Poder Político”. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. 2da. Ed. México 2001. Pps. 188.
9. JAMPA MARTÍNEZ, Teodoro. “La Juramentación de los Presidentes de la República ante



el Congreso del Perú” (1823 – 2000). Fondo Editorial del Congreso del Perú. Perú. 2000. Pps 47.

10. LANDA César Y FERNÁNDEZ Julio. “Desafíos Constitucionales Contemporáneos”. Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú. Perú. 1996. Pps. 333 Políticas”. Ed Plus Ultra. 3ra Ed. Buenos Aires. 1981. 3 Tomos.

11. LINARES QUINTANA, Segundo V. “Derecho Constitucional e Instituciones.

12. LOEWENSTEIN, Karl.. “Teoría de la Constitución”. Ed. Ariel, Barcelona 1965.

13. PLANAS SILVA, Pedro. “Parlamento y Gobernabilidad Democrática en América.



DERECHO AL VOTO VOLUNTARIO

Por: Jennifer Dely Vilca Huaman

Alumna de pregrado Universidad San Martín de Porres filial norte

Introducción

Se entiende por voto, el acto por el cual un ciudadano, expresa apoyo o preferencia por cierta moción, propuesta, candidato, o selección a un candidato siguiendo las pautas establecidas, en este caso, por el jurado nacional de elecciones (JNE). También podríamos mencionarlo como un método de toma de decisiones, a partir del cual, se mide una opinión conjunta.

En cuanto al voto voluntario o facultativo, cabe denominarlo, como una práctica característica de las democracias sólidas, a partir de los principios fundamentales de la libertad y la igualdad. Generalmente se presenta en los países desarrollados y en vías de desarrollo, donde el voto se representa como derecho, más no como obligación, logrando hacer hincapié en las diferencias políticas de cada persona.

A continuación se hace el planteamiento de algunos problemas y posibles soluciones que se puedan alcanzar, si es que se parte de un análisis riguroso y sistemático del tema en cuestión. Nuestro sistema político es “antidemocrático” e “inconstitucional” ya que se obliga a los ciudadanos a sufragar, caso contrario son multados.

Es una pena, pero es evidente, que en tiempo de acudir a las urnas en tiempo de elecciones, la mayoría de ciudadanos asisten a sufragar por miedo a la multa que por conciencia. La razón principal, es que no hay conciencia de lo que se hace, de lo que se dice, de lo que se muestra. La mayor parte de nuestra población peruana, carece de conciencia y de conocimiento pleno del verdadero sentido del voto para elegir a nuestras autoridades. En este sentido, sería de gran ayuda, aprobar como ley orgánica el voto voluntario, mediante la cual nuestra democracia se verá fortalecida y los votos encuentren su verdadera razón de ser.

No cabe duda que el instrumento de esta concientización es la educación de la población en general, la misma, que tiene como trampolín a los centros de estudio más básicos de nuestro sistema educativo, como es el caso del centro inicial y la primaria. Lograr este propósito, ayudaría, en gran manera, a consolidar nuestra política democrática, de una manera justa y contundente, en todo nuestro país.



Se piensa que es muy importante dar a conocer los beneficios de contar en nuestra constitución con un voto voluntario lo cual permitiría una perfecta toma de decisiones, y a la vez que los partidos políticos fortalezcan sus campañas políticas; los ciudadanos tienen la libertad, mas no la obligación de escoger a su representante, por ello solo las personas que tengan un interés político y que haya estudiado las propuestas de los candidatos, tendrán un voto consciente e informado; mucho se dice sobre la compra de votos en lo cual me gustaría profundizar este problema en mi ensayo ya que es un tema delicado dentro de las campañas políticas; muchos dicen que el Perú no está listo para un voto facultativo, pero entonces ¿Eso quiere decir que México, Bolivia, Colombia, Italia, Brasil están más preparados que nosotros? Considero que no.

Personalmente, creo conveniente, que se debería aprobar el voto facultativo así se haría valorizar nuestro derecho como ciudadano a elegir libremente, y no a costa de una multa o sanción por no ejercer el sufragio.

¿Voto obligatorio o facultativo?

Los artículos 2 y 31 de la constitución política del Perú, nos señalan que los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica. Es derecho y deber de los vecinos participar en el gobierno municipal de su jurisdicción. La ley norma y promueve los mecanismos directos e indirectos de su participación. El voto es personal, igual, libre, secreto y obligatorio hasta los setenta años. Es facultativo después de esa edad. (autor, 2001)

Como es notorio, lo que se estipula en el artículo 31, se dice que es un grave error de concepto o entendimiento, el haber considerado el voto como un derecho y un deber ya que estas tienen distintas formas de actuar; un derecho jamás podrá ser un deber, el derecho es la facultad de la voluntad del hombre sobre su libertad, por el contrario, un deber es un mandato u obligación mediante el cual se modifica nuestra conducta. Siendo el voto un derecho universalmente reconocido como tal, debe ser también opcional, voluntario y libre; mantenerlo como obligatorio desnaturaliza la esencia misma del derecho. (Sánchez, Jose Macedo, 2010)



Resulta positivo conocer y afirmar que el Perú, es un país democrático en el que se ve reflejado el voto exigible. Lo cual no justifica e impide que se haga la siguiente pregunta: de no ser obligatorio el voto, ¿se puede decir que sigue siendo democrático?. En este sentido, cabe recordar las palabras de Octavio Paz, quien afirmaba: “cuando la libertad y el derecho son impuestos por la fuerza se convierte en tiranía”. (Sánchez, Jose Macedo, 2010)

Esta es la razón por la cual no debe existir el voto obligatorio, pues es parte de un régimen antidemocrático. Al seguirse esta ley vigente en nuestra constitución los partidos políticos no temerán ante el tema de la legitimidad, y estos se aprovechan de tener una cierta cantidad de votantes para que así tengan una cifra proporcional de su campaña política. Mucho se habla sobre los supuestos de compra de voto o voto golondrino ante la presencia de un voto voluntario y es que esto es algo redundante ya que lo mencionado suele suceder también en el voto obligatorio. (Percy Medina , 2010)

Por otro lado, se dice que el voto facultativo generaría una crisis de representatividad, ¿acaso en Colombia, por citar un ejemplo, se ha producido crisis por la falta de representatividad o en Estados Unidos han salido los ciudadanos a señalar que Barack Obama no tiene representatividad?. (Sánchez, Jose Macedo, 2010). Si se diera el voto voluntario se mostraría un cambio en el régimen político, tanto en los electores como en los elegibles, las personas con interés político asistirían a las urnas, contaríamos con votos de calidad, de seguridad, a conciencia; siendo el voto no voluntario afectaría gravemente, puesto que, si se obliga al ciudadano a votar sin que esté debidamente informado de la propuesta de los actores políticos, se desnaturalizaría sus derechos.


Muchas personas asisten a las urnas por el temor a la multa, en especial a las personas con bajos recursos económicos, ya que en ellos se ve reflejado en gran parte el efecto que les causaría una multa por no votar. En el Perú, la constitución obliga al ciudadano a ocurrir a las urnas a depositar la cédula, pero el ciudadano no está obligado a votar por alguien: puede votar en blanco o viciar su voto; esta opción no tiene sanción, entonces la pregunta es: ¿para qué se obliga al ciudadano a concurrir a las urnas si su obligatoriedad no tiene sentido?.

En cambio, si un ciudadano acude a las urnas voluntariamente y vota en blanco o anula deliberadamente su voto, está transmitiendo un mensaje diferente: la política le interesa, se siente involucrado, pero no está satisfecho con ninguna de las propuestas electorales. (Sánchez, Jose Macedo, 2010).



Son más de 20 países en el mundo los que obligan a sus ciudadanos a sufragar, unos sancionan y otros no lo hacen; cabe recalcar que algunos países tienen formalmente leyes de voto obligatorio, pero no las aplican, aunque un gobierno puede no aplicar las leyes de voto obligatorio o incluso no tener sanciones formales en la ley por no votar, la ley puede tener algún efecto sobre los ciudadanos, como por ejemplo en México o Italia, no hay sanciones formales, pero sí arbitraria o sociales, a esto se le conoce como “sanción inocua” en Italia, donde por ejemplo, podría ser difícil conseguir guardería para un hijo, pero esto no es formalizado de ninguna manera. (Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA Internacional), 2016).

Se presentó un proyecto de ley para implementar el voto voluntario, la norma modifica el artículo 31 de la constitución política. El congresista Humberto Lay, de la bancada de Unión Regional, presentó un proyecto de ley para implementar el voto voluntario en nuestro país con la finalidad de fortalecer la actividad política de los partidos debido a que esto “obligará a ganar mayor militancia y mejores cuadros adherentes”.



Según el parlamentario en mención, se mejorará la calidad de los candidatos debido a que los electores votarán con mayor convicción y conocimiento. Además, indicó que el 71% de la población está de acuerdo con la implementación del voto voluntario según una encuesta de IPSOS realizada el pasado 18 de noviembre del 2013. “No es lógico seguir obligando a quienes no tienen el menor interés en participar de las elecciones, pues esto genera malestar en muchos ciudadanos, que terminan votando por cualquier candidato, sin siquiera estudiar su hoja de vida”, indicó y recordó que sólo Ecuador, Uruguay y Perú continúan manteniendo el voto obligatorio. (Americatv, 2013)

El 7 de diciembre del 2013, una de las encuestadoras más importantes como IPSOS-PERÚ, llevó a cabo la pregunta “Que el voto sea voluntario en lugar de obligatorio”, y un 71% de los encuestados se mostró de acuerdo y un 24% en desacuerdo. La percepción de que los limeños no quieren ir a votar es evidente, así como que el grado de información acerca de los candidatos en las elecciones es muy bajo. (Torres, 2013).

El 4 de junio del 2016, yo, Jennifer Vilca Human, realicé unas encuestas previo al día de las elecciones, y un 60% de personas indicó que sí desearía el voto voluntario, el otro 30% se opuso ante esta propuesta y un 10% no opinó; esta encuesta fue llevada a cabo en la Universidad San Martín de Porres y en calles de Chiclayo.

Esto significa que los ciudadanos están de acuerdo con el cambio, muchos de ellos comentaron que sería mejor un voto voluntario, ya que esto daría una plena libertad de expresión; en mi encuesta se mostró indiferencia ante el propósito de un cambio ante el voto facultativo, pero fue de bajo porcentaje el que no estuvo de acuerdo, algunos no deseaban opinar pero esto no hace la diferencia.

Si planteamos soluciones para que no surja el temor a la legitimidad, los candidatos a la presidencia tendrán que fortalecer sus campañas políticas, pero no a base de compra de votos, sino a base de convicción, de mostrar buenas propuestas que simpaticen a los electores y que hagan que el día de las elecciones salgan de sus casas y voten por ellos. Del mismo modo, debemos fortalecer la democracia en nuestro país, y para ello relacionarnos entre ciudadanos es fundamental porque solo así haremos escuchar nuestra voz de protesta, como dijo el griego Esopo: “la unión hace la fuerza y la discordia debilita”.

Si se quiere que un voto sea caracterizado por la convicción y la calidad que se desea, debe, en primer lugar, ser informado. Para eso se pide al Jurado Nacional de Elecciones (JNE), que proporcione orientación e información sobre las propuestas de los candidatos políticos, a través de los medios de comunicación (vía web, etc.), tanto para los partidarios de la derecha como de la izquierda.

Para no tener una crisis de ausentismo en las elecciones, las personas con interés de votar deberán registrarse (RENIEC) para así poder ejercer su derecho de voto y tener una cifra exacta de sufragantes.

En este sentido, el presente estudio propone promover la modificación del artículo 31 de la constitución política del Perú. Así mismo, modificaría el párrafo 2 para que así quede como derecho de los vecinos participar en el gobierno municipal de su jurisdicción.

A la vez, se propone modificar el párrafo 4 para que así quede como el voto debe ser: personal, igual, libre, secreto y voluntario para toda persona de derecho.



En definitiva, la modificación final del artículo quedaría así:

Artículo 31°

- ✓ Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica.
- ✓ Es derecho de los vecinos participar en el gobierno municipal de su jurisdicción. La ley norma y promueve los mecanismos directos e indirectos de su participación.
- ✓ Tienen derecho al voto los ciudadanos en goce de su capacidad civil. Para el ejercicio de este derecho se requiere estar inscrito en el registro correspondiente.
- ✓ El voto es personal, igual, libre, secreto y voluntario para toda persona de derecho.
- ✓ La ley establece los mecanismos para garantizar la neutralidad estatal durante los procesos electorales y de participación ciudadana.
- ✓ Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos.



Bibliografía

1. Americatv. (07 de 12 de 2013). Obtenido de americatv: <http://www.americatv.com.pe/noticias/actualidad/presentan-proyecto-de-ley-para-complementar-el-voto-voluntario-en-el-peru-n123546>
 2. Portal.JNE. (16 de 12 de 2001). Obtenido de portal.jne: <http://portal.jne.gob.pe/informacionlegal/Constitucion%20y%20Leyes1/CONSTITUCION%20POLITICA%20DEL%20PERU.pdf>
 3. Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA Internacional). (26 de 02 de 2016). Obtenido de Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA Internacional): http://www.idea.int/es/vt/compulsory_voting.cfm
 4. Medina P. (30 de 12 de 2010). Transparencia: Voto voluntario obligaría a partidos a motivar participación popular en comicios. pinterest, págs. twitter - facebook.
 5. Sánchez, Jose Macedo. (2010). GENERACIÓN. Obtenido de generación: <http://www.generacion.com/magazine/969/voto-voluntario>
- ✓ Torres M. (19 de 11 de 2013). Voto obligatorio vs. Voto voluntario. La Ley, el angulo legal de la noticia, págs. <http://laley.pe/not/502/voto-obligatorio-vs-voto-voluntario>.



ANEXOS



ENCUESTA

- **¿CREE USTED QUE EL VOTO DEBE SER VOLUNTARIO O OBLIGATORIO?**
 - a) Voluntario
 - b) Obligatorio
 - c) No opina

- **¿CREE USTED QUE EL PERÚ ESTA PREPARADO PARA UN VOTO VOLUNTARIO?**
 - a) Si
 - b) No

- **¿SI TUVIERA TIEMPO PARTICIPARIA EN UN PARTIDO POLÍTICO?**
 - a) Si
 - b) No

- **¿QUÉ CREE USTED QUE ES MEJOR PARA LA DEMOCRACIA EN EL PERÚ, QUE SE FORTALEZCAN LOS PARTIDOS POLÍTICOS, LOS MOVIMIENTOS REGIONALES O LOS MOVIMIENTOS LOCALES?**
 - a) Los partidos políticos
 - b) Los movimientos regionales
 - c) Los movimientos locales
 - d) No opina

- **¿USTED ESTUDIARÍA LAS PROPUESTAS DE UN CANDIDATO ANTES DE IR A SUFRAGAR?**
 - a) Si
 - b) No

- **¿USTED CREE QUE SIN LOS PARTIDOS POLÍTICOS NO PUEDE HABER DEMOCRACIA?**
 - a) Si
 - b) No



LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Ariana Cabrejos Mego

Alumna de pregrado Universidad San Martín de Porres filial norte

GLOSARIO

INTRODUCCIÓN. Capítulo 1 INFORMACIÓN GENERAL 1.2 Noción de Derechos.1.3 Conceptos Básicos y características.Capítulo 2 LA CONSTITUCIÓN Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.2.1 Derechos fundamentales según el código civil.2.3 Diferencias entre derecho fundamental y patrimonial. CONCLUSIONES Y ACOTACIONES FINALES. Conclusiones. Reflexiones finales. Lista de Referencias.

Resumen:

Este es un documento de carácter académico, ha sido formado por criterios propios y opiniones de diferentes autores, el objetivo de este trabajo es poder dar a conocer mi punto de vista de los derechos fundamentales, su importancia en la actualidad y fundamentación de ello.

Este trabajo reconoce la relevancia de los derechos fundamentales y por qué de ser considerados como tal pero también se enmarca la importancia de saber diferenciarlo de otro poder, como es el patrimonial, y los conflictos o beneficios que traen ambos entre sí.

Abstract

This is a document of an academic nature, it has been formed by own criteria and opinions of different authors, the objective of this work is to be able to make known my point of view of fundamental rights, its importance in the present and foundation of it.

This work recognizes the relevance of fundamental rights and what is considered as such, but you can also differentiate the importance of knowing how to differentiate from another power, such as property, and the conflicts or benefits that both bring each other.

PALABRAS CLAVES: FUNDAMENTALES, IMPRESCRIPTIBLE, INALIENABLE, IRRENUNCIABLE, UNIVERSAL, EJERCICIO.

KEYWORDS: FUNDAMENTAL, IMPRESCRIPTIBLE, INALIENABLE, IRRENUNCIABLE, UNIVERSAL, EXERCISE.

Introducción

Es de gran importancia delimitar el concepto de derechos fundamentales en relación con otras categorías como los derechos humanos, por lo que los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos positivizados a nivel interno, en tanto que la fórmula de derechos humanos es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales. En síntesis, podríamos decir que la gran diferencia radica en la protección y defensa que está consagrada en cada uno de ellos.

Pues bien, los derechos fundamentales son aquellos que hacen referencia a los derechos de las personas, reconocidos legalmente y protegidos procesalmente, es decir, son los derechos humanos. El concepto apareció en Francia en 1770, en el movimiento político que condujo a la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789. Su construcción teórica tiene mucho que ver Jellinek y su famosa teoría de los estados y los derechos políticos subjetivos (Es esta parte la que tomaremos muy en cuenta).

Éste se distingue con varios nombres:

- Derechos humanos.
- Derechos del hombre.
- Derechos de la persona humana.

Sin más preámbulos, iniciemos la revisión del artículo.



Capítulo 1

INFORMACIÓN GENERAL

Noción de Derechos Fundamentales

El concepto de derechos fundamentales comprende:

“Tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica.”¹

Por su parte, los derechos fundamentales, como objetivo de autonomía moral, sirven para “designar los derechos humanos positivizados a nivel interno, en tanto que la fórmula derechos humanos es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales” (Pérez Luño, Antonio. Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución. 4ta. ed. Madrid: Tecnos, 1991, 31).

Los derechos fundamentales o derechos constitucionales se reservan generalmente a los derechos de la persona, que se encuentran reconocidos por el ordenamiento jurídico de un estado, en nuestro caso, en nuestra constitución política el TITULO I, CAPITULO I.

¹ Peces-Barba, Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1999, pág. 37.

DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA.

Entonces, los derechos fundamentales es un conjunto de derechos y libertades jurídicas e institucionalmente reconocidos y garantizados por el derecho positivo. (Hernández Valle)

Dado este punto de vista, podemos conceptualizar a los derechos fundamentales como derechos necesariamente reconocidos a nivel nacional o internacional y que, mediante estos, se vincula a las personas y a los Estados entre sí.

Éste se distingue con varios nombres:

- Derechos humanos (Aunque en realidad están adheridos a él, no debe confundirse)
- Derechos del hombre.
- Derechos de la persona humana.

Características

- **Imprescriptibles:** Significa que no les afecta la prescripción.
- **Inalienables:** No son transferibles a otra persona.
- **Son irrenunciables:** Significa que el sujeto no puede renunciar a ella. Lo cual respalda el Art. 5 del C.C
- **Universales:** En el sentido que son poseídos por todos los hombres.



Capítulo 2

LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La norma jurídica positiva no crea los derechos humanos; su labor está en reconocerlos, convertirlos en obligación jurídica y garantizarlos jurídicamente, como lo reconoce expresamente nuestra Constitución Política.

Los derechos fundamentales no son sólo derechos que limitan el poder del Estado, sino que son derechos que deben impregnar cada uno y todos los aspectos de la vida jurídica de la sociedad en su conjunto, siendo el elemento más fundamental y básico de la concepción del Estado.

Derechos Fundamentales según el C.C.

De acuerdo al Art. 5 de nuestro actual código civil, menciona cuatro principales e irrenunciables:

DERECHO A LA VIDA: Primordial para el goce.

DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA: Se refiere al bienestar visible del sujeto.

DERCHO A LA LIBERTAD: Facultad limitada pero necesaria para gozar de los demás derechos.

DERECHO AL HONOR: Es intransgredible, totalmente.



Diferencias entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales

Es preciso hacer esta aclaración para poder distinguir esta gran confusión.

Nuestra actual Carta Política ubica en el “Capítulo I del Título I de la Constitución, denominado Derechos Fundamentales de la persona, además de reconocer al principio- derecho de dignidad humana como el presupuesto jurídico de los demás derechos fundamentales (artículo 1) y de enumerar buena parte de ellos en su artículo 2, prevé en su artículo 3 que dicha enumeración no excluye los demás derechos reconocidos en el texto constitucional (verbigracia: Los derechos fundamentales de carácter social y económico reconocidos en el Capítulo II y los políticos contenidos en el Capítulo III) y otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno ”consecuentemente expresos o implícitos los derechos fundamentales, pertenecen al ordenamiento constitucional vigente y se configura un derecho inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover. Una vez determinado que son los derechos fundamentales, ahora señalaremos los caracteres significativos que los diferencian de los derechos patrimoniales:

Los “derechos fundamentales son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”²

Del concepto se advierte que los derechos fundamentales tutelan intereses o necesidades primordiales como la libertad, el derecho a la vida, los derechos civiles, incluidos los derechos de adquirir y disponer los bienes objeto de propiedad, derechos políticos y sociales, en un ordenamiento jurídico determinado, intereses que no son posibles de ser negociados, sino que son prerrogativas no contingentes o inalterables, pues son universales, es decir están reconocidos a todos en igual forma y medida. Por ello son inclusivos y forman la base de la



igualdad jurídica, las libertades no se cambian ni se acumulan, pertenecen a todos los sujetos, son personalísimos, invariables, e indisponibles pues están sustraídos de la esfera del mercado y de las decisiones políticas, indisponibilidad que se clasifica en: “indisponibilidad activa” (el sujeto titular no puede alienarlo, es decir por ejemplo no puede vender su libertad), y la “indisponibilidad pasiva” (no son expropiables o limitables por otros sujetos ni por el estado), y la estructura jurídica de los derechos fundamentales, se dan mediante un título en la ley y son conferidos a través de reglas generales de rango constitucional es decir son normas téticas que imponen obligaciones y prohibiciones al Estado y demás individuos.

Por otro lado, los derechos patrimoniales tutelan intereses económicos (derechos de propiedad, derechos reales o derechos de crédito), son evaluables pecuniariamente, y se caracterizan por ser singulares para cada uno de ellos existe un titular o varios como en la propiedad, con exclusión de todos los demás, el cual pertenece a cada uno de manera diversa, tanto en calidad como en cantidad, son exclusivos y forman la base de la desigualdad jurídica, disponibles por naturaleza, negociables, pues tienen como objeto el bien patrimonial, sufren alteraciones hasta podría extinguirse su ejercicio, su estructura jurídica del derecho; además, se dan mediante un título de tipo negocial como contratos, donaciones, sentencias, entre otros, el cual modifica, extingue actos jurídicos, son predispuestos por normas, y se les llama normas hipotéticas pues no imponen obligaciones o prohibiciones, sino que predispone situaciones jurídicas como efectos de los actos previstos por ellas, por tanto los derechos patrimoniales le corresponde la genérica prohibición de no lesión en caso de derechos reales o crediticias.



2 Ferrajoli L. “Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales” Madrid, Editorial Trotta, 2001.

CONCLUSIONES Y ACOTACIONES FINALES

Conclusiones

- » Los derechos fundamentales son un género y las libertades son una especie de dichos derechos fundamentales, siendo la libertad de decidir una subespecie de estas libertades.
- » El ejercicio de los derechos patrimoniales en algunos supuestos puede llegar a afectar negativamente a los derechos fundamentales, incluyendo la libertad de decidir.
- » Los derechos fundamentales son aquellos inherentes al ser humano, que pertenecen a toda persona en razón a su dignidad.
- » La actuación del Estado para limitar derechos fundamentales y resolver las tensiones entre estos y los derechos patrimoniales debe atender a este desdoblamiento de la libertad sin lesionar la esencia de dichos derechos fundamentales.

Reflexiones Finales

Los derechos fundamentales son inherentes a la dignidad humana, es decir, la dignidad de la persona es fuente directa de la que dimanen todos y cada uno de los derechos fundamentales de la persona, pues no sólo representan el valor supremo que justifica la existencia del Estado y sus objetivos, sino que constituye el fundamento esencial de todos los derechos que con calidad de fundamentales habilita el ordenamiento. Sin ello el Estado adolecería de legitimidad y los derechos carecerían de un adecuado soporte direccional; en consecuencia, los derechos fundamentales operan como el fundamento último de toda comunidad humana, pues sin el reconocimiento de tales derechos, quedaría conculcado el valor supremo de la dignidad.



LISTA DE REFERENCIAS

FERRAJOLI, Luigi. *“Derechos y Garantías. La ley del más débil”*, Segunda Edición, Editorial Trotta S.A., Madrid, 2001

FERRAJOLI, Luigi. “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, Primera Edición, Editorial Trotta S.A., Madrid, 2001

NAVARRO, Monika *“LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA”*
Universidad Peruana los Andes.

NOGUERA, Humberto *“TEORÍA Y DOGMÁTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES”* UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.

CONCEPTO DEFINICION.DE (marzo 31, 2017) *Definición de Derechos Fundamentales.*
[WEB LOG POST] Recuperado de:<http://conceptodefinicion.de/derechos-fundamentales/>



IPSO JURE

REVISTA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE

La República

SOMOS DIARIO JUDICIAL - LAMBAYEQUE 2019