

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ**

**FACULTAD DE DERECHO**



**Feminismo jurídico, Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y política migratoria: vínculos para la garantía y protección de los derechos de las mujeres migrantes**

**Tesis para obtener el título profesional de abogada que presenta:**

**Gabriela Ramos Traverso**

**Asesora:**

**Cécile Alice Jacqueline Blouin**

**Lima, 2023**

## INFORME DE SIMILITUD

Yo, **CÉCILE ALICE JACQUELINE BLOUIN**, docente de la Facultad de **DERECHO** de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesora de la tesis titulada:

**Feminismo jurídico, Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y política migratoria: vínculos para la garantía y protección de los derechos de las mujeres migrantes**


de la autora

**GABRIELA RAMOS TRAVERSO,**

dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 23%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 5 de diciembre de 2023
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha: **Lima, 13 de diciembre de 2023**

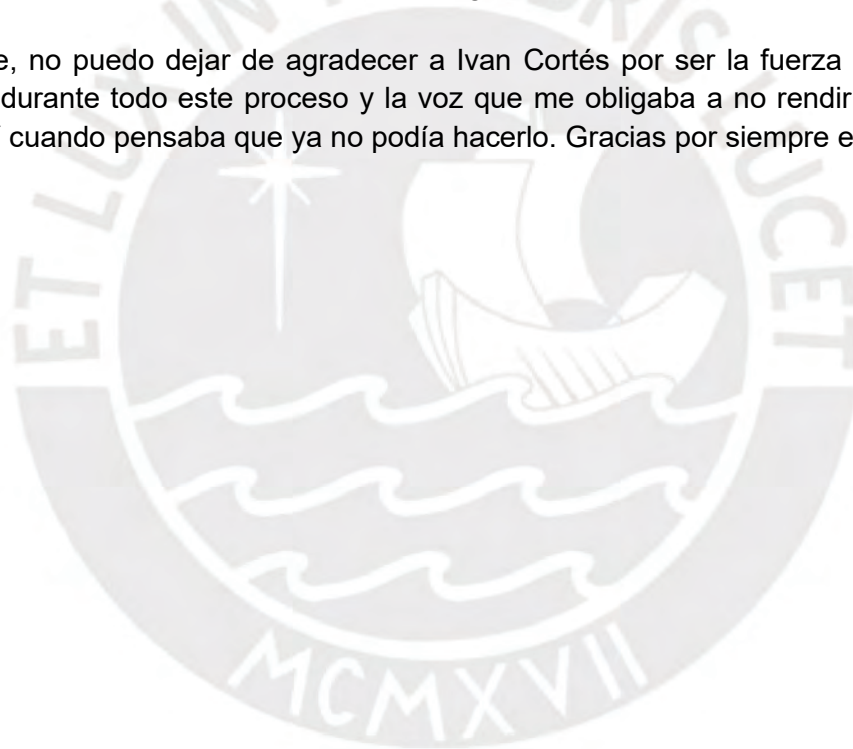
|   |  |
|---|--|
| Apellidos y nombres del asesor / de la asesora:<br><b>BLOUIN, CÉCILE ALICE JACQUELINE</b>           |  |
| DNI: 49050943   |  |
| ORCID:<br><a href="https://orcid.org/0000-0002-4499-1737">https://orcid.org/0000-0002-4499-1737</a> |  |

## **Agradecimientos**

Debo iniciar esta sección agradeciendo a mi asesora de tesis, Cécile Blouin, por el apoyo constante durante el desarrollo de la presente investigación. La paciencia y el ánimo brindado para seguir adelante siempre fueron elementos que hicieron una diferencia enorme en este proceso. Le agradezco, además, por despertar en mí el interés por los estudios migratorios desde una perspectiva de derechos humanos; y por las constantes enseñanzas y reflexiones desde que empecé a trabajar con ella en 2019.

Quiero agradecer también a mi familia por su enorme paciencia durante los bloqueos, las crisis, los retrasos y las negativas a hacer algo más que estar frente a la computadora leyendo o redactando. En especial, debo agradecer el apoyo de Dora y Alberto, mis padres, porque sin su esfuerzo y sacrificio no sería la persona que soy ahora ni contaría con las herramientas que me han permitido seguir adelante con este proceso.

Finalmente, no puedo dejar de agradecer a Ivan Cortés por ser la fuerza que me ha sostenido durante todo este proceso y la voz que me obligaba a no rendirme y a dar más de mí cuando pensaba que ya no podía hacerlo. Gracias por siempre estar.



## Resumen

Esta tesis busca dar respuesta a la pregunta sobre si los estándares desarrollados desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) en materia de movilidad humana presentan vacíos y contradicciones para garantizar la protección de los derechos de las mujeres migrantes; o si, por el contrario, resultan suficientes para este fin. Nuestra hipótesis parte de reconocer que el desarrollo del DIDH en materia de movilidad humana ha permitido establecer estándares necesarios de protección y garantía de derechos en el caso de personas migrantes; sin embargo, aplicando una perspectiva feminista de análisis jurídico, al igual que lo que ocurre en otras ramas del Derecho, es posible que estos estándares presenten vacíos, inconsistencias o contradicciones que deriven en mantener o reforzar relaciones de opresión por motivos de género en perjuicio de las mujeres migrantes.

A partir de ello, nos trazamos como objetivo identificar los posibles vacíos y contradicciones existentes en los estándares desarrollados en el DIDH en torno a la protección y garantía de los derechos de las mujeres migrantes. Para alcanzar ese fin general, nos planteamos los siguientes objetivos específicos: (i) conocer las principales críticas feministas al Derecho y, en particular al Derecho Internacional de los Derechos Humanos; (ii) caracterizar los principales estándares desarrollados desde el DIDH sobre principio de no discriminación y no devolución; (iii) identificar los principales vacíos y contradicciones, desde una perspectiva feminista, en los estándares caracterizados; (iv) abordar la relación entre el DIDH y las políticas migratorias, observando la manera en que estas últimas incorporan los estándares identificados; y, (v) identificar los principales vacíos y contradicciones de las políticas migratorias en relación a la protección de los derechos de las mujeres.

La metodología se compone de un análisis dogmático que parte de un enfoque crítico jurídico feminista con una orientación hacia los estudios migratorios. En esa línea, se emplearon diversas técnicas de investigación como revisión documental, bibliográfica y jurisprudencial; análisis normativo y de políticas públicas; y análisis de género. Concluimos que desde una perspectiva crítica feminista, efectivamente, existen vacíos e inconsistencias en los estándares desarrollados en el DIDH en torno a los principios de no discriminación y no devolución; y que estos vacíos repercuten en la protección garantizada a mujeres migrantes a través de las políticas migratorias, como sucede en el caso peruano.

## Índice

|  |            |
|--|------------|
| <b>Introducción .....</b>  | <b>3</b>   |
| <b>Capítulo 1: Feminismos jurídicos y derechos humanos .....</b>   | <b>8</b>   |
| 1.1. <i>Derecho y feminismos: la importancia del género como categoría de análisis jurídico .....</i>  | 11         |
| 1.1.2. Feminismos jurídicos y teorías legales feministas .....   | 22         |
| 1.2. <i>Crítica feminista al Derecho Internacional de los Derechos Humanos .....</i>   | 32         |
| 1.2.1. La falsa universalidad de los derechos humanos.....   | 35         |
| 1.2.2. La dicotomía y jerarquización entre la esfera pública y privada .....   | 38         |
| 1.2.3. La ausencia de mujeres en el desarrollo del DIDH .....  | 41         |
| 1.3. <i>Derecho Internacional de Derechos Humanos desde una perspectiva feminista .....</i>  | 42         |
| 1.3.1. La importancia de instrumentos jurídicos desde una mirada feminista .....   | 43         |
| 1.3.2. Métodos legales feministas aplicados al Derecho Internacional de los Derechos Humanos   | 45         |
| <b>Capítulo 2: Derecho Internacional sobre Derechos Humanos frente a contextos de movilidad humana .....</b>   | <b>49</b>  |
| 2.1. <i>Principio de igualdad y no discriminación.....</i>   | 53         |
| 2.1.1. Noción general sobre el principio de igualdad y no discriminación .....   | 53         |
| 2.1.2. Estándares en torno al principio de igualdad y no discriminación .....  | 67         |
| 2.1.3. Análisis de los estándares desarrollados en torno al principio de no discriminación desde la crítica feminista jurídica.....  | 84         |
| 2.2. <i>Principio de no devolución .....</i>   | 100        |
| 2.2.1. Nociones generales sobre el principio de no devolución .....  | 100        |
| 2.2.2. Estándares desarrollados en torno al principio de no devolución.....  | 105        |
| 2.2.3. Análisis de los estándares desarrollados en torno al principio de no devolución desde la crítica feminista jurídica.....  | 119        |
| <b>Capítulo 3: Políticas migratorias: hacia la concretización de los derechos humanos de las mujeres migrantes .....</b>   | <b>129</b> |
| 3.1. <i>Aspectos generales sobre políticas migratorias .....</i>   | 130        |
| 3.1.1. Definiciones y rasgos de la política migratoria .....   | 130        |
| 3.1.2. Política migratoria peruana: principales componentes.....   | 141        |
| 3.1.3. Incorporación de los estándares del DIDH sobre personas en movilidad humana en la política migratoria peruana .....   | 156        |
| 3.2. <i>Política migratoria peruana: análisis desde la crítica feminista al Derecho.....</i>   | 165        |
| 3.3. <i>Aportes desde la perspectiva feminista a los estándares del DIDH sobre personas migrantes para el abordaje de las problemáticas en la política migratoria peruana.....</i> | 170        |
| <b>Conclusiones .....</b>  | <b>177</b> |
| <b>Referencias.....</b>  | <b>184</b> |

## Introducción

En el marco de una sociedad globalizada, los flujos migratorios y escenarios de movilidad se han complejizado, configurando contextos donde se facilita la vulneración de los derechos humanos de las personas. Esta posibilidad se incrementa en el caso de determinados grupos que han atravesado -y atraviesan- situaciones de discriminación y violencia estructurales, como las mujeres.

La región latinoamericana no ha sido ajena a este nuevo escenario de flujos migratorios transnacionales a escala global y los escenarios de riesgo configurados a partir de este. En esa línea, si bien tradicionalmente América Latina ha sido un territorio de emigración, en los últimos años, situaciones como la crisis humanitaria en Venezuela o los desastres naturales en Haití han derivado en que el número de personas migrantes asentadas en la región se incremente en aproximadamente un 50% (BID, OCDE, 2021).

En este contexto, el Perú se ha consolidado, en los últimos años como uno de los principales destinos migratorios en la región. De este modo, al 2015, la población migrante representaba menos del 0,5% de la población en el total en el país; y tan solo 5 años después, en 2020, ya constituía más del 3,5%, cifra con la que empezó a equipararse a la tasa promedio de personas migrantes a nivel global (Dedios & Ruiz, 2022). Este incremento acelerado del flujo migratorio ha implicado una serie de retos para la protección y garantía de derechos de la población extranjera, así como la necesidad de actualizar las políticas dirigidas a abordar el fenómeno migratorio.

Este escenario es especialmente complejo para las mujeres migrantes en situación de vulnerabilidad. Por ejemplo, se calcula que, al 2021, de las 1,347,893 millones de personas extranjeras que residían en el país, únicamente 320,112 disponían de un carnet de extranjería, y de este grupo, solo el 45% eran mujeres (INEI, 2022). Por otro lado, en cuanto a las ocupaciones se observa que el porcentaje de hombres es ampliamente mayor en categorías como i) técnicos y profesionales de nivel medio (74,4%), ii) trabajadores de servicios, vendedores de comercio y mercado (63,3%); y empleados de oficina (59,7%). Mientras que la única categoría en la que las mujeres se ubican con una mayoría sólida es en la de amas de casa (99,75%).

Asimismo, se ha reportado que las mujeres migrantes en Perú víctimas de violencia de género presentan diversas dificultades debido a su estatus migratorio<sup>1</sup>, carencia de redes de apoyo y protección, poco acceso a información sobre servicios públicos existentes, carencia de un programa institucional que aborde a la migración de forma integral, entre otros (Defensoría del Pueblo, 2021). Cuestiones como las referidas dan cuenta de una situación en donde las personas migrantes, y las mujeres en particular, se enfrentan a condiciones que propician y/o profundizan un estado de vulnerabilidad, el mismo que está vinculado a cuestiones sociales, políticas y estructurales.

Frente a escenarios como el descrito, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), a lo largo de los años, ha establecido instrumentos, estándares y jurisprudencia que busca garantizar los derechos de las personas migrantes<sup>2</sup> y dotarlos de contenido, así como establecer las obligaciones estatales en relación a ellos. Aun así, desde un análisis jurídico feminista, las respuestas que han sido construidas desde el DIDH podrían no ser suficientes cuando se trata de proteger los derechos humanos de las mujeres migrantes en específico.

Desde esta perspectiva iusfeminista, el DIDH, como cualquier rama del Derecho, no deja de ser una construcción social definida bajo principios patriarcales y esto se evidencia, por ejemplo, en la supuesta universalidad hegemónica en el discurso de los derechos humanos; y en la definición de valores supremos -y por ende los derechos que protege- a partir de un supuesto humano universal, que tiende a ser moldeado en realidad en base a experiencias masculinas, blancas, heterosexuales y con recursos económicos (Salgado, 2009, pág. 172). En este contexto, las mujeres, en todas sus diversidades, se enfrentan a una posición de desigualdad estructural que termina por no ser reconocida ni abordada plenamente desde el DIDH.

La presente investigación busca partir de este cuestionamiento para plantear y delimitar cuáles podrían ser algunas posibles limitaciones del DIDH frente a la protección y

---

<sup>1</sup> En el marco de la presente investigación, se entiende por situación migratoria a la condición que las personas extranjeras poseen al momento del ingreso o permanencia en un determinado país en función a las leyes y reglas nacionales en materia migratoria. De este modo, se considera la existencia de una situación migratoria regular cuando la persona extranjera ha cumplido con las disposiciones migratorias para ingresar y/o permanecer en un país; mientras que una situación migratoria irregular se da por un ingreso al territorio al margen de esta normativa o por la permanencia en el país más allá del tiempo legalmente permitido. Aun así, se debe tener en cuenta que la dicotomía entre estatus regular e irregular no sería tan exacta, sino que en la realidad existen procesos que implican que los migrantes se sitúen en un punto continuo entre ambos parámetros (Castles, 2010, pág. 51).

<sup>2</sup> Bajo el marco de esta investigación, se emplearán los términos “personas migrantes” o “mujeres migrantes” para englobar a las diversas condiciones jurídicas de las mujeres en situación de movilidad, incluyendo a las mujeres refugiadas.

reconocimiento de los derechos de las mujeres migrantes y evidenciar los efectos que estas carencias podrían tener en las propias políticas migratorias, que en última instancia son los instrumentos que terminan por delinear las experiencias migratorias de las personas. De este modo, se establece como objetivo general el identificar posibles vacíos y contradicciones de los estándares desarrollados en el DIDH en materia de movilidad humana en torno a la protección y garantía de los derechos de las mujeres migrantes; y cómo estos vacíos y contradicciones impactan en el abordaje que las políticas migratorias tienen sobre ellas.

Bajo esta lógica, se establecen los siguientes objetivos específicos: a) conocer las principales críticas feministas al Derecho y, en particular, al DIDH; b) caracterizar los principales estándares desarrollados desde el DIDH sobre principio de no discriminación y de no devolución; c) aplicar la perspectiva crítica feminista para identificar posibles vacíos y contradicciones en los estándares caracterizados; d) abordar la relación entre el DIDH y las políticas migratorias, observando la manera en que estas últimas incorporan los estándares identificados; e, e) identificar los principales vacíos y contradicciones de las políticas migratorias en relación a la protección de los derechos de las mujeres.

Para este fin, se aplicó una metodología compuesta básicamente de un análisis dogmático que parte de un enfoque crítico jurídico iusfeminista con una orientación hacia los estudios migratorios. Para alcanzar los objetivos planteados, se emplearon diversas técnicas de investigación como i) Revisión documental, bibliográfica y jurisprudencial; ii) Análisis normativo y de política públicas; y iii) Análisis de género.

Se inició con la revisión documental, bibliografía y jurisprudencial de instrumentos jurídicos pertenecientes al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), vinculados a la protección de personas en movilidad humana. A partir de ahí, por motivos de extensión de la presente investigación, se seleccionaron dos principios esenciales vinculados a la temática de movilidad humana en tanto están presentes en la mayoría de los instrumentos, jurisprudencia y bibliografía relacionada: el principio de no discriminación y el principio de no devolución. Adicionalmente, ambos han sido seleccionados teniendo en cuenta su relevancia para el ejercicio de otros derechos en el contexto de movilidad humana.

En base al material recopilado, se identificaron los principales estándares de protección que han sido desarrollados en el DIDH en torno a estos. Posteriormente, partiendo



desde los aportes de las críticas feministas al Derecho y tomando como herramienta el análisis de género, y en particular algunos métodos legales feministas propuestos por autoras como Facio o Bartlett, se analizaron los estándares identificados con la finalidad de detectar sus falencias en relación a la protección adecuada de los derechos humanos de las mujeres migrantes.

Finalmente, se buscó evaluar el vínculo entre las contradicciones y vacíos identificados, y la construcción de las políticas migratorias. Para ello, se tomó en cuenta el caso peruano y se verificó los estándares del DIDH incorporados en la actual política migratoria. Un siguiente paso implicó la identificación de problemáticas de la política migratoria peruana en relación a los derechos humanos de las mujeres migrantes. Para identificar estas problemáticas, se emplearon herramientas de revisión bibliográfica y doctrinaria. A partir de esta información, se planteó una evaluación que buscó determinar el impacto que los vacíos identificados en los estándares pudieran tener en relación con la causalidad y configuración de estas problemáticas presentes en la políticas a partir del análisis de dos casos concretos.

De este modo, a partir de la metodología propuesta, se esbozaron los siguientes hallazgos. En el primer capítulo, se desarrolla el vínculo entre el Derecho y la perspectiva crítica feminista, profundizando en el desarrollo histórico que han tenido algunos feminismos y cómo se han posicionado frente al Derecho y, en particular frente al DIDH. En este punto, es importante señalar que esta tesis considera que, si bien el Derecho es una creación androcéntrica, es posible aplicarlo desde una perspectiva feminista. En esa línea, se abordan también métodos jurídicos feministas desarrollados por autoras como Katharine Bartlett y Alda Facio, y a partir de estos, se propone una metodología para analizar, desde esta perspectiva, el estado jurídico actual de protección y garantía de derechos hacia las mujeres migrantes que brinda el DIDH.

Bajo este marco, en el segundo capítulo, se analizan las disposiciones y estándares desarrollados en torno a dos principios. En primer lugar, el principio de no discriminación, en tanto es una de las bases fundamentales del DIDH para respetar y garantizar el ejercicio de derechos a todas las personas sin importar su nacionalidad o género. En segundo lugar, se aborda el principio de no devolución, en la medida en que es otra de las piedras angulares de la protección de personas en situación de movilidad. Posteriormente, se analizan los estándares identificados a la luz de una perspectiva crítica legal feminista para identificar posibles contravenciones al reconocimiento de las mujeres migrantes como sujetas plenas de derecho, así como vacíos en estos

desarrollos que, de abordarse teniendo en consideración la situación de las mujeres, podrían contribuir a un ejercicio de derechos más adecuado y, en general, a un cuestionamiento del estado de subordinación en el que el propio Derecho las sitúa.

Con este propósito, en el tercer capítulo, se incide en el caso peruano y en su política migratoria para determinar, por un lado, si esta se ajusta a un modelo que incorpora los derechos humanos como un eje central para regular y abordar el fenómeno de movilidad humana; y, en ese sentido, de qué manera incorpora los estándares desarrollados desde el DIDH en relación con los dos principios abordados en el capítulo previo -no discriminación y no devolución-. Por otra parte, se analiza la política desde una perspectiva feminista, evaluando a partir de dos casos prácticos -un operativo de expulsión hacia un grupo de mujeres en situación migratoria irregular en Piura y el procedimiento administrativo sancionador seguido contra una activista extranjera- si es que la incorporación de estos estándares resulta suficiente para generar un marco adecuado que reconozca a las mujeres migrantes como sujetas de derecho y evite vulneraciones a sus derechos humanos.

Precisamente, la finalidad ulterior de esta investigación es contribuir a evidenciar cuáles son las principales falencias, a nivel internacional e interno, en relación a la protección y reconocimiento de derechos de las mujeres migrantes, abriendo campo para futuras investigaciones o propuestas que consideren estrategias para superar estas barreras recogiendo estándares del DIDH desarrollados partiendo de reconocer a las mujeres como un sujeto pleno en el marco del Derecho.

## Capítulo 1: Feminismos jurídicos y derechos humanos

A lo largo de la historia de la humanidad, la confluencia de diversos factores históricos, culturales y sociales ha derivado en la existencia de desigualdades de hecho y de derecho concernientes a determinados grupos, que son evidenciadas a partir de situaciones de sometimiento o exclusión reproducidas de forma sistemática (Pelletier, 2014, pág. 207). Estas situaciones de desigualdad sistemáticas, que suelen estar influenciadas por valores sociales dominantes (Salomé, 2017), son entendidas por algunos autores como discriminación estructural.

El concepto de discriminación estructural ayuda a comprender que, si bien pueden existir manifestaciones individuales a través de actos de discriminación, en muchos de estos casos, detrás de esta actuación hay un fenómeno que encierra una situación colectiva de subordinación u opresión y que, precisamente, es la causa del acto discriminatorio (Salomé, 2017). Esta forma colectiva de subordinación se apoya y reproduce a través de distintos instrumentos como normas legales, políticas públicas, prácticas o actitudes culturales, predominantes en diversos sectores -pueden ser públicos o privados- que generan privilegios para algunos grupos y desventajas comparativas para otros, especialmente en lo referido al acceso a derechos (Comité DESC, 2009, párr. 12).

En ese sentido, la discriminación estructural visibiliza desigualdades de derecho o de hecho que son producto de complejas prácticas sociales, prejuicios y sistemas de creencias reproducidos en forma sistemática. Como consecuencia, grupos históricamente excluidos comparten el rasgo común de ser objeto de prejuicios sociales negativos, frecuentemente reforzados por la normativa, que disminuyen la posibilidades de la defensa de sus intereses como colectivo (Pelletier, 2014, pág. 207) y a nivel individual.

Teniendo lo expuesto en consideración, es preciso señalar que existe, hasta el día de hoy, una discriminación estructural por motivos de género, que repercute en los obstáculos que enfrentan las mujeres -y cualquier persona de género no normativo- en el ejercicio en condiciones de igualdad de sus derechos y libertades. En este sentido, es importante reconocer que las mujeres en todas sus diversidades globalmente enfrentan discriminación a través de tratos injustos a nivel individual, pero también a través de prácticas que tienen como efecto subordinarlas como grupo y perpetuar una jerarquía de género (CIDH, 2007, párr. 75). Así, la discriminación estructural por motivos

de género, que cuenta con base institucional y social, implica que hombres y mujeres, por partir de esta clasificación binaria, se enfrenten a distintos escenarios a nivel social, político, económico y ético, lo que les da diferentes oportunidades de desarrollo y ejercicio de sus planes de vida (Pelletier, 2014, pág. 212).

Aun así, frecuentemente se ha planteado la situación de las mujeres en términos de “discriminación” en sentido estricto, considerada a partir de una desigualdad de trato a nivel individual por motivos de sexo o género. Por este motivo, autores como Owen M. Fiss, sostienen que el principio de no discriminación no basta para garantizar el fin de la subordinación de las mujeres como grupo y que más bien, parece consolidarse frente a ello, el principio de antisubordinación (Fiss, 1993, pág. 323). Este puede ser entendido de la siguiente manera:

(...) un principio que condena aquellas prácticas que tienen el efecto inevitable de crear o perpetuar en nuestra sociedad una posición subordinada para ciertos grupos desaventajados.

Dentro de este esquema, la discriminación sigue siendo condenada. Pero por su función de subordinar a las mujeres como grupo y por ende de crear y perpetuar una jerarquía de género y no simplemente porque supone un tratamiento injusto para ciertos individuos identificables (Fiss, 1993, pág. 323)

Desde una posición bastante similar, Barrère sostiene que lo que el Derecho considera [típicamente] como discriminación “sería solamente un epifenómeno de la subordinación, entendida como desigualdad estructural de carácter grupal” (Barrère, 2001, pág. 155). Precisamente por este motivo, resulta necesario hacer énfasis en el rasgo estructural a partir del cual será abordada la discriminación en la presente investigación. Entenderla únicamente como un episodio individual de un trato injusto y desigual no permite evidenciar el trasfondo de la situación en la que se sitúan las mujeres en razón de su género, pero también de otras categorías.

En ese sentido, el género no es el único factor de discriminación estructural hacia las mujeres y no puede ser tomado en cuenta de manera aislada y universalista. La construcción de una identidad “femenina” se entrecruza con otras variables como edad, raza, etnia, posición económica, etc., lo que repercute en que la discriminación estructural tenga impactos diferenciados entre las propias mujeres, y que existan ciertos grupos de ellas que están más expuestas a actos de violencia y otras violaciones a derechos humanos (Corte IDH, 2015).

Sin embargo, tampoco es posible minimizar que el impacto del género como sistema de opresión tiene un alcance generalizado. De este modo, Facio y Fries señalan que existen rasgos comunes en diversas culturas respecto a esta forma concreta de desigualdad estructural (Facio & Fries, 2005). El primero de ellos es la existencia de una ideología reflejada a través del lenguaje que devalúa a las mujeres -y a los roles, entorno, labores, etc. relacionados a ella-, confiriéndoles menos valor y poder que el otorgado a los hombres. El segundo tiene que ver con hechos simbólicos o mitos relacionados a las mujeres y sus actividades que están impregnados de significados negativos. Por su parte, el tercer rasgo común está ligado a la presencia de estructuras e instituciones que, explícita o implícitamente, excluyen a las mujeres y restringen su participación, e incluso el contacto con los espacios de poder en ámbitos económicos, políticos y culturales. Finalmente, el cuarto rasgo tiene que ver con un pensamiento dicotómico, jerarquizado y sexualizado, que sitúa al hombre y a lo masculino en el plano del desarrollo cultural del ser humano -y a las características beneficiosas que eso implica-, mientras que ubica a la mujer y a lo femenino en la zona ligada a la naturaleza.

En ese sentido, a raíz de estos roles, que incluso se llegan a considerar naturales, se construye un imaginario extendido en el que el paradigma de lo “humano” o “civilizado” es el hombre, mientras que el sujeto mujer se construye por oposición, con las connotaciones negativas que esto supone. Resulta imprescindible tener en cuenta estos rasgos con respecto a la discriminación estructural por género para entender la posición que las mujeres han mantenido en el tejido social y de qué forma algunas instituciones, como el Derecho, han contribuido a su opresión.

Para dar cuenta de un análisis más profundo sobre la temática, en el presente acápite se abordará, en primer lugar, un recorrido histórico sobre el desarrollo del pensamiento feminista. Este punto resulta relevante en la medida en que, precisamente, las principales respuestas a la subordinación experimentada por las mujeres provinieron desde el feminismo, nombre otorgado al conjunto de movimientos, teorías y prácticas sociales, políticas y jurídicas, surgidos a partir del siglo XX que tuvieron -y tienen- como objetivo evidenciar una situación de discriminación que deriva en opresión hacia las mujeres (Jaramillo I. C., 2018, pág. 108).

Posteriormente, se abordará el vínculo que han tenido los movimientos feministas con el campo jurídico. De esta forma, se parte de que el feminismo va más allá de un compromiso político, sino que tiene un estrecho vínculo con el Derecho y, a criterio de autores como Owen Fiss, podría ser considerado, aunque con obstáculos, como una

teoría jurídica (Fiss, 1993, pág. 320). En esa línea, desde una visión crítica, se plantea que el propio Derecho es una de las instituciones que ha contribuido a reformas ligadas a las causas feministas, pero también a la perpetuación de jerarquías de género. En ese marco, se pondrá un especial énfasis en el campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), una de las ramas del Derecho que ha generado mayores avances en cuanto a la erradicación de la discriminación y de cualquier forma de vulneración de derechos humanos; sin embargo, también ha recibido un sinnúmero de críticas por no haber abordado adecuadamente la situación de las mujeres en relación al acceso y ejercicio de derechos y al reconocimiento de su autonomía.

Teniendo en cuenta estos puntos será posible identificar, en posteriores capítulos, cuáles son los principales vacíos del DIDH desde una perspectiva feminista y, en ese sentido, cómo el desarrollo de sus estándares en torno a la situación de las mujeres migrantes no integra por completo una visión feminista.

#### 1.1. Derecho y feminismos: la importancia del género como categoría de análisis jurídico

El Derecho mantiene un vínculo complejo con la discriminación estructural. Por un lado, es una ciencia que engloba diversas instituciones -como normas, tribunales, jurisprudencia, entre otros- que brindan garantías contra la propia discriminación. Por el otro, en cambio, es una herramienta que presenta falencias frente al objetivo de erradicación de la discriminación y, en algunos casos, la permite e incluso promueve.

De este modo, al haber sido concebido bajo un modelo jurídico individualista de corte liberal, el Derecho es útil para detectar, prevenir y sancionar situaciones de discriminación directa e indirecta en el caso de individuos. No obstante, parece perder eficiencia cuando se presentan situaciones de desigualdad grupal de facto que resultan inimputables en tanto, supuestamente, no responden a un injusto, sino más bien a decisiones que pertenecerían al ámbito privado (Barrère, 2003) o que son generalizadas.

Así realidades como la limitada inserción de mujeres en campos como las ciencias, o que la violencia de género afecte predominantemente a las mujeres, forman parte de la esfera privada y terminan fuera del margen de acción del Derecho en tanto “resultan inimputables a comportamientos o prácticas individualizadas y concretas” (Barrère,

2003, pág. 9). En suma, “lo que el Derecho concibe como discriminación es una diferencia de trato, pero no una diferencia de status” (Barrère, 2003, pág. 10).

Frente a este escenario, resulta clave entender la discriminación no solo como una diferencia de trato sino más bien como la perpetuación de una situación de opresión. De hecho, a esto han apuntado diversas posturas críticas feministas. Para comprender mejor estos alcances, se planteará a continuación un breve desarrollo histórico respecto a la evolución del pensamiento feminista y cómo esta evolución se ha visto reflejada en el desarrollo de feminismos jurídicos y críticas legales feministas.

#### 1.1.1. Breve recorrido histórico de la evolución del pensamiento feminista

Una de las principales complejidades desde una perspectiva académica feminista es que no existe una única definición de feminismo. Como se expresó previamente, para algunas autoras como Jaramillo es posible entenderlo como el conjunto de movimientos que buscan evidenciar una situación de opresión hacia las mujeres. Esto implica, desde una perspectiva, entenderlo como un compromiso político que requiere, por un lado, reconocer que, dentro de las sociedades actuales, predomina una ideología patriarcal, donde lo masculino se ubica, privilegiadamente, sobre lo femenino (Jaramillo, I.C., 2018); mientras que, por otro, equivale a realizar los esfuerzos necesarios para terminar con esta situación de opresión (Ricoy, 2015, pág. 462). En esa línea, Joan Scott señala que la historia del pensamiento feminista es la historia del “rechazo a la construcción jerárquica de la relación entre varón y mujer en sus contextos específicos y del intento de invertir o desplazar su vigencia” (Scott, 1990, pág. 42)

Asimismo, autoras como Facio y Fries (2005), han enfatizado que el compromiso feminista no implica solo luchar por los derechos de las mujeres, sino también cuestionar, a través de una nueva perspectiva, todas las estructuras de poder, incluyendo al género. En una línea similar, se ubicarían académicas como Judith Butler (2007) y otras feministas posmodernas, que a partir de una crítica al género desde una visión antiesencialista propone el derribamiento de esquemas binarios y de la propia categoría “mujer”. De hecho, diversas posiciones critican el uso de etiquetas como “feminismos” porque representarían intenciones de preservación del poder determinando el acceso a espacios y debates académicos a partir de la opresión hacia las mujeres, o por su intención unificadora de experiencias femeninas que presentan amplias diferencias (Jaramillo I. C., 2018, págs. 108-109).

Teniendo en cuenta la existencia de corrientes divergentes respecto a lo que constituye el feminismo, muchas veces se prefiere referirse a “feminismos” para dar cuenta de toda la variedad a través de la cual se expresa ese compromiso político (o incluso crítica hacia él). Aun así, si bien las teorías feministas, entendidas como cualquier planteamiento teórico que reivindique la igualdad para las mujeres (Balaguer, 2005) son múltiples y con diferentes matices, para efectos de la presente investigación, y atendiendo a algunos rasgos comunes entre los postulados de diversas autoras, es posible identificar algunos feminismos relevantes: los feminismos de la igualdad, los feminismos de la diferencia, el feminismo interseccional y el feminismo posmodernista.

Dicha clasificación cobra una especial relevancia en la medida en que cada una de estas categorías tiene una propia interpretación de cómo debe ser entendida la relación del binomio sexo-género, la propia validez de esta supuesta categorización dicotómica, y la posición de las mujeres en la sociedad.

De esta manera, el uso del binomio sexo/género, postulado a partir de la década de los años cincuenta y sesenta por autores como John Money y Anke A. Ehrhardt (1972) o Robert Stoller (1968), ha definido las fluctuaciones de los distintos paradigmas de feminismos en tanto ha permitido construir una posición respecto al determinismo biológico en contraposición a la influencia sociocultural en la diferenciación sexual; así como la importancia de la propia categoría “género” y a las posibilidades de modificar la jerarquía y relaciones de poder establecidos por esta.

Esto no implica, por supuesto, que la historia de los feminismos haya iniciado con la introducción del concepto “género” en los distintos campos de estudio. De hecho, los orígenes del movimiento se sitúan en el periodo de la ilustración “como una respuesta a la exclusión de las mujeres de las promesas de igualdad y libertad que fundan este modelo” (Fries & Lacrampette, 2013, pág. 33) y este tuvo un amplio desarrollo durante los siglos XVI al XX. Sin embargo, por motivos de extensión y pertinencia, en la presente investigación se abordará el posicionamiento de los feminismos a partir del desarrollo de la categoría “género”.

En esa línea, se han establecido diversas posturas en relación a esta. Desde una primera acepción, es posible resaltar la introducción del “género” como un concepto definido en contraposición al sexo, lo que ha facilitado la constitución de una posición a favor de una supuesta dicotomía entre una cuestión biológica y una cuestión cultural (Aguilar García, 2008). En este marco, se introdujeron nociones como el “sistema



sexo/género”, que ha sido definido como “el conjunto de disposiciones por el que una sociedad transforma la sexualidad biológica en productos de la actividad humana” (Rubin, 1998, págs. 41-42).

Bajo esta lógica, el sexo ha sido definido como el conjunto de características biológicas, físicas y genéticas, que permiten identificar a un ser humano como hombre o mujer; mientras que el género ha sido asociado al conjunto de conductas atribuidas históricamente, social y culturalmente a los seres humanos identificados como hombres y mujeres, y que constituyen una exigencia social de comportamiento. A partir de este entendimiento, se plantea una diferenciación entre “mujer” y “hombre” (identidades definidas por el sexo), y “femenino” y “masculino” (características de la personalidad definidas por el género), a la par de que, socialmente, se espera una correspondencia entre “mujer” y “femenino”, y “hombre” y “masculino”.

Sin embargo, “género” representa más allá del conjunto de construcciones socioculturales impuestas a determinadas personas en base a su sexo, sino que también es una categoría analítica. Una de las primeras autoras en desarrollar la importancia del “género” en tal sentido fue Joan Scott, quien planteó dos características centrales en relación a este concepto: que este era un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen los sexos; y, que era una forma primaria de las relaciones significantes de poder (Scott, 1990, pág. 44).

Con respecto a la primera característica, la autora señala que el género comprende cuatro elementos: i) símbolos culturalmente disponibles que evocan representaciones múltiples y contradictorias (por ejemplo, las figuras de Eva y María); ii) conceptos normativos, hallados en doctrinas religiosas, educativas, legales, políticas y científicas, que, por un lado, manifiestan interpretaciones de los significados de esos símbolos afirmando el significado de varón y mujer/ masculino y femenino, y por otro lado, las expone como las únicas posibles sin visibilizar todo el posible conflicto detrás de ellas; iii) nociones políticas, organizaciones sociales e instituciones, que también construyen género; y iv) una identidad subjetiva delimitada no solo desde la esfera interna, sino también de las actividades, organizaciones sociales y representaciones culturales históricamente específicas (Scott, 1990, pág. 45)

Por su parte, la segunda característica tiene que ver con que el género es uno de los principales campos que da origen y por medio del cual se articulan los sistemas de poder. Y esto no implica que las construcciones conceptuales en torno al poder recojan

expresamente al género, sino que hay todo un proceso no visible, pero permanente, detrás. De hecho, Scott plantea que los lenguajes conceptuales y los procesos para decodificar significados emplean la diferenciación como base, siendo la diferencia sexual una diferenciación significativa y, por lo tanto, el género un modo de “decodificar el significado y de comprender las complejas conexiones entre varias formas de interacción humana” (Scott, 1990, pág. 49).

Así, el género estructura las relaciones sociales a través de referencias o representaciones diferenciadas, y estas representaciones, a su vez, establecen distribuciones de poder particulares (Scott, 1990, pág. 48). En esa línea, para ciertas posturas esencialistas, las diferencias sexuales son usadas para legitimar discursos en campos que nada tienen que ver con la sexualidad, como la política o la economía, y donde se traslada una jerarquía entre femenino y masculino. Incluso, autoras como Moira Gatens (1983) sostenían que en realidad la distinción entre sexo y género no es una argumentación válida en tanto la identidad sexual no podía ser definida por parámetros socio culturales, sino que dependía de factores biológicos vinculados al propio cuerpo y a las experiencias físicas vividas a partir de él.

Por otra parte, es posible encontrar cuestionamientos a la dicotomía sexo/género en posturas posmodernistas como la de Butler (2007), que cuestiona el sistema binario en el que la diferencia sexual se restringe a las categorías “hombre” y “mujer” (o “femenino” y “masculino”), en tanto deja de lado a las personas cuya fisionomía o identidad de género no se encuentra cómoda en ninguna de las dos categorías. Bajo esta perspectiva, la distinción entre sexo y género acentúa el esencialismo biológico que aparentemente trata de erradicar y se convierte en una herramienta de poder que promueve el binarismo, seguido por el falocentrismo y la heteronormatividad. De hecho, se postula que el propio sexo -así como otro tipo de identidades- es una cuestión culturalmente definida, en tanto es la interpretación que, bajo parámetros coyunturales, se le otorga a una serie de características físicas.

A la validez de la dicotomía sexo/género, se le añade, como posible elemento de categorización de los feminismos, el entendimiento de la condición de opresión de las mujeres. De acuerdo a Jaramillo, es posible distinguir entre feminismos que entienden que dicha opresión se produce porque hombres y mujeres no son tratados de forma igualitaria; y feminismos que consideran que, en lugar de impulsar una supuesta igualdad, la opresión se produce porque la diferencia femenina no es reconocida como valiosa por la sociedad (Jaramillo I. C., 2018, pág. 113)

Teniendo en cuenta el amplio debate y dilemas en torno a la validez del sistema sexo/género y el entendimiento de la opresión de la mujer, es posible analizar la construcción y desarrollo de los diversos movimientos feministas referidos en párrafos previos. Los feminismos de la igualdad, que recogen la separación entre sexo y género para señalar que la diferencia jerárquica entre hombres y mujeres reside en el género (y por lo tanto es erradicable a partir de la reformulación de los parámetros socioculturales); además, abogan por un trato igualitario entre unos y otros.

Por su parte, los feminismos de la diferencia, basados en la noción de sexo como categoría indiscutiblemente biológica que influye y determina, de cierta forma, la experiencia de las mujeres y, por ende, el género; apuesta por señalar que existe un sujeto mujer definido por características biológicas complementadas por experiencias sociales y, como tal, los rasgos vinculados a esta deben ser revalorizadas.

Por otro lado, se encuentra también el feminismo interseccional, que apunta a entender que el género no es la única categoría identitaria que define la opresión en la situación de las mujeres, sino que esta se ve configurada a partir de otros factores como la clase, la raza, la etnia, la condición migratoria, entre otros.

Finalmente, encontramos como una cuarta opción al feminismo postmoderno, desarrollado en torno al cuestionamiento de la relevancia del género, pero alejado del determinismo biológico al señalar que, tanto sexo como género, corresponden a construcciones sociales artificiales. De este modo, su reivindicación pasa por la propia erradicación de la categoría, en tanto su eliminación puede contribuir a una mejor situación de los derechos de las personas independientemente del sexo o género con el que se identifiquen.

A continuación, desarrollaremos las características y los principales cuestionamientos planteados hacia los movimientos mencionados.

### *Sobre los feminismos de la igualdad*

Como se expresó previamente, los feminismos de la igualdad -que abarcan los feminismos socialistas, el feminismo marxista y los feminismos liberales (clásicos y sociales)- argumentan que la opresión de las mujeres radica en que no son tratadas de igual forma que los hombres (Fries & Lacramette, 2013, pág. 49) producto de diversos

constructos socioculturales que han estado presentes a lo largo de la historia. De esta manera, potencian el carácter igualitario entre hombres y mujeres, y reafirman que ambos tienen el mismo status y por lo tanto “merecen igual tratamiento como una cuestión de derecho legal, político y moral” (Elkayam-Levy, 2021, pág. 449) (Traducción propia). Desde esta óptica, “todos los seres humanos son individuos iguales y las diferencias que se observan en la sociedad son sólo la consecuencia de las relaciones de dominación. De modo que toda afirmación de una especificidad femenina tiene el riesgo de favorecer la jerarquización entre los sexos” (De las Heras, 2009, pág. 57).

De este modo, desde los feminismos de la igualdad, aunque con matices, se establece la apuesta por establecer reformas en los sistemas legales, sociales y políticos, incluyendo el plano educativo, para erradicar la relación de dominación entre ambos sexos. En esa línea, sus principales vindicaciones y postulados estaban vinculados, por un lado, a exigencias ligadas a la igualdad de oportunidades formales y titularidad de derechos en relación a la situación de los hombres (feminismos liberales clásicos); la búsqueda de la igualdad en oportunidades materiales (feminismos liberales sociales); y la apuesta por una igualdad en el acceso a recursos y el derribamiento del capitalismo, entendido como uno de los factores de opresión junto al patriarcado (feminismos socialistas) (Fries & Lacramette, 2013, págs. 49-50).

Estos puntos de partida han sentado bases para la consolidación de acciones afirmativas y desarrollos constitucionales, legislativos y jurisprudenciales en relación a la igualdad, además de introducciones teóricas en torno a temas que serían fundamentales para el desarrollo feminista como “la doble explotación” o el “salario del ama de casa” (De las Heras, 2009, pág. 61).

Aun así, se han planteado diversas críticas a este movimiento. La más frecuente gira en torno a que, bajo sus planteamientos, se busca, de manera acrítica, que las mujeres alcancen la igualdad pero sujetas a categorías y modelos masculinos, conformadas por “estructuras socio-políticas que han sido creadas por los varones conforme a sus propias características y necesidades” (De las Heras, 2009, pág. 61). Por lo tanto, se parte hacia una idea de homogenización que invisibiliza las necesidades particulares de las mujeres vinculadas al ejercicio de sus derechos.

Por otro lado, se reclama a los feminismos de la igualdad un posible “conservadurismo explícito”, en tanto no busca una transformación de las estructuras fundantes de la sociedad “jerarquizada”, sino que pretende que las personas excluidas se integren

formalmente al marco ya existente (De las Heras, 2009, pág. 61). Incluso, se cuestiona sus bases fundamentales, sobre todo en el caso de los feminismos liberales, por reproducir las falencias del liberalismo y, a pesar de las reformas planteadas, no dar una respuesta real a la desigualdad social; mientras que mantiene la dicotomía entre la esfera pública y privada que oculta la subordinación de las mujeres (Fries & Lacrampette, 2013, págs. 50-51).

### *Sobre los feminismos de la diferencia*

Por su parte, los feminismos de la diferencia -categoría que contiene al feminismo radical, los feminismos culturales y feminismos de la diferencia de base psicológica- es un poco más incisivo al anunciar al sistema patriarcal y su caracterización de la mujer como causa de la opresión vivida por las mujeres (De las Heras, 2009, pág. 61). En esa línea, reclama el quiebre de las estructuras político-sociales, científicas, ontológicas y epistemológicas que lo componen, todas ellas construidas por y para los hombres (De las Heras, 2009).

En esa línea, reafirman la existencia de diferencias entre ambos sexos y de una “esencia específicamente femenina” (De las Heras, 2009, pág. 62). La consigna de estos movimientos, entonces, estaba ligada a dos cuestiones fundamentales. En primer lugar, se buscaba revalorizar aquello considerado como “esencialmente femenino” y lograr que adquiriera un valor igual de relevante para una sociedad en la que han prevalecido, por sobre todo, el postulado de que las características “esencialmente masculinas” son superiores. Así, a modo de ejemplo, podríamos tomar la apreciación social que se le otorga a valores como la competitividad o la seguridad, clásicamente considerados masculinos, en contraposición a la sensibilidad, clásicamente considerada como una característica femenina. Desde la facción del feminismo de la diferencia, se sostiene que las relaciones de poder jerarquizado han sido una respuesta y no una consecuencia a estas distinciones.

Así también, autoras como Nancy Chodorow (1997) y Carol Gilligan (2013), desde una base psicológica, han planteado que el sistema social que determina el rol que los individuos adoptan en base a su sexo, está reforzado por mecanismos como los roles parentales. En esa línea, Gilligan sostiene la existencia de desarrollos morales diferenciados para hombres y mujeres condicionada por la propia biología y los procesos de razonamiento entre unos y otros: por un lado, está la ética de la justicia o masculina,

basada en la agresividad, competitividad y egoísmo; y, por el otro, la ética del cuidado o responsabilidad, que recoge la sensibilidad, el altruismo y los afectos.

En segundo lugar, las consignas de los feminismos de la diferencia también postulan que las relaciones de poder jerarquizadas entre hombres y mujeres se amparaban en el carácter sexual de estas últimas. De este modo, sostienen la existencia de una diferencia biológica y que esta es la principal causa de la desigualdad; aun así, mantienen la postura de que esta diferencia no debería ser traducida como inferioridad (De las Heras, 2009, pág. 64).

Esta corriente tampoco ha estado exenta de crítica. Uno de los cuestionamientos más reiterados es su apelación al esencialismo que, desde la teoría feminista, está vinculado a la consideración de que existen características puramente femeninas relacionadas a la experiencia de ser mujer (De las Heras, 2009, pág. 65). De este modo, se la crítica por ser una postura bastante ligada al determinismo biológico y a un pensamiento dicotómico, sexualizado y jerarquizado (De las Heras, 2009, pág. 66) que potencia así la desigualdad entre los sexos.

Por otro lado, también se cuestiona a los feminismos de la diferencia por potenciar la idea de una categoría única de “mujer”, con una lucha homogénea, lo que invisibiliza o infravalora las diferencias entre las propias mujeres.

### *Sobre el feminismo interseccional*

Kimberlé Crenshaw postuló el el concepto de “interseccionalidad” para evidenciar las intersecciones de elementos como raza y género, que muchas veces definen las experiencias de las mujeres y que suelen pasar desapercibidas bajo políticas identitarias que absorben las diferencias intragrupalas (2012) o que son analizadas como categorías excluyentes (1989, pág. 139) De este modo, basándose en la experiencia de mujeres negras, la autora sostiene que la opresión interseccional que vive este grupo trasciende al sexismo y al racismo por sí mismos. Por este motivo, plantea la necesidad de un nuevo marco teórico, que responda a la teoría feminista clásica y a las teorías de antidiscriminación racial, y que permita comprender el grado de subordinación particular que experimentan estas mujeres.

Desarrollos posteriores sobre la intereseccionalidad incluyeron en el análisis otras categorías o “ejes” de opresió , como la clase y, posteriormente, la discapacidad, la

identidad sexual, la edad, el estatus de ciudadanía, etc. (Salem, 2014, pág. 114). Bajo este marco, autores como Sylvia Tamale y Joe Oloka-Onyango han resaltado la experimentación de opresión a niveles distintos en el escenario local y global en relación a las mujeres del “tercer mundo” y cómo a lemas del feminismo que parecen universales, como “lo personal es lo político”, deberían ser añadidos postulados que refieran a la idea de lo “local es global” para remarcar la relevancia de tomar en cuenta experiencias locales en la abogacía por los derechos de las mujeres en el plano internacional (Oloka-Onyango & Tamale, 1995, pág. 701).

De acuerdo con los autores referidos, en determinados contextos, como el de África por ejemplo, las experiencias de opresión locales contra las mujeres trascienden de ser ocasionadas únicamente por un sistema androcéntrico patriarcal, que es el principal objeto de la crítica feminista a nivel internacional, sino que están envueltos otros factores.

Aún así, el feminismo interseccional también ha enfrentado serias críticas. Sales Gellabert hace un recuento de los cuestionamientos planteados desde diversos movimientos feministas que coinciden en lo siguiente:

“(…) la hegemonía del discurso interseccional en los estudios de género y la teoría feminista no es causal. Se relaciona con el contexto político e ideológico del neoliberalismo, dentro del cual el discurso interseccional desactivaría las reivindicaciones políticas feministas. Desactivación que pasaría por introducir múltiples reivindicaciones al mismo nivel que las reivindicaciones feministas; diluyendo éstas en una pléthora de formas de desigualdad radicalmente diversas e inarticulables políticamente” (2017, pág. 246).

De esta forma, el autor sostiene que el “discurso interseccional” –como el llama a la interseccionalidad- presenta indefinición y supone una desactivación política, en la medida en que los desarrollos recientes al respecto y el uso que se le ha dado en el contexto actual, sitúa a la interseccionalidad como “una celebración acrítica de la pluralidad y diversidad” (2017, pág. 254). A su juicio, es necesario que la interseccionalidad pase de un discurso sobre la teoría social del poder a la teoría política del poder y se centre en articular políticamente las diversas relaciones de poder y vulnerabilidad producidas por distintos ejes que es capaz de descubrir.

### *Sobre el feminismo posmoderno*

Recientemente empezó a consolidarse el feminismo postmoderno. Para algunas autoras este formaría parte de la corriente feminista basada en las diferencias, en tanto ambas corrientes están alineadas en algunos postulados, como en la noción de que no resulta factible que las mujeres logren un lugar adecuado en la sociedad apelando a un discurso masculino que las define como “el otro”; y que resulta indispensable romper con este discurso hegemónico y encontrar una identidad que no apunte a la “neutralidad” (Piedra Guillén, 2003). Aun así, lo cierto es que el feminismo posmoderno posee algunas características particulares que marcan un paradigma distinto a las corrientes predecesoras y, como tal, debe ser analizado como un punto aparte.

En primer lugar, teniendo en cuenta que el postmodernismo en general se plantea una crítica al método racional que pretende resultados o verdades de valor universal; el feminismo posmoderno se aleja completamente de la definición de mujer como un sujeto o categoría única. De esta manera, se desentiende de los postulados del feminismo de la diferencia y, en esa línea, de la adopción implícita del sistema binario entre hombres y mujeres (Calavita, 2006, pág. 105), que observa como una herencia patriarcal; mientras que desmitifica al sujeto masculino y cuestiona al sujeto de la razón supuestamente neutro y universal (De las Heras, 2009, pág. 70).

Una de las autoras que ha sentado las bases para el desarrollo del feminismo posmoderno es Judith Butler, quien planteó la noción de la performatividad del género para cuestionar el binarismo detrás del uso discursivo de categorías como “mujer” y su identificación como sujeto del feminismo (Butler, 2007, págs. 47-48). Con ello, la autora no pretende decir que el sujeto “mujer” debe desaparecer, sino más bien que el o los feminismos deberían tener una visión autocrítica y autoanalítica respecto a la propia configuración del sujeto y sus funciones en “la consolidación y el ocultamiento de la autoridad” (Butler, 2001, pág. 32).

Estas construcciones teóricas han permitido también enfatizar las diferencias no solo entre sexos, sino entre las propias mujeres e individuos. Así, la apuesta central del postmodernismo implica la noción de que el sistema binario es solo una construcción sociopolítica y jurídica; y, en ese sentido, el empleo del concepto de “mujer”, como una categoría universal y esencialista, solo silencia la diferencia, perpetuando múltiples opresiones (Calavita, 2006, pág. 108).

De hecho, la propia Butler postula que el término “mujer” e incluso “mujeres” resulta “angustiante” en la medida en que



“Si una ‘es’ una mujer, es evidente que eso no es todo lo que una es; el concepto no es exhaustivo, no porque una ‘persona’ con un género predeterminado sobrepase los atributos específicos de su género, sino porque el género no siempre se constituye de forma coherente o consistente en contextos históricos distintos, y porque se entrecruza con modalidades radicales, de clase, étnicas, sexuales y regionales de identidades discursivamente constituidas. Así, es imposible separar el ‘género’ de las intersecciones políticas y culturales en las que constantemente se produce y se mantiene” (Butler, 2007, pág. 49)

De este modo, uno de los puntos centrales del postmodernismo es apelar a la deconstrucción de sujetos categóricos con vocación universal, en tanto “las categorías de identidad no son meramente descriptivas, sino siempre normativas, y como tales son excluyentes” (Butler, 2001, págs. 33-34). Asimismo, tal como postula Butler, vinculado al feminismo, plantea la apertura a múltiples identidades y un campo de diferencias dentro de la categoría mujeres.

“Deconstruir el sujeto del feminismo no es, entonces, censurar su utilización sino, por el contrario, dejar al término libre en un futuro de múltiples significaciones, emanciparlo de ontologías raciales o maternales a las que ha sido restringido, y darle juego como un sitio donde puedan ver la luz significados aún no previstos” (2001, pág. 34).

Aun así, existen ciertas posiciones que consideran que el postmodernismo, al rechazar la relevancia de categorías universales como la de “mujer”, resulta incompatible con el feminismo en tanto limita las posibilidades de articulación teórica y universal dentro del movimiento. De hecho, para autoras como Seyla Benhabib, la alianza entre feminismo y posmodernidad supone una “renuncia a la utopía del feminismo ante el temor de formular una teoría esencialista” (Benhabib, citada por De las Heras 2009: pág. 70), lo que implicaría cuestionar las propias bases del movimiento que parte de una experiencia de desigualdad o subordinación compartida a partir del género.

### 1.1.2. Feminismos jurídicos y teorías legales feministas

Históricamente, el reconocimiento de las mujeres como sujetas de derecho en el plano jurídico no ha sido pleno; por el contrario, a través del Derecho, se ha contribuido a configurar un sistema de opresión por motivos de género -entre otros factores- que ha repercutido en una situación de subordinación. De este modo, se debe tener presente que el Derecho es una disciplina que refleja patrones y conductas sociales. Incluso, podría considerarse que la conciencia social está “juridificada” en tanto el Derecho incorpora un sistema basado en las relaciones de poder y las legitima, haciéndolas aparecer como inmutables y ‘reales’; con lo que despliega un efecto prescriptivo que

crea una conciencia social de lo que es el mundo e invisibiliza percepciones alternativas (Ramírez Huaroto & Llaja Villena, 2011, pág. 10).

De hecho, Alda Facio (1992) sostiene que es posible analizar en el fenómeno jurídico la presencia de las siete manifestaciones de sexismo que, de acuerdo a la autora Margrit Eichler, son comunmente encontradas en investigaciones: el androcentrismo, la sobregeneralización y/o sobreespecificación, la insensibilidad al género, el doble parámetro, el deber ser de cada sexo, el dicotomismo sexual y el familismo.

El *androcentrismo* surge cuando un estudio, análisis o investigación parte exclusivamente desde una perspectiva masculina y la presenta como una cuestión central a la experiencia humana. De este modo, en sus formas extremas podría implicar el repudio a lo femenino (misoginia) o la invisibilización de la experiencia femenina (ginopia). En el ámbito jurídico, puede verse cuando una ley es aprobada partiendo únicamente de una necesidad masculina o incluso cuando se aprueban normas que buscan “proteger” a la mujer pero parten de la necesidad masculina de que la mujer siga manteniéndose en determinados roles.

Por su parte, la *sobregeneralización* se da cuando un estudio analiza solamente una conducta del sexo masculino pero presenta sus resultados como universalmente válidos para ambos sexos, cuestión que sucede en diversos campos de estudios. Facio ejemplifica esta situación con la propia evolución de los derechos humanos, ya que a juicio de la autora esta se produjo con los siguientes rasgos:

(...) sin tomar en cuenta que muchos de ellos fueron promulgados o conceptualizados cuando solo podían ser gozados por el sexo masculino, lo que hace muy difícil saber si todos son igualmente válidos para ambos sexos, o si para la mujer la historia de los derechos humanos representa realmente una evolución (Facio, 1992, pág. 86).

Por el contrario, la *sobreespecificidad* consiste en mostrar una determinada necesidad, actitud o interés como específica de un sexo, generalmente el femenino, cuando en realidad es compartida por ambos.

En el caso de la *insensibilidad al género* se desarrolla cuando se ignora las variables sexo y género como cuestiones socialmente válidas e importantes. Si bien puede compartir similitudes con el androcentrismo, también es posible que la insensibilidad se produzca por ignorancia. De este modo, podemos estar frente a una norma que, incluso cuando busque proteger a las mujeres, sea insensible a su género, como por ejemplo

una norma que amplíe la licencia por maternidad sin tomar medidas accesorias para garantizar que esto no afecte el acceso de las mujeres al mercado laboral.

El *doble parámetro* surge cuando una misma conducta o situación es valorada con distintos parámetros para uno u otro sexo. Aunque de acuerdo a Facio este no es tan evidente en textos legales, puede ser vista, por ejemplo, al analizar un caso de tutela de menores de edad cuando, en ciertos casos, el o la operadora judicial considera que el trabajar constantemente para perseguir metas laborales en desmedro de la vida familiar es aceptable y deseable en el sexo masculino porque representan sus esfuerzos por proveer mejor a su familia; mientras que la misma conducta en el sexo femenino representa una maternidad descuidada, que merece cuando menos una crítica, sino una sanción a nivel jurídico.

El caso del *deber ser para cada sexo* se manifiesta a través de la consideración de que hay conductas que son características o más apropiadas para un sexo en específico. Esto puede observarse por ejemplo en el art. 24<sup>3</sup> del Código Civil peruano, que consagra el “derecho” de las mujeres de llevar el apellido del esposo, consolidando la idea de que es una conducta típicamente femenina que incluso denotaría posesión.

Por su parte, el *dicotomismo sexual* implica el trato a los sexos como si fueran completamente opuestos y no compartieran semejanzas. Dicha dicotomía, además, es jerarquizada, pues se le otorga mayor valor a las características “masculinas”. En esa línea, Facio sostiene que el fenómeno jurídico “responde perfectamente al lado masculino del dualismo”, en tanto el Derecho -al igual que los hombres- es considerado racional, objetivo, científico y “universal”. Finalmente, el *familismo* implica concebir a la mujer exclusivamente desde su rol familiar e identificarla como tal sin distinguir sus necesidades como persona.

Con ello, es imposible negar que el Derecho ha sido ajeno a la discriminación estructural que gobierna las relaciones entre sexos. Así, teniendo en cuenta que el género es un “elemento constitutivo de las relaciones sociales y de las relaciones significantes de poder” (Ávila Santamaría, 2009, pág. xv) a partir del cual se establece una jerarquía entre lo “femenino” y lo “masculino”, y que el Derecho, al menos desde la teoría crítica,

---

<sup>3</sup> Artículo 24.- Derecho de la mujer a llevar el apellido del marido

La mujer tiene derecho a llevar el apellido del marido agregado al suyo y a conservarlo mientras no contraiga nuevo matrimonio. Cesa tal derecho en caso de divorcio o nulidad de matrimonio.

Tratándose de separación de cuerpos, la mujer conserva su derecho a llevar el apellido del marido. En caso de controversia resuelve el juez.

no es solo normatividad, sino también discurso y práctica social (Ruiz, 2009); resulta inevitable que este termine reproduciendo -y desde cierta perspectiva, construyendo- patrones que refuerzan dicha jerarquía.

Teniendo esto en consideración, los feminismos no han sido ajenos a este problema:

“El debate abierto por la crítica feminista al Derecho como producto e instrumento del poder masculino aborda tanto sus contenidos como su naturaleza y la utilidad de recurrir a él. En este sentido, el pensamiento feminista sobre el derecho va desde las reformas concretas a la construcción de una teoría jurídica crítica que permita, al reanalizar los distintos conceptos, ramas y educación jurídica, evitar que el derecho sea un instrumento de subordinación y opresión” (Fries & Lacramette, 2013, pág. 51).

En esta línea, desde los movimientos feministas se ha consolidado una relación compleja con el Derecho. Por un lado, se han planteado posiciones críticas que lo conciben como una herramienta de opresión derivada del sistema patriarcal. Por el otro, se lo ha contemplado, en muchos casos, como una herramienta para canalizar transformaciones en pos de la igualdad entre hombres y mujeres (Fiss, 1993, pág. 319).

Respecto al primer punto, es posible señalar que, como parte de la postura crítica hacia el Derecho, los feminismos han tenido un aporte bastante sólido al plantear una crítica hacia instituciones jurídicas determinadas (Jaramillo I. C., 2018, pág. 123). Esta crítica se ha centrado, en un primer momento, en las normas que, explícitamente, excluían a las mujeres como destinatarias de ciertos derechos o brindaban un trato diferenciado favorable a los hombres. El objetivo fue entonces reformar las normas para que estas puedan fomentar una situación de igualdad. De este modo, en un primer momento se apostó porque las barreras formales que impedían el tratamiento igualitario de hombres y mujeres en el plano jurídico fueran superadas a través de reformas legales que procuren incorporar una perspectiva de género -y normas alineadas a ella- en los ordenamientos.

Las posiciones de esta manifestación del feminismo crítico con el Derecho, en gran medida, se encuentran alineadas a los feminismos de la igualdad, que apostaron por introducir reformas legales que permitan consolidar afirmativamente el acceso de las mujeres a sus derechos en la misma condición de los hombres y erradicar normas que restringieran su acceso a determinados derechos como el voto, asumir cargos públicos, heredar propiedades, entre otros (Elkayam-Levy, 2021, pág. 449). Como fue establecido previamente, el punto de partida de su planteamiento reafirmaba que los derechos son

universales y deben ser ejercidos, en igualdad de condiciones, tanto por mujeres como por hombres.

En esa línea, teniendo en cuenta que las sociedades modernas podrían ser calificadas como “implícitamente patriarcales” (Facio & Fries, 2005) y que dicho rasgo se manifiesta a través de dos cursos de acción en las legislaciones: el no reconocimiento, por completo, de los derechos de las mujeres; y, el reconocimiento únicamente desde su rol reproductivo; la finalidad principal de este reformismo es la erradicación de los roles de género en las legislaciones y la eliminación de barreras que impidieran a las mujeres ejercer algunos derechos. En esa línea, otra de las grandes críticas hacia instituciones jurídicas estuvieron vinculadas a la penalización del aborto; y la autonomía reproductiva; la participación política; y reformas en cuanto al acceso a los derechos sociales.

Sin embargo, con el pasar de los años, se hizo cada vez más evidente que un enfoque reformista no bastaba para hacer que el Derecho garantice una condición de igualdad de las mujeres frente a los hombres. Desde los feminismos de la diferencia (concretamente, desde el feminismo radical), por ejemplo, se sostuvo, con respecto al plano jurídico, que “la diferencia sexual ha significado la desigualdad legal en perjuicio de las mujeres” (Facio & Fries, 2005). En base a ello, se plantearon diversas críticas en relación al derecho de familia; y se sostuvo una lucha por la consolidación de un esquema de derechos especiales que reproduzcan el punto de vista particular de las mujeres.

De esta manera, se señala que aunque la diferencia biológica es fáctica, el patriarcado corresponde a una realidad histórica que puede variar (Balaguer, 2005). Empleando así el género como categoría analítica, se propuso deconstruirlo en tanto producto histórico y social, y revelar su influencia en el establecimiento de diferencias entre sexos fijadas en términos de desigualdades jurídicas y en el ejercicio masculino del poder (Fries & Lacrampette, 2013, pág. 51)

Precisamente, esto último se vincula al segundo desarrollo de los feminismos críticos con el Derecho. Desde esta segunda perspectiva, se plantea una crítica a los postulados y fundamentos del Derecho, tomando una postura que busca el análisis de la propia teoría del Derecho y el planteamiento de una posible teoría jurídica feminista. Bajo este marco, de acuerdo a Jaramillo (2018) se han consolidado dos nociones centrales. En primer lugar, tal como fue expresado previamente, se recoge que el Derecho, al ser parte integral de una sociedad patriarcal, ha sido desarrollado desde un punto de vista

predominantemente masculino y, por este motivo, recoge y protege exclusivamente sus intereses. En segundo lugar, se aborda el hecho de que, aun cuando el Derecho recoja los intereses y puntos de vista femeninos, las instituciones jurídicas y los operadores de justicia, moldeados también dentro de sociedad patriarcal, terminan por definir y producir una situación desfavorable para las mujeres.

En este contexto, pueden insertarse los desarrollos teóricos de Frances Olsen, quien planteó la existencia de un sistema de dualismos que mantiene tres características relevantes:

“(…) primero, los dualismos están sexualizados: un término de cada dualismo se considera masculino y otro femenino; segundo, los términos del dualismo no son iguales entre sí, sino que constituyen una jerarquía: el término “masculino” es considerado superior; tercero, el Derecho se identifica con el lado masculino de los dualismos. En consecuencia, las características que se adscriben al derecho son la racionalidad, objetividad, abstracción y universalidad” (Fries & Lacrampette, 2013, pág. 51).

Así, desde esta perspectiva crítica del Derecho se postula la concepción de que las instituciones jurídicas -entendidas como constituciones, normas, legislaciones, precedentes y jurisprudencia- han sido diseñadas por quienes ostentan poder en la sociedad: hombres. De esta forma,

“(…) se puede utilizar el pensamiento feminista para visibilizar la estructura de derecho, históricamente condicionada a la parcialidad por haber tomado como modelo de sujeto de derechos y obligaciones al sexo masculino (...) Los conceptos en abstracto de justicia, igualdad, libertad, solidaridad, etc. no son en sí androcéntricos, el problema está en el significado y aplicación que los hombres les han dado a esos valores” (Facio & Fries, 2005, pág. 294)

En otras palabras, se consolida la idea de que la ley -constructo hecho por hombres- aparentemente objetiva, termina por reflejar las situaciones de desigualdad presentes en la sociedad y produce situaciones en las que se mengua la calidad de sujeto de derecho de las mujeres. Precisamente, con respecto al Derecho, es posible afirmar que, al ser un sistema normativo, contribuye al “disciplinamiento” de género de forma diferenciada para hombres y mujeres, sometiendo a estas últimas en el campo de las relaciones sexuales, sociales y económicas (Facio & Fries, 2005).

Este nuevo enfoque han implicado el replanteamiento de varios de sus paradigmas y el descubrimiento de una visión androcentrista en la creación y regulación de instituciones jurídicas. En esa línea, para autoras como Facio y Fries (2005), y (Mackinnon, Hacia una teoría feminista del Derecho, 1993), persisten regulaciones que, invisibilizando el

dominio masculino, otorgan el poder político, económico y sexual a los hombres; consolidando a su vez una convivencia basada en la violencia y el temor.

En concreto, Mackinnon sostiene que el “poder social” que evidencia las jerarquías entre hombres y mujeres, es empleado por el Estado liberal en y como ley con dos efectos particulares: la ley se hace legítima y el “dominio social” se vuelve invisible (Mackinnon, 1995, pág. 428). Partiendo de este punto de vista, la consecuencia de estos dos efectos es que la perspectiva masculina se hace “norma” y esta norma, en lugar de reflejar este posicionamiento y la jerarquía que esconde, lo presenta como lo “neutro” o lo “racional”. El efecto para las mujeres es brutal no solo porque el Derecho no refleja sus intereses, necesidades o perspectivas particulares sino también porque existen disposiciones que vulneran directamente sus derechos y son presentadas como el status quo o incluso el “deber ser” jurídico.

Por otro lado, se plantea el problema de que, aún cuando las necesidades y perspectivas particulares de las mujeres fueran recogidas por el Derecho, tanto sus instituciones como sus operadores finalmente llevarán a cabo acciones contrarias a sus intereses en tanto han sido determinados también por el sistema patriarcal.

Ante este contexto, la crítica feminista, enfocada en el ámbito jurídico, ha buscado consolidar “transformaciones democratizadoras” que permitan evidenciar este sometimiento y mejorar la situación de las mujeres, permitiendo el ejercicio pleno de sus derechos en igualdad. De esta manera, se han desarrollado teorías feministas jurídicas con más de una manifestación (Jaramillo I. C., 2018).

Finalmente, además de la crítica teórica del Derecho feminista, también se han desarrollado posturas que consideran que es posible trabajar dentro del campo del propio Derecho y emplearlo como una herramienta útil para alcanzar y consolidar los fines de igualdad detrás de los compromisos políticos feministas.

De este modo, la tercera manifestación del vínculo entre feminismos y Derecho se enfoca en el desarrollo de algunos métodos jurídicos feministas. Una de las autoras que más resalta en relación a ellos fue Katharine Bartlett (1990), quien planteó tres métodos relevantes para un análisis feminista del Derecho a ser empleado por abogados y académicos: la pregunta por la mujer, el razonamiento práctico feminista y la creación de conciencia.

En relación a la pregunta por la mujer, esta implica, al encontrarse frente a un caso, plantearse un cuestionamiento relativo a las consecuencias prácticas que la diferenciación de géneros puede producir en una situación tras la aplicación de normas jurídicas en apariencia neutrales. Así también, invita a la relectura de normas jurídicas para descubrir y evidenciar los intereses y puntos de vista femeninos que pueden haber quedado al margen al momento de su promulgación.

Por su parte el razonamiento práctico feminista invita a un razonamiento contextual y tópico para percibir detalles y hechos del caso que suelen ser dejados de lado en un razonamiento abstracto, que se centra en la subsunción de una determinada situación a una regla ya dada. El objetivo es visibilizar características que permitan decisiones legales más sensibles a los problemas de la mujer.

Finalmente, la creación de conciencia requiere una creación e identificación colectiva con las experiencias de las mujeres más allá de la propia experiencia vivida. La aplicación de este método sería la base para poder plantear adecuadamente la pregunta por la mujer y el razonamiento práctico feminista, por lo que es considerado por Bartlett como un meta-método.

La aplicación correcta de estos tres métodos apunta, de acuerdo a Bartlett, a lo que ella denomina como “posicionamiento”:

“La postura posicional reconoce la existencia de verdades, valores y conocimiento empíricos, así como sus contingencias. Por lo tanto, provee una base para el compromiso y la acción política feministas, pero ve estos compromisos como provisionales y sujetos a una mayor evaluación y revisión críticas” (Bartlett, 1990, pág. 27).

Este planteamiento nos habla de una objetividad posible, pero parcial y transicional, que debe ser contemplada por los feminismos para, a través de un proceso crítico y transformador, concebir un Derecho que realmente exprese sus ideales.

Otra autora que ha planteado una metodología para el análisis del género en el fenómeno legal es Alda Facio, que propuso seis pasos -no necesariamente aplicables en ese orden- con el objetivo de evidenciar cómo se ha conceptualizado el propio fenómeno jurídico y de dar importancia a hechos que, tradicionalmente, no han sido considerados como jurídicamente relevantes (Facio, 1992). Estos seis pasos son los siguientes:

1. Tomar conciencia de la subordinación del sexo femenino en forma personal



2. Identificar las distintas formas en que se manifiesta el sexismo en el texto, tales como el androcentrismo, el dicotomismo sexual, la insensibilidad al género, la sobregeneralización, la sobre especificidad, el doble parámetro, el familismo, etc., que fueron detallados previamente.
3. Identificar cuál es la mujer que en forma visible o invisible está en el texto; si es la mujer blanca, la mujer casada, la mujer pobre, etc., es decir, cuál es la mujer que se está contemplando como paradigma de ser humano y desde ahí, analizar cuál o cuáles son sus efectos en las mujeres de distintos sectores, clases, razas, etnias, creencias, orientaciones sexuales, etc.
4. Identificar cuál es la concepción de mujer que sirve de sustento al texto, es decir, si es solo la mujer-madre, o la mujer-familia o la mujer sólo en cuanto se asemeja al hombre, etc.
5. Analizar el texto tomando en cuenta la influencia de y los efectos en los otros componentes del fenómeno legal
6. Ampliar la toma de conciencia de lo que es el sexismo y colectivizarla. Este es también el primer paso, porque para interesarse en esta metodología primero hay que tomar conciencia del sexismo (Facio, 1992, págs. 12-13)

El primer paso, de acuerdo a la autora, permite resignificar una experiencia individual y personal de sumisión para comprender una experiencia colectiva y política de opresión. Dicho tránsito, permite cuestionar toda estructura e institución aparentemente neutral, pero con fundación patriarcal: y ampliar las perspectivas respecto al posicionamiento del hombre y lo masculino como parámetro de lo humano. El segundo paso, por su parte, conlleva a entender las múltiples manifestaciones del sexismo, que fueron explicadas previamente.

El tercer paso consiste en tener presente las diferencias entre las mujeres y las diferentes cuotas de acceso al poder que podemos tener dependiendo de otras categorías como raza, clase, edad, etnia, orientación sexual, etc. En base a este, no basta con cuestionar la neutralidad de una norma en términos de sexo, sino que es necesario identificar la mujer que vincula a esta norma, con lo que frente a un texto legal cabría preguntarse a qué mujeres excluye, a cuáles privilegia, como afecta a determinados grupos de mujeres, entre otros.

El cuarto paso apunta a descubrir la concepción de mujer que está detrás de un determinado texto: si es que es la mujer-madre, la mujer-reproductora, la mujer-objeto sexual o la mujer-persona. De este modo, se cuestiona la identificación de la mujer con determinados roles y la invisibilización de sus necesidades particulares como persona

más allá del ámbito familiar o reproductivo. Incluso, de acuerdo a Facio, a partir de este paso se verifica cómo las necesidades de los hombres son percibidas como necesidades de toda la especie, mientras que las necesidades de las mujeres son percibidas como necesidades de un grupo determinado que deben ser atendidas desde un enfoque de protección, ya que se las considera seres inferiores.

En la aplicación de este paso, es posible encontrar, primero, textos que, en apariencia, otorgan un derecho a las mujeres. Frente a ello, cabría cuestionarse respecto a las razones objetivas para otorgar ese derecho solo a mujeres y si es que también sería necesario para hombres; si es que se está identificando a mujer con familia; a quién le conviene que se especifique el sexo a quien va dirigido este derecho; si beneficia verdaderamente a la mujer y, de ser así, cómo se lograría este mismo beneficio sin esta "protección". También es posible encontrar medidas que prohíban a las mujeres realizar determinadas acciones, con lo que cabría cuestionarse si estas están justificadas; si perjudican a la mujer; si no hay otra manera de lograr el fin que persiguen sin discriminar a la mujer; etc.

Asimismo, hay disposiciones que se refieren a ambos sexos o son aparentemente de género neutro pero también pueden caer en el familismo; con ello, cabría preguntarse si tras su aplicación los efectos para hombres y mujeres son los mismos, y si lo son, quién gana al no explicitarse el sexo del sujeto de derecho u obligaciones. Finalmente, en el caso de textos que imponen obligaciones exclusivamente a hombres, es preciso reflexionar en torno a las razones para ello, y si es que estas obligaciones implican un mayor poder sobre las personas con las cuales se tiene dicha obligación.

El quinto paso, por su parte, está vinculado a entender el Derecho de forma integral, superando el componente formal normativo, e incorporando al análisis sus componentes político-cultural y estructural. De esta manera, en relación al componente político cultural cabe plantearse quiénes redactaron la norma; si participaron mujeres en el proceso y si estas estaban comprometidas con la eliminación de la discriminación contra la mujer; que objetivos tienen para cambiar el estado actual a partir de esa ley; a quién se busca proteger y qué privilegios se busca mantener; si es que se ha escrito desde la doctrina jurídica sobre la conducta que se pretende regular; qué dice la doctrina jurídica en tendencia respecto a esta; si hay contradicciones frente a ello; cómo es la actitud de la gente frente a la conducta que se pretende regular; cómo se diferencian los hombres y las mujeres al respecto; se ha incorporado lo que las mujeres piensan en relación a esta

conducta; si existen otro tipo de normas o reglas sociales que regulan esta conducta, entre otras.

Por su parte, en relación al componente estructural, cabría plantearse, con respecto a quienes van a interpretar y aplicar la ley, quiénes son; cuál ha sido su posición pasada frente a la conducta que se piensa regular; qué actitudes tienen frente al sexismo; qué procedimientos existen para la interpretación de esa ley; qué condiciones materiales hay para vigencia y efectividad; y si es que la norma prevee las dificultades que enfrentan las mujeres para el acceso a la justicia.

En el caso del componente formal normativo; deberíamos cuestionarnos si es que es verdaderamente un derecho lo que se está otorgando, por qué se le otorga solo a la mujer; qué estereotipos se refuerzan con este derecho; quién es el paradigma del sujeto de obligaciones y derechos que otorga esta ley; qué otras leyes regulan esta conducta; entre otras.

El sexto y último paso busca colectivizar y socializar el análisis a distintos grupos de mujeres para evitar la exclusión de algún sector, grupo o clase de mujeres. De este modo, se busca una articulación que amplíe la propia experiencia y permita teorizar sobre las mismas para retomar nuevamente el proceso de análisis.

## 1.2. Crítica feminista al Derecho Internacional de los Derechos Humanos

La crítica feminista aplicada al campo del Derecho Internacional es medianamente reciente. De hecho, hasta 1990 tanto los feminismos como la teoría feminista parecían no tener cabida en esta área del Derecho en tanto los actores primarios -Estados- eran entendidos como “gender free” y sus conceptos e instituciones principales inmunes o disociados a los requerimientos feministas (Elkayam-Levy, 2021, pág. 439). Sin embargo, la situación con el DIDH ha sido medianamente distinta.

Desde su surgimiento a mitad del s. XX, el DIDH ha sido una rama del Derecho Internacional con una vocación de protección de los derechos de los individuos frente a excesos que se pudieran cometer contra ellos desde el poder estatal (Lacrapette & Lagos, 2013, pág. 69). De este modo, los derechos humanos desafían el alcance tradicional del Derecho Internacional pues posibilitan el acceso de individuos o grupos

al sistema jurídico internacional, que anteriormente estaba reservado exclusivamente a los Estados (Charlesworth, 1997, pág. 55).

Bajo este objetivo, uno de los pilares claves en el desarrollo de esta área del Derecho ha sido el principio de no discriminación, que ha sido incluido en la mayoría de sus instrumentos y es una directriz para la actuación de sus órganos. Este principio ha guiado la ruta del DIDH para apuntar a garantizar la igualdad en el goce de derechos sin ningún tipo de diferenciación entre individuos, incluyendo la diferencia de género. Además, en relación a la situación de las mujeres, desde el DIDH se han dado diversos hitos que han contribuido a visibilizar las distintas experiencias que las involucran.

Uno de estos hitos fue la adopción de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) en 1979. De acuerdo a Facio, la CEDAW es el primer instrumento internacional que incluye todos los derechos humanos de las mujeres, ya sea implícita o explícitamente, en tanto prohíbe todas las formas de discriminación por razón de sexo en distintas esferas de la vida. Además, para esta autora también es el primero que “amplía la responsabilidad estatal a actos que cometen personas privadas, empresas o instituciones no estatales u organizaciones no gubernamentales” (Facio, 1998).

Otro hito importante en este trayecto, aunque en el ámbito interamericano, es la constitución de la Comisión Interamericana de Mujeres (CMI) en 1928, que fue el primer órgano intergubernamental creado con el objetivo de asegurar los derechos humanos de las mujeres. Inicialmente, la CMI estuvo encargada de preparar la información jurídica y de cualquier otra naturaleza que pueda considerarse conveniente para abordar el estudio de la igualdad civil y política de la mujer en América (Lacramette & Lagos, 2013, pág. 103).

Posteriormente, en el marco de trabajo de la CMI, en 1948, se aprobaron la Convención Interamericana sobre concesión de los derechos políticos a la mujer, que aseguraba que el derecho al voto y/o a ser elegido para un cargo público no permitiera restricciones en base a sexo; y la Convención Interamericana sobre concesión de los derechos civiles a la mujer, que establecía que los Estados debían otorgar a la mujer los derechos civiles de los que goza el hombre. Asimismo, el marco de trabajo desarrollado por la CMI en décadas posteriores le permitió detectar un vacío en la CEDAW en relación a la violencia de género, con lo que en los años siguientes adoptó la Declaración sobre la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, en 1990, y posteriormente, la Convención

Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención Belem do Pará), que entró en vigor en 1995.

La Convención Belem do Pará es uno de los instrumentos más relevantes en el sistema interamericano en la medida en que reconoce que la violencia contra la mujer es una expresión de las desigualdades entre hombres y mujeres desarrolladas en un marco de relaciones de poder; y que esta constituye una violación a sus derechos humanos. Además, este instrumento impone a los Estados la obligación de adoptar políticas, normas o medidas de otra índole para prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra las mujeres; mientras que reafirma que el Estado no solo asumiría responsabilidad por actividades de sus agentes que impliquen vulneraciones a los derechos humanos, sino que también podrían ser responsabilizados por actuaciones de actores privados.

No obstante, a pesar de los desarrollos referidos y los esfuerzos por respetar y garantizar los derechos de las mujeres, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no ha logrado transformar el marco de opresión vivido por este sector de la población. Esto responde, por un lado, a que la implementación de principios como el de no discriminación en instrumentos generales no garantiza que se tomen en cuenta las necesidades y experiencias de las mujeres si es que la construcción de los diversos instrumentos que lo contenían sigue siendo androcéntrica (Facio, 1998).

Por otro lado, la promulgación de instrumentos específicos, que tienen como foco central la protección de los derechos de las mujeres, también resulta insuficiente si es que estos parten de visiones estereotipadas y esencialistas, que contribuyen a la marginalización de las mujeres y a la perpetuación de un sistema de opresión por género. Además, desde ciertas posturas el hecho de contar con instrumentos específicos para la protección de los derechos de las mujeres no hace más que favorecer la interpretación restrictiva de instrumentos generales de derechos humanos y refuerza la idea de que los derechos de las mujeres están por fuera de los mismos (Ramírez Huaroto & Llaja Villena, 2011, pág. 11).

Frente a este panorama, los feminismos jurídicos, a la hora de plantear diversas críticas legales feministas, han resaltado algunas falencias en el campo del DIDH. En general, la crítica parte de que su desarrollo se ha dado de manera parcial y androcéntrica, en la medida en que promete –y garantiza- mucho más a hombres que a mujeres porque en sus fundamentos predomina el punto de vista masculino (Charlesworth & Chinkin, 2017, pág. 37). Así, se han señalado, principalmente, tres características: la falsa

universalidad de los derechos humanos; el mantenimiento de la dicotomía de las esferas pública y privada; y la ausencia de mujeres en el desarrollo de instrumentos y estándares. Todos estos rasgos, que serán desarrollados a continuación, contribuyen a que el DIDH no contemple integralmente las necesidades de las mujeres.

### 1.2.1. La falsa universalidad de los derechos humanos

Una de las características del DIDH es su universalidad. Esta está bastante ligada al principio de no discriminación e indica que las personas tienen derechos humanos por el hecho de ser seres humanos (Fernandez, 2013, pág. 114). Asimismo, esta característica puede ser entendida bajo dos acepciones: por un lado, está vinculada a los sujetos, en tanto postula que los derechos son para “todos” los seres humanos; y, por otro, está relacionada a los propios derechos, en tanto “todos” ellos son garantizados para todos (Iriarte, 2018, pág. 62).

Sin embargo, esta “universalidad” ha sido puesta en tela de juicio desde visiones antiliberalistas, antioccidentalistas y, por su puesto, feministas. Para comprender esta afirmación, es preciso tener en cuenta que los derechos humanos no son parámetros inmutables. Por el contrario, son construcciones socio-culturales desarrolladas en un contexto determinado, como la tradición clásica liberal y occidental (Fries & Lacrampette, 2013, pág. 55). Esto explica que responda a discursos y corrientes específicas que no necesariamente son las más adecuadas para garantizar los derechos de grupos con necesidades particulares o que no ostentan las mayores cuotas de poder en esos contextos determinados, entre ellos, las mujeres.

Para algunas autoras, como (Iriarte, 2018) el que el DIDH no haya podido configurar, relamente, una situación de cambio en beneficio de las mujeres, obedece a que este ha incorporado, sin ningún planteamiento crítico, la noción de sujeto abstracto abordada por el constitucionalismo. En esa línea, Iriarte sostiene que el modelo jurídico constitucionalista, regente en la actualidad como herencia del racionalismo, ha sido construido sobre nociones abstractas, como la de un sujeto político-persona moral titular de derechos. Este sujeto político debía ser racional, libre y soberano de sí mismo, con lo que, en el contexto de la Modernidad, implicaba ser varón, libre, adulto, letrado y con patrimonio; por ello, las primeras constituciones reservaban derechos para quienes cumplían con ser considerados ciudadanos (Iriarte, 2018, págs. 57-58).

Si bien posteriormente se plantearon una serie de reformas para ampliar la noción de ciudadano y mejorar la condición de la mujer, estas transformaciones fueron planteadas sin modificar la estructura social que demarcó una división entre el rol de mujer y hombre en la sociedad (Iriarte, 2018, pág. 58). Como consecuencia, podría plantearse que, en la actualidad, si bien la mujer ha adquirido el rol de ciudadana, sobre todo en la sociedad política y económica, en realidad el propio sistema jurídico moderno no llega a abarcar su subjetividad y, más bien, le otorga igualdad siempre que se acerque a los conceptos clásicos de racionalidad, libertad y soberanía. E incluso, aún cuando reconoce sus derechos, no son planteados en clave de ciudadanía sino por ser una excepción a la normalidad que, vista a partir de una mirada condescendiente, merece ser tutelada.

Esta noción de sujeto del constitucionalismo resulta problemática en tanto

“(…) significa ignorar la condición sexuada de los sujetos, cuyas vivencias y realidades están determinadas por la construcción de género. Esto, por su parte, supone invisibilizar las diferencias y subordinación, consolidando y validando las estructuras del sistema sexo género y ocultando, además, el conflicto social fundado en la diferencia sexual” (Iriarte, 2018, pág. 60).

Ahora bien, para Iriarte, el desarrollo del DIDH ha seguido una continuidad teórico-normativa desde el racionalismo y constitucionalismo (2018, pág. 62). Esto ha originado que base sus planteamientos en el ser humano “universal”, categoría derivada del sujeto político neutral. Como consecuencia, a pesar de que con el paso del tiempo se han consolidado diversos instrumentos y órganos que abogan por la no discriminación hacia las mujeres -como fue expresado previamente- y han recogido diversas luchas feministas, en realidad su enfoque, alineado al feminismo liberal, parte de eliminar cualquier rasgo de discriminación en el acceso a derechos en comparación con sus pares varones. El problema es que este conjunto de derechos reconocidos de carácter “universal” responde también a este “sujeto universal”.

En otras palabras, al no haber planteado una postura crítica respecto a la construcción del sujeto universal titular de todos los derechos, sino más bien adoptar este sujeto preexistente del racionalismo; las contribuciones tempranas del DIDH para mejorar la situación de las mujeres terminan por buscar una equiparación a un “neutro” androcéntrico y dejando de lado las situaciones particulares que afrontan las mujeres.

Incluso, si bien instrumentos específicos como la CEDAW o la Convención Belém do Pará plantearon especificidades en términos de derechos, no han quebrado totalmente con esta raíz androcéntrica que postula un falso universal y que a la vez presenta

“sujetos sesgados y descontextualizados”. Y esto puede verse reflejado en la escasa efectividad con la que estos instrumentos recogen las necesidades de mujeres diversas, como mujeres racializadas, mujeres trans, mujeres indígenas, mujeres pobres, mujeres migrantes, entre otros.

De hecho, tal como postula el feminismo posmoderno, incluso la inclusión de categorías genéricas como “mujeres” en dichos instrumentos mantiene esta corriente de vocación universalista que, en apariencia, engloba al “sujeto” mujeres para combatir su situación de discriminación, pero en realidad, a partir de esta definición tan “global” o “universal”, no hace más que perpetrar diversos estados de subordinación. Retomando lo postulado por Oloka-Onyango y Tamale (1995), podría plantearse que la escasa presencia de experiencias locales en instrumentos de vocación universal contribuye a que la interrelación entre las experiencias de opresión a nivel local y las dinámicas del plano internacional se perpetúe.

Incluso, en un reciente estudio que implicó un análisis cuantitativo y cualitativo del uso de las nociones “patriarcado” y “patriarcal” por parte de los órganos del sistema universal de protección de los derechos humanos, se hallaron algunas conclusiones interesantes como el hecho de que el Comité CEDAW emplee frecuente y preponderantemente el término “patriarcal” asociado al artículo 5.A de la CEDAW<sup>4</sup>, remarcando la necesidad de erradicar “actitudes patriarcales” (Mudgway, 2021). Dichas actitudes patriarcales suelen aparecer referidas respecto a prácticas dañinas para los derechos de las mujeres vinculadas a tradiciones culturales y religiosas. A juicio de la autora, este tipo de uso implica una noción de patriarcado simple, limitada a denunciar la subordinación femenina y que coloca a la mujer, especialmente del sur global, en un rol sin agencia y víctima de su propia cultura (2021, pág. 81).

En ese sentido, teniendo esta crítica en cuenta, el problema central con esta falsa universalidad va más allá de no recoger derechos vinculados a quienes quedan fuera del ideal de este sujeto racional y neutro en el DIDH. Otra de las grandes consecuencias es que, además, presenta el discurso recogido como universalmente válido y correcto.

---

<sup>4</sup> “Artículo 5

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres (...).”



En palabras de Charlesworth:

“El problema fundamental que enfrentan las mujeres en todo el mundo no es el trato discriminatorio en relación con los hombres, aunque ello es una manifestación del problema mayor. Las mujeres están en una posición inferior debido a que no tienen poder real ni en el mundo público ni en el privado, y el derecho internacional de los derechos humanos, al igual que muchas construcciones jurídicas, económicas, sociales y culturales, refuerza esta falta de poder” (1997, pág. 57).

De este modo, el punto controvertido no radica tan solo en postular una falsa universalidad en el discurso del DIDH por no reconocer a las mujeres – o a otras categorías- los mismos derechos que son reconocidos para los hombres (aunque, esto también es prioritario). Adicionalmente a ello, es preciso señalar que esta falsa universalidad desde el DIDH, al presentar un aparente “neutro” como válido, contribuye a la perpetuación de situaciones de desigualdad en que las mujeres i) no son valoradas de igual forma en la sociedad y ii) no tienen acceso efectivo al poder, salvo en los casos en los que se acercan a este ideal de aparente “neutro” propuesto desde el Derecho, que puede ser leído como un neutro masculinizado pero también como el de un determinado tipo de mujer bastante cercana a ese neutro.

#### 1.2.2. La dicotomía y jerarquización entre la esfera pública y privada

La dicotomía entre la esfera pública y privada también puede ser entendida como otra herencia del proceso de liberación del individuo desarrollado, en tanto es un fundamento básico de la filosofía política y jurídica occidental. En esa línea, Iriarte, citando a Ferrajoli, ha sostenido que la afirmación de la libertad del individuo, surgida a raíz de procesos como la ilustración, tuvo un correlato en la afirmación de su potestad dentro de la esfera privada familiar, que fue excluida del debate racional sobre justicia, de la esfera política y, en general, del espacio público (Iriarte, 2018, págs. 60-61).

De esta manera, se clasificaba a la esfera pública como el marco de la racionalidad, orden y autoridad política, y precisamente ahí eran realizadas actividades políticas y jurídicas. Por su parte, la esfera privada, donde destacaban el ámbito doméstico y familiar, no era limitada bajo ningún tipo de reglamentación (Charlesworth, 1997, pág. 65).

Tomando en cuenta la separación de ambas esferas de una manera acrítica, podría plantearse que, en términos neutros, esta desplegaría los mismos efectos tanto en hombres como mujeres, en la medida en que en ambos casos el principal foco de actuación del Derecho estaría sobre los aspectos concernientes a la esfera pública. No

obstante, un análisis crítico de género revela que, teniendo en cuenta el contexto socio cultural, sobre todo de cuando se inició con el planteamiento del liberalismo, donde las actividades de las mujeres se desarrollaban en el marco de la esfera privada, esta partición en el ámbito jurídico deja en desprotección una parte importante de la vida de las mujeres.

De hecho, para autoras como Charlesworth, a partir de algunos estudios antropológicos a sociedades no occidentales, es posible concluir que lo que está detrás de esta separación de esferas no son precisamente las actividades que las componen, sino una jerarquía basada en el género:

“Lo que es importante observar universalmente es que no es la actividad lo que caracteriza lo público y lo privado, sino el actor: esto es, la subordinación de la mujer ante el hombre está mediada por la dicotomía entre lo público y lo privado. Lo que es ‘público’ en una sociedad bien puede ser ‘privado’ en otra, pero las actividades de las mujeres son consistentemente devaluadas al ser concebidas como privadas” (1997, pág. 66).

Aunque posiciones como la referida podrían parecer radicales, en tanto las razones fundamentales de la separación entre ambas esferas responden a cuestiones históricas que también están vinculadas a la protección del individuo frente al poder de la autoridad, sí parece factible señalar que la segmentación entre esferas solo ha contribuido al reforzamiento de estereotipos y a la marginalización de las mujeres al ámbito privado. La contracara es la consolidación de una distinción normativa que otorga mayor significado y poder al mundo público y masculino (Charlesworth, 1997, pág. 65).

Autoras como Charlesworth y Chinkin han dado cuenta de que el Derecho Internacional en el que está inmerso el DIDH también plantea, en un primer nivel, una dicotomía similar entre espacios públicos, destinados a las cuestiones internacionales, y privados, ubicados dentro de la jurisdicción interna de cada Estado. Pero además, dentro de las cuestiones internacionales también se mantiene, en un segundo nivel, una distinción adicional entre lo público y lo privado.

En este marco compuesto por dos niveles, tenemos, primero, que el Derecho Internacional –y también el DIDH- se concentra casi exclusivamente en las actuaciones públicas de los Estados, a quienes, en un primer momento, no se les atribuía ninguna responsabilidad internacional por las actividades “privadas” de actores no estatales bajo

su jurisdicción<sup>5</sup>. Para Charlesworth y Chinkin, el concepto de atribución utilizado en materia de responsabilidad del Estado ha sido, precisamente, un artificio para diferenciar actos “privados” de actos “públicos”. El problema concreto es que esta dicotomía tan básica tiene “implicancias trascendentales para las mujeres, cuya vida, por lo general general, se desarrolla fuera de la esfera del derecho internacional, incluso fuera del ámbito del derecho “privado” (doméstico)” (2017, pág. 38).

En ese sentido, la ausencia de regulación en las esferas privadas no supone una ausencia de control en términos de neutralidad, sino que más bien legitima situaciones de poder en el marco de vulneraciones a derechos humanos que se den en este ámbito.

Con respecto al segundo nivel, a juicio de las mismas autoras, los propios instrumentos del DIDH perpetúan la dicotomía pública/privada al reconocer derechos en base a intereses masculinos por obtener garantías frente a daños que suelen ocurrirles, por lo general, a ellos. Esto se evidencia, por ejemplo, en la primacía que históricamente se le otorgó a los derechos civiles y políticos, orientados a la protección de los hombres dentro de su vida pública y en el marco de sus relaciones con el Estado. En contraposición, los derechos económicos, sociales y culturales, que se enmarcan en la esfera privada (ámbito femenino), no han recibido la misma relevancia e incluso han sido definidos como obligaciones progresivas (Charlesworth & Chinkin, 2017, pág. 38).

Lógicamente, la inequidad no se produce a nivel manifiesto; es decir, si una mujer ve vulnerados sus derechos civiles y políticos, el DIDH no hace una distinción manifiesta ni tampoco va a impedir que esta busque una reparación frente a este hecho. Pero

---

<sup>5</sup> En tanto los Estados son los sujetos primarios o principales del Derecho Internacional, en el ámbito de la responsabilidad estatal internacional, tradicionalmente esta se estructura jurídicamente como una relación entre Estado a Estado e, incluso en el ámbito de la protección a individuos, era canalizada a partir del vínculo que cada uno mantenía con el Estado del cual era nacional (Carrillo Salcedo, 1995, págs. 14-15). Evidentemente, esta protección regía frente a actos ocurridos en otros Estados y que eran imputables a estos. A partir de la consolidación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo referido se tradujo en la determinación de la responsabilidad estatal por actos lesivos a derechos humanos de individuos que fueran cometidos por sus órganos, agentes, o personas o entidades que, aunque no sean del Estado, actúen ejerciendo atribuciones de poder público, bajo la dirección del mismo o en ausencia de este. Sin embargo, posteriormente, se admitió la posibilidad de que el Estado asumiera también responsabilidad estatal por actos de terceros en la medida en que no hubiera observado la debida diligencia y adoptado medidas para prevenir o reprimir dichos actos (Salmón, 2014, págs. 292-299). En paralelo, además, se han consolidado bases jurídicas para la responsabilidad de actores no estatales a nivel internacional como individuos, en el caso de crímenes internacionales; organizaciones internacionales; y, más recientemente, empresas, a partir de instrumentos como los Principios Rectores de Empresas y Derechos Humanos o los intentos de promulgar un Tratado en Empresas y Derechos Humanos en Naciones Unidas. De este modo, se ha establecido tanto a nivel universal como a nivel regional que los derechos humanos limitan la actuación incluso de actores particulares [para profundizar al respecto, puede verse (Salmón, La progresiva incorporación de las empresas en la lógica de los derechos humanos, 2016)]. Aun así, persisten ciertos retos para reclamar la responsabilidad directa de los Estados en la medida en que algunas obligaciones vinculadas a ella, como la obligación de reparar, siguen recayendo sobre el Estado.

tampoco brinda una atención específica frente a los perjuicios contra los cuales las mujeres necesitan mayor protección. Todo ello genera que resulte imprescindible la inclusión de la esfera privada en el ámbito de control del DIDH y, asimismo, el reconocimiento de derechos vinculados a actividades que, occidentalmente, han sido asociadas a las mujeres.

### 1.2.3. La ausencia de mujeres en el desarrollo del DIDH

Otra de las críticas recurrentes planteadas en el DIDH es la escasa –y en algunos casos, nula- presencia de mujeres en la elaboración de instrumentos, desarrollo de estándares y composición de órganos. En esta línea, Charlesworth y Chinkin han resaltado que la predominancia masculina en los espacios y foros internacionales de derechos humanos origina que la esencia del derecho internacional de los derechos humanos sea moldeada de conformidad con valores masculinos (2017, pág. 37).

En esa línea, la propia Charlesworth ha argumentado que “han existido, por lo tanto, pocos canales efectivos para llevar las voces, los intereses y las preocupaciones de las mujeres al centro del ruedo de elaboración de leyes sobre derechos humanos, y las mujeres se han mantenido en una esfera internacional marginada y especializada” (1997, pág. 60).

La consecuencia de este escenario, para autoras como Fries y Lacrampette, es precisamente la preservación de la división sexualizada de las esferas pública y privada; y que los instrumentos jurídicos actuales se definan en relación con los intereses masculinos, con una correspondiente predominancia de derechos civiles y políticos (2013, pág. 55).

Si bien la inclusión de mujeres en las dinámicas del DIDH no asegura romper con los esquemas de opresión que se mantienen en él, sí contribuye a tener una visión más variada y enriquecedora con relación a los problemas y experiencias que este grupo puede atravesar. Tal como afirma Elkayam-Levy:

“El hecho de que a las mujeres no se les permitieran hacer contribuciones intelectuales en este campo significa que sus intereses no estaban eficientemente representados, lo que continúa teniendo efectos enormes en la situación actual de las mujeres. La exclusión de las mujeres en el Derecho Internacional ha creado un sesgo estructural que requiere cambios fundamentales para abordar la desigualdad de género. Por lo tanto, la mera inclusión de las mujeres será muy limitado” (Elkayam-Levy, 2021, pág. 434) (Traducción propia).

### 1.3. Derecho Internacional de Derechos Humanos desde una perspectiva feminista

Teniendo en cuenta lo planteado en apartados anteriores, muchas feministas han insistido en la inutilidad de seguir trabajando desde el campo del Derecho para una mejora en la posición de la mujer. En esa línea, afirman que no resulta adecuado en tanto i) las experiencias y necesidades de las mujeres no son fácilmente adaptables al lenguaje individualista de los derechos; ii) el discurso de los derechos simplifica las complejas relaciones de poder estructurales, con lo que sus promesas podrían verse frustradas; iii) la toma de decisiones entre derechos con frecuencia reduce el poder de la mujer; iv) y la existencia de derechos específicos vinculados a la religión o la familia parecen justificar la opresión de la mujer (Charlesworth, 1997, pág. 58). Además, se ha señalado el carácter generalizado y transnacional por el que apuesta el Derecho Internacional puede derivar en posturas esencialistas y colonialistas, en la medida en que se asuma que las mujeres comparten experiencias similares y se ignore el impacto de otras variables como raza, clase, orientación sexual, entre otros, en sus experiencias de opresión.

No obstante, si bien las anteriores son críticas válidas, no es posible negar el carácter potencialmente transformador que podría tener el Derecho si es planteado de forma crítica y cuestionadora, específicamente el DIDH. De hecho, como sostienen Charlesworth y Chinkin, el reconocimiento de derechos, si bien no basta para culminar con la opresión hacia las mujeres, sí constituye una práctica relevante en la medida en que el discurso de los derechos “permite un vocabulario reconocido para enmarcar las injusticias políticas y sociales” (2017, pág. 58). Además, situar los problemas de las mujeres en el campo del DIDH, contribuye a la existencia de una comunidad feminista de alcance internacional que pueda reaccionar ante aquellas respuestas que resultan inadecuadas; y, aunque siempre exista tensión entre las teorías universales y la experiencia local en cualquier apuesta por una versión feminista del derecho internacional (Charlesworth, 1997, pág. 59), es relevante resaltar que hay experiencias de opresión que son compartidas casi universalmente. Asimismo, existe una confianza generalizada en el DIDH y sus mecanismos para garantizar que los Estados cumplan con normas de derechos humanos (Elkayam-Levy, 2021, pág. 435).

Como propone Charlesworth, el reto está en construir un discurso del derecho internacional de los derechos humanos que no parta de asumir que todas las personas son iguales respecto a todos los derechos, sino que reconozca las disparidades de mujer basadas en el género (y otras categorías) (Charlesworth, 1997, pág. 59). En esa

línea, resulta posible la idea de concebir una jurisprudencia feminista en torno al DIDH, al menos en el ámbito de la crítica jurídica feminista.

En este camino, destacan dos vías relevantes que pueden ser empleadas para la construcción de un derecho internacional de los derechos humanos más completo, que abarque las particularidades de las mujeres, y que encaje con la concepción de una jurisprudencia feminista del DIDH: la introducción de instrumentos jurídicos con una mirada feminista y la aplicación de métodos legales feministas al DIDH.

### 1.3.1. La importancia de instrumentos jurídicos desde una mirada feminista

De acuerdo a Charlesworth, el DIDH está caracterizado por mantener un enfoque feminista liberal, en donde se identifica la igualdad sexual con la igualdad de trato y se apuesta por adoptar el vocabulario, la epistemología y la teoría política del derecho actuales para alcanzarla (Charlesworth, 1997, pág. 60). Y este rasgo se puede ver reflejado en los distintos instrumentos jurídicos del DIDH en el que, a través de una norma de no discriminación, se sitúa a las mujeres en la misma posición que los hombres en la esfera pública.

Incluso, esto se evidencia en instrumentos que buscan específicamente mejorar la situación de la mujer. De hecho, el artículo 1 del la CEDAW está planteado en los siguientes términos:

#### “Artículo 1

A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, **sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales** en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera". (Resaltado propio)

Mientras que su artículo 4, refiere lo siguiente:

#### “Artículo 4

1. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a **acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer** no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero **de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.**

2. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas **a proteger la maternidad** no se considerará discriminatoria". (Resaltado propio)

De una lectura conjunta a ambos artículos, se desprende que i) efectivamente, la CEDAW parte de un modelo en el que se pretende igualar la situación de las mujeres a la de los hombres e incluso aunque puedan haber medidas diferenciadas, estas son de carácter transitorio; y ii) se protege especialmente el rol reproductivo de la mujer, reproduciendo estereotipos discriminatorios y una valoración femenina basada exclusivamente en la maternidad (con lo que podría señalarse que, realmente, el sujeto de tutela jurídica es el no nacido).

Teniendo en cuenta que los instrumentos jurídicos actuales no han logrado variar la situación de opresión de las mujeres, parece ser irrefutable que un enfoque feminista liberal no es suficiente. En esta línea, para evidenciar la exclusión de las experiencias de las mujeres en el desarrollo del Derecho, parece brindar un mejor acercamiento un enfoque feminista de la diferencia. Ahora bien, este enfoque debería emplearse de forma atenuada para evitar caer en esencialismos que, más bien, establezcan un margen diferenciado y segregado para las mujeres en base a estereotipos de género.

Precisamente, en base a ello es que resulta necesario el planteamiento de instrumentos jurídicos que partan de una mirada feminista que, además de garantizar el principio de no discriminación y buscar una igualdad de trato formal y de facto, evidencie las necesidades y problemáticas de las mujeres basadas en su situación de subordinación. Un aspecto central en este sentido es el recojo de derechos vinculados a la autonomía reproductiva de las mujeres o derechos sociales que contemplen una reumneración por el trabajo doméstico, que suelen estar más asociados a la esfera privada. Pero la meta primordial debería apuntar a brindar protección frente a políticas y prácticas que contribuyan a una posición de inferioridad y opresión en las mujeres (Charlesworth, 1997, pág. 64).

Evidentemente, podría plantearse, por un lado, los riesgos de la sobre codificación y, por otro, que se mantiene la posibilidad de plantear una interpretación evolutiva de las normas e instrumentos de DIDH acorde al principio pro persona. Sin embargo, esto finalmente derivaría en delegar la responsabilidad de la protección de derechos al momento de toma de decisiones, enfrentando el riesgo de que el operador tomador de las mismas maneje una ideología patriarcal y, por lo tanto, no tenga en cuenta rasgos que resulten en la perpetuidad de la opresión en las mujeres.

A estas objeciones, no obstante, se le suman la del escepticismo frente a la capacidad de una norma o un instrumento jurídico para transformar una realidad. En esa línea, se plantea que “las leyes mejor intencionadas pueden frustrarse en la práctica si sus intérpretes no comprenden por qué y cómo el comportamiento prohibido contribuye a la subordinación de la mujer” (Charlesworth, 1997, pág. 64). De este modo, se sugiere evitar la formulación de teorías generales jurídicas y, más bien, enfocarse en realidades cotidianas de la vida de las mujeres a través de acciones concretas.

Teniendo esto en consideración es que el camino para un DIDH que abarque el punto de vista de las mujeres no puede basarse exclusivamente en el replanteamiento de los instrumentos que lo componen. Por el contrario, este proceso debe estar acompañado por el desarrollo de métodos legales feministas con una mirada más específica que apunten a la consolidación de una teoría legal feminista.

### 1.3.2. Métodos legales feministas aplicados al Derecho Internacional de los Derechos Humanos

A pesar de la introducción de instrumentos jurídicos que garantizan específicamente los derechos de las mujeres, la situación de las mujeres en el plano internacional aún dista de ser completamente equitativa a la de los hombres. Al respecto, puede destacarse lo siguiente:

“Si bien el desarrollo del Derecho Internacional ha sido influenciado por compromisos feministas, estos solo han sido incorporados de manera parcial e implementados sin tener en cuenta el contexto ni las pretendidas beneficiarias. Esto remarca una distinción entre mensajes feministas y métodos feministas en el Derecho Internacional. Los primeros han sido influyentes en términos retóricos, mientras que los segundos han sido ignorados” (Charlesworth, 2014, pág. 32). (Traducción propia)

Precisamente, bajo este marco y teniendo presente la necesidad de evidenciar carencias que teorías convencionales no recogen, es que resulta de vital relevancia la aplicación de métodos legales feministas también en el DIDH. En este sentido, existen diversas aproximaciones a estos métodos, basadas en las variadas teorías feministas, que apuntan a enfoques distintos de cómo trabajar por las mujeres en el marco del Derecho Internacional.

“Por ejemplo, el feminismo liberal tradicional sugiere apuntar y eliminar las diferencias entre hombres y mujeres con la esperanza de consolidar resultados neutrales al género. El feminismo cultural valora la tarea de distinguir entre hombres y mujeres para identificar



nuevos métodos legales ‘femeninos’ en el marco de la resolución de conflictos; y redefinir conceptos legales internacionales. Por el contrario, el feminismo radical apuntaría a áreas de poder masculino que preservan la subordinación femenina y esbozaría fórmulas para quebrar el dominio masculino. Por su parte, el feminismo postmoderno cuestionaría la propia idoneidad del Derecho Internacional para responder a las desigualdades de género, enfatizando las deficiencias de este campo para abordar identidades, experiencias y opresiones particulares a partir de sus bases occidentales” (Elkayam-Levy, 2021, pág. 464). (Traducción propia)

No obstante, bajo los parámetros de la presente investigación no se esbozará un método asociado particularmente a un único enfoque de los movimientos feministas en tanto es posible que la consolidación de un DIDH que respete y garantice a cabalidad los derechos de las mujeres dependa de la conjunción de todos estos en determinados momentos y frente a distintos contextos. Por el contrario, se considerarán los métodos planteados por Katherine Bartlet: la pregunta por la mujer, el razonamiento práctico feminista y la toma de conciencia, en tanto constituyen mecanismos para evidenciar la situación de la mujer en el plano internacional de forma más transversal a los distintos enfoques planteados. Y también, en lo que cabe, la metodología planteada por Alda Facio estructurada en seis pasos: tomar conciencia de la subordinación del sexo femenino en forma personal; identificar las distintas formas del sexismo presentes en la rama del Derecho; identificar a la o las mujeres que se encuentran en el DIDH; identificar la concepción de mujer que recoge el DIDH; analizar la influencia de los componentes político-cultural y estructural en el DIDH; y ampliar la toma de conciencia colectivizándola.

De esta manera, al plantear la pregunta por la mujer en el DIDH se reforzaría un análisis que permita identificar la o las maneras en las que una determinada norma, instrumento jurídico, decisión jurisprudencial o violación concreta a un derecho humano, afecta de manera particular a las mujeres o reproduce una jerarquía de género. En términos de Mackinnon, este análisis jurídico podría plantearse interrogando respecto a si la política o práctica analizada contribuye o no al mantenimiento o erradicación de una jerarquía de género [citada por (Charlesworth, 1997, pág. 63)]. Asimismo, implica plantearse, en esa línea, una cuestión respecto a cómo el sistema podría ser transformado en la medida en que incentiva a los operadores del Derecho a desafiar los parámetros del DIDH (Elkayam-Levy, 2021, pág. 437).

En términos concretos, facilitaría el proceso de incorporar puntos de vista de las mujeres en el sistema del DIDH no solo para visibilizar situaciones sino también para identificar deficiencias y esbozar respuestas institucionales más adecuadas, precisas y planteadas a la medida de necesidades que hasta el momento no han sido del todo satisfechas; así

como adecuar el marco existente para evitar la perpetuación de situaciones de abuso de poder.

Por otro lado, en el caso de la aplicación del razonamiento práctico feminista, este se emplearía básicamente, desde los órganos componentes de los diversos sistemas de protección, al momento de analizar un caso concreto. Y la ventaja estaría vinculada a dejar de lado una interpretación de las normas androcentristas a través de razonamientos abstractos que dejan de lado las diferencias entre seres humanos, incluyendo las diferencias entre las propias mujeres.

Un razonamiento más contextual, en casos que involucran a las mujeres, por ejemplo, puede ser observado en el caso *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) fue más allá de los típicos hechos de relevancia jurídica dentro del caso, para dar cuenta de la existencia de una situación de discriminación estructural que había derivado en la vulneración de derechos humanos de las víctimas en concreto. De esta manera, respecto al análisis aplicado por la Corte en el referido caso, se ha manifestado lo siguiente:

"La Corte IDH examinó la situación de las tres víctimas, no sólo en función de los hechos particulares que rodearon sus desapariciones y los procesos penales en que se investigaron los crímenes, sino como miembros de un colectivo más amplio que se ve afectado por una situación estructural de violencia y desigualdad, lo que permite entender los crímenes particulares en su real dimensión" (Abramovich, 2010, pág. 168).

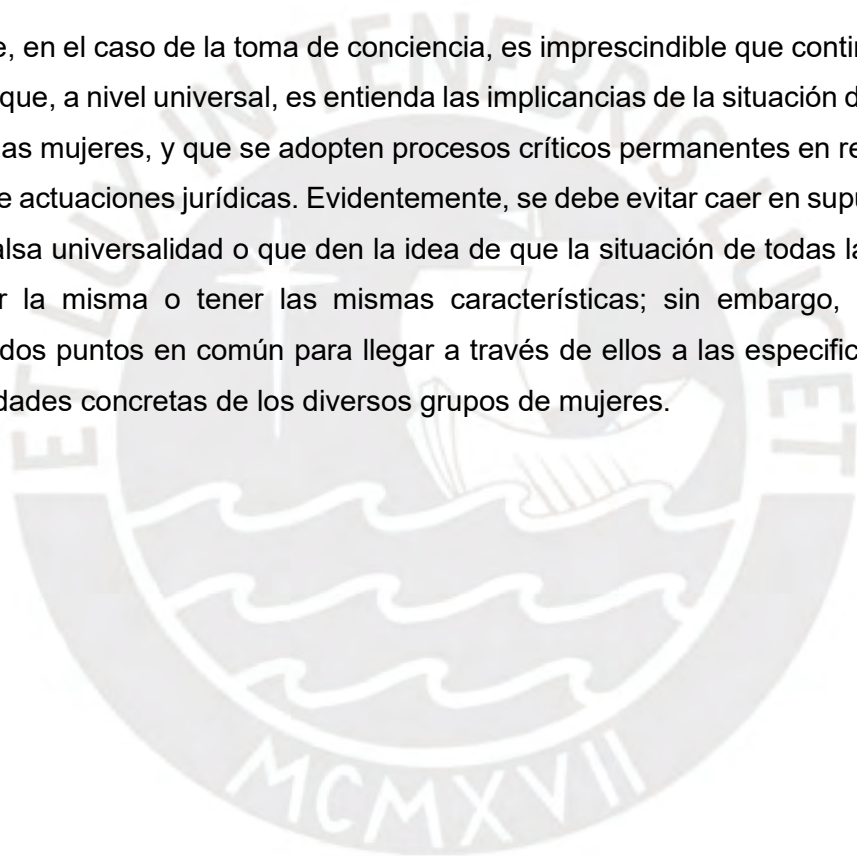
En este sentido, el razonamiento contextual aplicado al caso, que abordó la falta de diligencia en investigaciones relacionadas a la desaparición y muerte en Ciudad Juárez de Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez, permitió a la Corte IDH identificar que, en tanto estas muertes -y las limitadas investigaciones al respecto- se habían producido en un contexto de discriminación estructural hacia la mujer y bajo un patrón sistemático de violencia de género que caracterizaba en la fecha a Ciudad Juárez, el Estado tenía responsabilidad con relación a ellas.

De esta manera, a pesar de no contar con certeza respecto a si el autor o autores de los crímenes eran representantes estatales, la Corte IDH decretó la responsabilidad del Estado mexicano por vulnerar el deber de no discriminación (art. 1.1 de la Convención Americana de Derechos humanos (CADH)) en relación con el deber de garantía de los derechos a la vida, integridad y libertad personal de las víctimas, y del acceso a la justicia de sus familiares. Para llegar a esta conclusión, entre otros argumentos, relacionó el

contexto de las muertes con las altas cifras de homicidios a mujeres sin resolver en ciudad Juárez, las múltiples denuncias al respecto de parte de organismos de la sociedad civil y organismos internacionales, el propio reconocimiento del Estado con relación a esta situación, entre otros hechos.

Todo ello permitió reforzar la noción de que existen deberes estatales de protección reforzada vinculados a determinados colectivos expuestos a discriminación y violencia. A juicio de Abramovich, esta tendencia marcaría la superación de la idea de la igualdad formal en el desarrollo jurisprudencial del SIDH y el avance hacia una noción de “igualdad como protección de grupos subordinados” (2010, pág. 169).

Finalmente, en el caso de la toma de conciencia, es imprescindible que continúe siendo aplicada y que, a nivel universal, se entienda las implicancias de la situación de opresión que viven las mujeres, y que se adopten procesos críticos permanentes en relación con todo tipo de actuaciones jurídicas. Evidentemente, se debe evitar caer en supuestos que eviten la falsa universalidad o que den la idea de que la situación de todas las mujeres resulta ser la misma o tener las mismas características; sin embargo, deben ser aprovechados puntos en común para llegar a través de ellos a las especificidades y a las necesidades concretas de los diversos grupos de mujeres.



## **Capítulo 2: Derecho Internacional sobre Derechos Humanos frente a contextos de movilidad humana**

Teniendo en claro los principales cuestionamientos de la crítica feminista al Derecho y, en particular al DIDH, es preciso cuestionarnos respecto a cómo se han construido (o se van construyendo) los estándares de protección en materia de movilidad humana y si es que estos responden o no a una visión feminista del Derecho y/o han incorporado algún tipo de respuesta frente a los cuestionamientos planteados desde la crítica feminista. De esta manera, podremos determinar si el marco de protección brindado a mujeres migrantes es adecuado para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos o, al menos, sienta las bases para poder hacerlo.

Bajo esta lógica, cabe resaltar que el fenómeno migratorio es producido por factores multicausales, algunos de carácter más voluntario que otros, pero que en múltiples ocasiones están vinculados a vulneraciones a derechos humanos. Dichas vulneraciones, por su puesto, tiene un impacto diferenciado en base a la identidad de cada persona y, en general, por razones de género, de las mujeres como grupo identitario.

Ahora bien, estas vulneraciones se reflejan y ocurren no solo por la propia experiencia migratoria de las mujeres, sino que también están moldeadas por las instituciones, políticas y procesos migratorios, que tienen un carácter sexualmente construido (Herrera, 2012). En esa línea, el género y las relaciones de poder que se ven impregnadas por esta categoría definen la experiencia migratoria por un lado, en la esfera subjetiva de las mujeres, en tanto podría y suele delimitar sus motivos para migrar, el destino elegido, las vulneraciones que podría enfrentar a lo largo del trayecto migratorio, las oportunidades de empoderamiento que podría encontrar, entre otros; y por el otro, en una esfera más institucional y global, al determinar qué mujeres migran, bajo qué condiciones, si son admitidas o no, y si son admitidas, qué derechos les son reconocidos y cuáles no; con lo que a su vez refuerzan identidades de género, roles y las relaciones de jerarquía y poder.

En las últimas décadas, el género ha cobrado mayor notoriedad en el campo migratorio en la medida en que se ha dado un proceso de “feminización de la migración”. De este modo, aunque la mujer ha migrado desde tiempos remotos, “los modelos clásicos de

interpretación y análisis de las migraciones concibieron el traslado de estas mujeres como dependiente de la migración masculina” (Díaz Marchi, 2020, pág. 87). Así, se concebía la migración femenina como un acto, preponderantemente, de reunificación familiar, con lo que cualquier concepción en torno a ella partía de estereotipos de género vinculados a su rol reproductor, familiar, perteneciente al ámbito privado, y no como el de un sujeto autónomo capaz de tomar decisiones vinculadas a un proyecto de vida. En esa línea, a juicio de Díaz Marchi, se tendía a asociar a la migración masculina con la migración económica, perteneciente a la esfera pública; mientras que la migración femenina era relegada a la esfera privada. Como consecuencia, su rol, aportes y desafíos en relación con los procesos migratorios no solían ser correctamente interpretados y/o abordados, incluso cuando eran ellas las agentes del proyecto migratorio. Aun así, esta perspectiva ha ido transformándose para dar una “mayor visibilidad social y política” a las mujeres migrantes (Magliano & Domenech, 2009).

Por otro lado, en las últimas décadas han empezado a consolidarse estudios respecto a cómo factores como la globalización y la consolidación de un mercado neoliberal a nivel transnacional moldean las experiencias femeninas de vida y tránsito. En esa línea, Saskia Sassen (2003) sostiene que la reconfiguración de espacios a nivel local y global y la transnacionalización de redes, economías, capitales; etc., han creado las condiciones para que las mujeres se conviertan en un actor –y, en algunos casos, un recurso- importante para el desarrollo de circuitos globales para la generación de ingresos, que pueden ser legales o ilegales e ilícitos. Entre ellos, se encuentran la trata de mujeres; las “exportaciones” de mujeres para trabajos como cuidadoras, enfermeras y asistentes del servicio doméstico; o las remesas enviadas a países de origen por la fuerza de trabajo femenina.

En consecuencia, las mujeres están migrando cada vez más y sus experiencias están obteniendo un análisis más sólido y visible en el campo de estudios migratorios. En este sentido, los desafíos expuestos y la forma en que el género moldea las migraciones ha empezado a ser objeto de estudio desde diversas disciplinas, incluyendo el Derecho. En este campo, ha sido el Derecho Internacional – y particularmente el DIDH a través de órganos especializados en derechos de las mujeres- el que ha dado mayores alcances al respecto. Entre ellos, destacan los aportes del Comité CEDAW para entender cómo el género impacta en las experiencias femeninas al momento de migrar:

Aunque tanto los hombres como las mujeres migran, la migración no es un fenómeno independiente del género. La situación de las mujeres migrantes es diferente en lo que respecta a los cauces legales de migración, los sectores a los que migran, los abusos

de que son víctimas y las consecuencias que sufren por ello. Para comprender las formas concretas en que resultan afectadas las mujeres, es menester examinar la migración de la mujer desde la perspectiva de la desigualdad entre los géneros, las funciones tradicionales de la mujer, el desequilibrio del mercado laboral desde el punto de vista del género, la prevalencia generalizada de la violencia por motivo de género y la feminización de la pobreza y la migración laboral a nivel mundial. La incorporación de una perspectiva de género reviste, por tanto, una importancia esencial para el análisis de la situación de las mujeres migrantes y la elaboración de políticas para combatir la discriminación, la explotación y el abuso de que son víctimas (Comité CEDAW, 2008, párr. 5).

Aun así, tal como vimos en el capítulo anterior, la relación entre el DIDH y el género no ha estado exenta de complejidades y, sin duda, estas se han trasladado también al ámbito de movilidad humana. Como se verá posteriormente, los instrumentos del DIDH que abordan, de forma general o específica, el fenómeno migratorio han sido concebidos bajo un lenguaje no inclusivo, con un masculino “neutral”, y además, como se apuntó en el primer capítulo, también responden a una lógica aparentemente universal que deja fuera especificidades valiosas no solo vinculadas a género, sino también a la raza, clase, orientación sexual, entre otros.

La Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (CMW), que fue aprobada por resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1990, es un ejemplo de esta situación. La mera concepción de la CMW como un instrumento que garantiza derechos a los trabajadores migratorios y, de forma derivada, a sus familiares, resta subjetividad y autonomía a estos últimos, quienes, pensando en el contexto en el que fue aprobado, eran por lo general mujeres. Como resultado, la influencia de una concepción así en las diversas políticas migratorias estatales ha acarreado, por muchos años, la privación de algunos derechos para mujeres migrantes o que su ejercicio esté condicionado a su relación con la persona titular de los derechos protegidos por la CMW.

Asimismo, el DIDH contribuye a consolidar un discurso global en torno a las mujeres migrantes como “grupo vulnerable” que, frente a una migración “desordenada” e “insegura”, son agentes pasivos expuestos a una desprotección frente a la violencia, trata de personas, explotación sexual, etc. Esta perspectiva se apoya en estereotipos de género y no “toma en cuenta las distintas estrategias desplegadas por las propias mujeres migrantes para modificar sus trayectorias de vida” (Magliano & Domenech, 2009, pág. 59). De este modo,

(...) la visibilidad que alcanza la «mujer migrante» como actor social relevante en los discursos, recomendaciones y lineamientos de la agenda global y regional sobre migraciones, no modifica la histórica invisibilidad de los procesos que producen y reproducen las desigualdades de género, y que condicionan las realidades migratorias femeninas (Magliano & Domenech, 2009, pág. 54)

Siguiendo la lógica de Magliano y Domenech (2009, pág. 79), cuestionamientos como el referido no niegan la existencia de factores objetivos presentes en la experiencia migratoria de las mujeres que las enfrentan a riesgos particulares y específicos. No obstante, permiten hacer énfasis en tres puntos centrales que están interconectados. En primer lugar, que el fundamento de la existencia de estos riesgos no responde *per se* a las diferencias sexuales; en segundo lugar, que la base de dicha “vulnerabilidad” se encuentra más bien en estructuras jerárquicas en torno al género -aunque también en torno a la raza, clase, etnia, y otros criterios-; y, finalmente, en tercer lugar, que el abordaje a las migraciones desde este discurso, si bien apunta a mejorar la situación de las mujeres, no cuestiona directamente ni busca reformar dichas estructuras, sino que termina por reforzarlas.

Con todo ello, es imposible negar que el DIDH ha contribuido a través de las últimas décadas a una mejora sustancial en la situación de las personas en movilidad a nivel general a través de la interpretación evolutiva de los instrumentos existentes, así como del desarrollo de una serie de principios y estándares que buscan evitar y reparar vulneraciones a derechos que suelen darse a partir de la experiencia migratoria. Entre ellos, destacan los avances en torno al principio de igualdad y no discriminación, base de la obligación estatal de respetar y garantizar derechos de todas las personas bajo su jurisdicción; y el principio de no devolución, presupuesto para la protección internacional de las personas en movilidad que enfrentan riesgos graves en sus países de origen.

En el presente capítulo analizaremos los estándares construidos en torno a cada uno de ellos en el marco del DIDH. Posteriormente, estos serán analizados a la luz de los postulados de la crítica feminista al derecho empleando, como base, algunas preguntas planetadas a partir de la convergencia de los métodos legales feministas desarrollados por Bartlett y Alda Facio. En concreto, se tomará en consideración los pasos 2, 3, 4 y 5 de la metodología de Facio, descrita en el Capítulo 1; así como la pregunta por la mujer y el razonamiento práctico feminista planteados por Bartlett. A partir de estos elementos, se consideran seis puntos orientadores que buscan definir cómo convergen las perspectivas feministas con el contenido de los estándares; pero además cómo podrían

o deberían ser considerados para abordar de forma más efectiva la situación que atraviesan estas mujeres:

- ¿Hay algún rasgo de sexismo en los estándares bajo análisis?
- ¿Las perspectivas e intereses de quién o de qué grupos son reflejadas en estos estándares?
- ¿Qué mujeres quedan excluidas en el desarrollo de los estándares y a qué mujeres se privilegia?
- ¿Qué concepción de mujer está detrás del estándar? ¿Con qué rol se identifica a esta mujer?
- ¿Las experiencias en la práctica de la aplicación de este estándar son compatibles con una perspectiva feminista?
- ¿Cuáles deberían ser los alcances del estándar bajo análisis para garantizar un ejercicio pleno de derechos y libertades por parte de las mujeres migrantes?

El propósito de este análisis será determinar si es que el desarrollo del DIDH en el campo migratorio a través de estos dos principios ha recogido, de algún modo, la experiencia femenina al migrar y, de ser así, qué tipo de experiencia femenina recogen y cuál dejan fuera; así como si finalmente contribuyen a cuestionar las jerarquías de género que impactan en el ejercicio de derechos de las mujeres migrantes.

## 2.1. Principio de igualdad y no discriminación

### 2.1.1. Noción general sobre el principio de igualdad y no discriminación

El principio de igualdad ha sido recogido en diversos instrumentos generales y específicos tanto del SUDH como del SIDH y, en esa línea, constituye uno de los pilares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De hecho, es posible referirnos a este como una norma de *ius cogens* “en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares” (Corte IDH 2003: párr. 100).

Dicha igualdad no debe ser entendida en términos literales y descriptivos, en tanto los seres humanos no son iguales entre sí; por el contrario, esta noción debe entenderse a partir del cariz normativo que las disposiciones de igualdad contenidas en los



instrumentos referidos imponen. Esto implica, para algunos autores, considerar que “en todos los aspectos relevantes los seres humanos **deben ser considerados y tratados de igual manera**, es decir, de una manera uniforme e idéntica, **a menos que haya una razón suficiente para no hacerlo**” (Rabossi, 1990, pág. 176) [negritas añadidas].

Siguiendo esta lógica, diversos autores han hecho énfasis en la interrelación entre el principio de igualdad y la no discriminación, describiéndolos incluso como las caras positivas y negativas de una misma moneda<sup>6</sup>. De este modo, si la noción de igualdad apuntaba a que los seres humanos deban ser tratados de igual manera, la noción de no discriminación implicaría, en términos básicos, la prohibición de que, a menos de que exista una razón jurídicamente válida, una persona sea tratada de forma diferente a otra (Rabossi, 1990, pág. 179). Ahora bien, esto no implica que cualquier diferencia sin fundamento deba ser considerada discriminación; por el contrario, la discriminación sería “una distinción manifiestamente contraria a la dignidad humana, fundada en un prejuicio negativo” (Nogueira Alcalá, 2006, pág. 807).

En esa línea, Eguiguren (1997) y Bayesfsky (1990) sostienen que la no discriminación puede ser entendida a través de dos dimensiones: una dimensión subordinada, como principio rector que rige en relación con un contexto de derechos y libertades contenidas en el instrumento en el que aparece recogido (principio de no discriminación); y otra dimensión que constituye un derecho autónomo y que busca obligar a los Estados partes a que cualquier normativa aplicada en el ámbito interno carezca de contenido discriminatorio (igualdad ante la ley).

Ambas dimensiones han sido recogidas en instrumentos pioneros en el DIDH, como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) (1948)<sup>7</sup> o la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH). De esta manera, en el Preámbulo de la DADDH se establece que “todos los seres humanos nacen libres e **iguales en dignidad y derechos** y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” [negritas añadidas]; mientras que en

---

<sup>6</sup> Al respecto, puede consultarse a Rabossi, E. (1990), Bayesfsky, A. (1990).

<sup>7</sup> Si bien este instrumento era, en principio, una declaración no vinculante y más bien un texto político (Quindimil, 2019, pág. 4), su valor jurídico se ha fortalecido, entre otras, por las siguientes razones: el hecho de haber sido el fundamento de otros instrumentos jurídicamente vinculantes y, en particular, de la adopción del Pacto de San José, que incorpora en su artículo 29 una norma de interpretación basada en la DADDH; el desarrollo de la base legal y procedimental de la CIDH; y la interpretación planteada de la DADDH en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por la Corte IDH a través de la Opinión Consultiva OC-10/89 y otras decisiones (Salvioli, 2003, págs. 685-686). De este modo, en la actualidad, es posible considerar que la DADH “constituye una fuente de obligaciones internacionales para los Estados Miembros de la OEA” (CIDH 2015b: párr. 85).

su artículo II dispone que “todas las personas **son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción** de raza, **sexo**, idioma, credo, **ni otra alguna** [negritas añadidas].

Por su parte, el art. 1 de la DUDH replica lo establecido en el Preámbulo de la DADDH y establece disposiciones similares a las contenidas en el artículo II de dicho instrumento, aunque en dos artículos. Por un lado, está el artículo 2, que señala lo siguiente:

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, **sexo**, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, **origen nacional** o social, posición económica, nacimiento o **cualquier otra condición**. Además, **no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona**, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía. [negritas añadidas]

Por el otro, añade una protección a partir de su art. 7 referida a que “todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

Siguiendo esta línea, ambas dimensiones de la no discriminación pueden observarse en otros instrumentos generales del DIDH como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador). En el primer caso, se recoge el principio de no discriminación en su artículo 2.1.<sup>8</sup>; y el derecho a la igualdad ante la ley en el art. 26<sup>9</sup>. Por su parte, el segundo consagra el principio de no discriminación en el art. 2.2<sup>10</sup> y, de forma específica el principio de no discriminación

---

<sup>8</sup> Artículo 2

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

<sup>9</sup> Artículo 26

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

<sup>10</sup> Artículo 2

por motivos de género en el art.3<sup>11</sup>. La CADH consagra el principio de no discriminación en su artículo 1<sup>12</sup> y el derecho a la igualdad ante la ley en su artículo 24<sup>13</sup>. Finalmente, en el caso del Protocolo de San Salvador, se consagra el principio de no discriminación en el artículo 3<sup>14</sup>.

Tabla No. 1. Regulación del principio de no discriminación y derecho a la igualdad ante la ley en instrumentos internacionales

| Instrumento | Principio de no discriminación   | Derecho a la igualdad ante la ley   |
|-------------|--|---|
| DAADH       | <p><i>Preámbulo</i><br/>“(…) todos los seres humanos nacen libres e <b>iguales en dignidad y derechos</b>”.</p> <p><i>Artículo II</i><br/>Todas las personas (...) tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna</p>  | <p><i>Artículo II</i><br/>Todas las personas son iguales ante la Ley (...)</p>  |
| DUDH        | <p><i>Artículo 1</i><br/>Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (...)</p> <p><i>Artículo 2</i><br/>Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una</p> | <p><i>Artículo 7</i><br/>“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley (...).</p> |

2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

<sup>11</sup> Artículo 3

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.

<sup>12</sup> Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (...).

<sup>13</sup> Artículo 24. Igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

<sup>14</sup> Artículo 3

Obligación de no Discriminación

Los Estados parte en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

|                           |   |  |
|---------------------------|---|--|
|                           | <p>persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.</p> <p><i>Artículo 7</i><br/>(...) Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación</p>   |  |
| PIDCP                     | <p><i>Artículo 2</i><br/>1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.</p>   | <p><i>Artículo 26</i><br/>Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.</p> |
| PIDESC                    | <p><i>Artículo 2</i><br/>2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.</p> <p><i>Artículo 3</i><br/>Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.</p> |  |
| CADH                      | <p><i>Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos</i></p> <p>1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (...).</p>   | <p><i>Artículo 24. Igualdad ante la Ley</i></p> <p>Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.</p>  |
| Protocolo de San Salvador | <p><i>Artículo 3</i><br/>Obligación de no Discriminación</p>  |  |

|  |  |  |
|--|--|--|
|  | <p>Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.</p> |  |
|--|--|--|

A continuación, se presentarán algunos alcances respecto a cómo deben ser entendidas ambas caras del principio de igualdad y no discriminación.

### *Sobre el principio de no discriminación*

Respecto al principio de no discriminación, en el DIDH no existe una definición estática que lo conceptualice de forma uniforme, sino que los propios instrumentos, sus órganos de interpretación, la doctrina y otras fuentes de derecho, han esbozado diversos matices que han permitido consolidar una serie de características, elementos y alcances que delimitan su contenido. Para la presente investigación, tomaremos en cuenta el desarrollo histórico de la “estrategia definicional” de este principio en el DI propuesta por Rabossi (1990).

De acuerdo dicho autor, es posible considerar la existencia de cuatro “bandas definicionales” que han dotado de contenido al principio de no discriminación: la primera apunta a identificar al tipo de actos que veta; la segunda, a los criterios críticos que motivan dichos actos; la tercera, las finalidades u objetivos discriminatorios; y la cuarta, las esferas en las que la discriminación tiene lugar. Estas bandas han sido desarrolladas por el autor a partir de cuatro instrumentos internacionales que ofrecen una definición del principio de no discriminación: el Convenio sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación), llamado Convenio Núm. 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (1958) (Convenio Núm. 111)<sup>15</sup>; la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza (1960) (Convención de 1960)<sup>16</sup>; la

<sup>15</sup> Artículo 1

1. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:

(a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;

(b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

<sup>16</sup> ARTICULO 1

Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965) (CERD)<sup>17</sup>; y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) (CEDAW)<sup>18</sup>.

Adicionalmente a los instrumentos referidos, sumaremos a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CPD)<sup>19</sup>, que fue aprobada en una fecha posterior al planteamiento del autor en tanto también aporta una definición sobre qué se entiende por discriminación<sup>20</sup>. Por otra parte, si bien Rabossi realiza este planteamiento considerando únicamente instrumentos del SUDH, teniendo en cuenta los propósitos de la presente investigación, sumaremos los instrumentos del SIDH que, aunque más recientes, también brindan una definición del principio de no discriminación: la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999) (CIEDPD)<sup>21</sup>, la Convención

---

1. A los efectos de la presente Convención, se entiende por "discriminación" toda distinción, exclusión, limitación o preferencia, fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza y, en especial:

- a. Excluir a una persona o a un grupo del acceso a los diversos grados y tipos de enseñanza;
- b. Limitar a un nivel inferior la educación de una persona o de un grupo;
- c. A reserva de lo previsto en el artículo 2 de la presente Convención, instituir o mantener sistemas o establecimientos de enseñanza separados para personas o grupos; o
- d. Colocar a una persona o a un grupo en una situación incompatible con la dignidad humana.

<sup>17</sup> (...) la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u **origen nacional** o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o **menoscar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales** en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

<sup>18</sup> Artículo 1

A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

<sup>19</sup> Artículo 2 - Definiciones

A los fines de la presente Convención:

(...) Por "discriminación por motivos de discapacidad" se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables (...)

<sup>20</sup> Es importante remarcar que, precisamente en cumplimiento de estos criterios -la mención explícita a una definición de discriminación- no se incluye en el análisis a la Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Sin embargo, debido a la especificidad de dicha convención y su importancia para el tema central de la presente investigación, se tomará en cuenta de forma complementaria la Observación General No. 2, emitida por el Comité respectivo, en donde sí se desarrolla una definición sobre discriminación.

<sup>21</sup> ARTÍCULO I

(...) 2. Discriminación contra las personas con discapacidad

a) El término "discriminación contra las personas con discapacidad" significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales.

b) No constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción o

Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y otras formas conexas de Intolerancia (2013) (CIRDI)<sup>22</sup>, la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia (2013) (CIDI)<sup>23</sup>, y la Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos de las Personas Mayores (2015) (CIDHPM)<sup>24</sup>.

Sobre los tipos de actos que se consideran dentro de la definición del principio de no discriminación, el Convenio Num. 111 menciona tres tipos de actos: distinguir, excluir y preferir. La Convención de 1960 agrega a la terna “limitar”. La CERD, CIRDI y CIDI

---

preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia. En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación.

<sup>22</sup> Artículo 1

Para los efectos de esta Convención:

1. Discriminación racial es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes.

La discriminación racial puede estar basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico.

<sup>23</sup> Artículo 1

Para los efectos de esta Convención:

1. Discriminación es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes.

La discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra.

2. Discriminación indirecta es la que se produce, en la esfera pública o privada, cuando una disposición, un criterio o una práctica, aparentemente neutro es susceptible de implicar una desventaja particular para las personas que pertenecen a un grupo específico, o los pone en desventaja, a menos que dicha disposición, criterio o práctica tenga un objetivo o justificación razonable y legítimo a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.

3. Discriminación múltiple o agravada es cualquier preferencia, distinción, exclusión o restricción basada, de forma concomitante, en dos o más de los motivos mencionados en el artículo 1.1 u otros reconocidos en instrumentos internacionales que tenga por objetivo o efecto anular o limitar, el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes, en cualquier ámbito de la vida pública o privada.

4. No constituyen discriminación las medidas especiales o acciones afirmativas adoptadas para garantizar en condiciones de igualdad, el goce o ejercicio de uno o más derechos humanos y libertades fundamentales de grupos que así lo requieran, siempre que tales medidas no impliquen el mantenimiento de derechos separados para grupos distintos y que no se perpetúen después de alcanzados sus objetivos.

<sup>24</sup> Artículo 2

Definiciones

A los efectos de la presente Convención se entiende por:

“Discriminación”: Cualquier distinción, exclusión, restricción que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada.

“Discriminación múltiple”: Cualquier distinción, exclusión o restricción hacia la persona mayor fundada en dos o más factores de discriminación.

“Discriminación por edad en la vejez”: Cualquier distinción, exclusión o restricción basada en la edad que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada.

reiteran estos cuatro tipos de actos; mientras que la CEDAW, CPD, CIEDPD y la CIDHPM incorporan “restringir”.

Con respecto a la segunda banda, referida a los criterios críticos que dan lugar a la discriminación, el Convenio Núm. 111 consagró expresamente la raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social. Por su parte, la Convención de 1960 incorpora el idioma, las opiniones de cualquier otra índole, la posición económica y el nacimiento como categorías críticas. En el caso de la CEDR y CIRDI, la CEDAW, la CPD y la CIEDPD, reiteran categorías específicas como la raza, el color, linaje, origen nacional o étnico, en el primer caso; el sexo, en el segundo; y la condición de discapacidad en el tercero y cuarto. Por su parte, la CIDI brinda una lista más amplia al mencionar, como categorías, la nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra.

Por su parte, en el caso de la tercera banda correspondiente a la finalidad, en el Convenio Núm. 111 se observa que el efecto sea anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato. En el caso de la Convención de 1960, se señala que la finalidad es destruir o alterar la igualdad de trato, aunque en esta se especifican una serie de finalidades más concretas como excluir en el acceso a grados de enseñanza; limitar a un nivel inferior la educación de una persona; establecer sistemas de enseñanza separados; y colocar a una persona o grupo en situación incompatible con la dignidad humana. Por su parte, a diferencia de sus predecesores, la CERD, CEDAW, CPD, CIEDPD, CIRDI, CIDI y CIDHPM señalan que el objeto o resultado sea anular, limitar, impedir, obstaculizar, dejar sin efecto o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos y libertades.

En relación con la última banda, vinculada a las esferas en las que la discriminación tiene lugar, el Convenio Núm. 111 se centra en el ámbito laboral; la Convención de 1960, en el ámbito de la enseñanza; y la CERD, en los ámbitos político, económico, social, cultural u “otros ámbitos de la vida pública”. Es a partir de la CEDAW que se empieza a



considerar esferas ajenas a los ámbitos públicos<sup>25</sup>. En esa línea, instrumentos posteriores como la CIRDI, CIDI, CPD y CIDHPM empiezan a señalar de forma explícita las esferas privadas como espacios donde se puede producir la discriminación.

Tabla No. 2. Elementos descriptivos de la definición de no discriminación

|                  | <b>Acciones</b>                            | <b>Motivos y/o criterios</b>  | <b>Finalidad</b>   | <b>Ámbitos</b>   |
|------------------|--|---|--|--|
| Convenio OIT     | Distinguir, excluir y preferir             | Raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social   | Anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato   | Laboral  |
| Convenio de 1960 | Distinguir, excluir, limitar y preferir    | Raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento   | Destruir o alterar la igualdad de trato  | Enseñanza  |
| CERD             | Distinguir, excluir, restringir y preferir | Raza, color, linaje u <b>origen nacional</b> o étnico   | Anular o <b>menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales</b> | Político, económico, social, cultural u "otros ámbitos de la vida pública" |
| CEDAW            | Distinguir, excluir, restringir            | Sexo  | Menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos  | Política, económica, social, cultural, civil o en cualquier otra esfera    |
| CPD              | Distinguir, excluir, restringir            | Condición de discapacidad   | Obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de derechos y libertades fundamentales        | Política, económica, social, cultural, civil o en cualquier otra esfera    |
| CIEDPD           | Distinguir, excluir, restringir            | Discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad   | Impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos humanos y libertades fundamentales  | -  |
| CIRDI            | Distinguir, excluir, restringir y preferir | Raza, color, linaje u origen nacional o étnico  | Anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales     | Cualquier ámbito público o privado   |
| CIDI             | Distinguir, excluir, restringir y preferir | Nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de | Anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales     | Cualquier ámbito público o privado   |

<sup>25</sup> Aunque podría considerarse que lo laboral es un ámbito privado, en realidad, en el derecho del trabajo históricamente hubo una mayor intervención estatal, por lo que en realidad es la CEDAW la que introduce una novedad al buscar proteger contra ámbitos de discriminación que ocurren en la esfera doméstica.

|        |                                 |  |  |   |
|--------|---------------------------------|--|--|---|
|        |                                 | educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra |  |   |
| CIDHPM | Distinguir, excluir, restringir | Edad   | Efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales | Política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada |

Además de los instrumentos referidos, es preciso tomar en cuenta los desarrollos que diversos órganos del DIDH han esbozado para complementar la ausencia de una definición expresa en los instrumentos que interpretan. De este modo, se encuentra, por ejemplo, la Observación General No. 18 del Comité de Derechos Humanos, que define a la no discriminación, apelando a la CERD y a la CEDAW, de la siguiente manera:

(...) el Comité considera que el término "discriminación", tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda **distinción, exclusión, restricción o preferencia** que se basen en determinados motivos, como la **raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra** condición social, y que tengan por objeto o por resultado **anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio**, en condiciones de igualdad de los **derechos humanos y libertades fundamentales** de todas las personas (CCPR, 1989, párr. 7) [negritas añadidas].

Cabe precisar que esta definición fue incorporada de manera textual en el ámbito interamericano por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC 24/17 (ver párr. 62). Asimismo, en su Observación General No. 20, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) también hizo eco de la misma al señalar que su comprensión de discriminación abarcaba las conductas y finalidades que ya el Comité de Derechos Humanos había expresado. No obstante, añadió que las conductas descritas pueden darse directa o indirectamente y que, además, la discriminación también comprende la incitación a la discriminación y el acoso (2009, párr. 7).

Por su parte, el Comité de Trabajadores Migratorios, en su Observación General No. 2, aterriza estos desarrollos al campo de su interés indicando que, bajo su comprensión

(...) cualquier **diferencia de trato** basada en la **nacionalidad o la situación migratoria** constituye una discriminación, a menos que los motivos de dicha diferenciación estén establecidos por ley, persigan un fin legítimo en virtud de la Convención, sean necesarios en esas circunstancias concretas y sean proporcionales al fin legítimo que se persigue (2013, párr. 18) [negritas añadidas].

De esta manera, teniendo en cuenta lo establecido por los instrumentos referidos a las acciones, motivos de discriminación, finalidades y ámbitos en los que ocurre, es posible señalar que, en el marco del DIDH, el principio de no discriminación implica, en primer lugar, **cualquier acto de distinción y exclusión, así como restricción y preferencia**. Cabe resaltar, respecto a este último tipo de actos, que no aparece referido en instrumentos que buscan proteger los derechos de grupos específicos como mujeres, personas con discapacidad o personas adultas mayores. Al respecto, puede considerarse que la inclusión de actos de preferencia dentro de la definición de discriminación podría limitar la implementación de acciones afirmativas, como las cuotas por ejemplo, que buscan nivelar una situación de desventajas estructurales. De hecho, en instrumentos más recientes que incluyen el “preferir” como un tipo de acción, como la CIDI, se dispone que no constituye discriminación las medidas especiales o acciones afirmativas adoptadas para garantizar en condiciones de igualdad, el goce o ejercicio de uno o más derechos humanos y libertades. En ese sentido, puede concluirse que **la discriminación se consolida cuando la preferencia no tiene como objetivo garantizar el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad**.

Asimismo, estas acciones se originarán en base a **diversos criterios** como la raza, color, sexo, religión, opinión política o de cualquier otra índole, ascendencia nacional u origen social o étnico, idioma, posición económica, nacimiento, linaje, discapacidad, edad, orientación sexual, identidad y expresión de género, identidad cultural, nivel de educación, nacionalidad, situación migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, característica genética, condición de salud mental o física, entre otras. Entre ellas, se encuentran de forma explícita categorías que son motivo de abordaje en la presente investigación: sexo, género, nacionalidad o situación migratoria. Estas serán abordadas con mayor detalle en el próximo punto. Por otro lado, si bien no existe un consenso respecto a cuáles son las categorías prohibidas bajo el marco de este principio, en base a una interpretación evolutiva y en aplicación del principio pro persona, **consideramos pertinente tomar en cuenta el máximo parámetro de categorías mencionadas por, aunque sea, un instrumento**, sobre todo teniendo en cuenta que, en algunos de ellos, se establece una cláusula abierta al referirse a otras posibles causas de discriminación.

Al respecto de la finalidad, resulta interesante observar cómo los primeros instrumentos señalaban que esta estaba orientada a **anular, destruir o alterar** la igualdad de trato u oportunidades, mientras que instrumentos más recientes postulan verbos similares pero enfocados en el **ejercicio de derechos en condiciones de igualdad**. En esta línea, empiezan a concebirse como válidos tratos diferenciados, siempre que no tengan por efecto inequidad en cuanto al ejercicio de derechos. Al respecto, autoras como Barrere o McKinnon resaltan el contexto vinculado a la segunda ola del feminismo en donde la figura jurídica de la igualdad de trato empieza a ser cuestionada y, más bien, se dejar de aspirar a un trato igualitario con relación a las figuras masculinas sino a tener el mismo poder a través de la cultura jurídica (Barrère, 2008, pág. 47).

Por otro lado, es importante resaltar cómo el elemento de la finalidad no debe ser interpretado a partir de un criterio subjetivo; es decir, resulta poco relevante si se tiene la intención discriminatoria, ya que esta no es un requisito para un acto de discriminación, que más bien se consolida a partir de meros resultados (Bayefsky A. , 1990, pág. 9). Esta noción da pie a considerar la existencia tanto de discriminación directa como discriminación indirecta, tal como expresó el Comité DESC. Con ello, es posible concluir que **la finalidad no tiene tanto que ver con alterar la igualdad de trato sino en restringir el acceso a derechos en perjuicio, voluntario o no, de algunas personas** por los motivos antes señalados.

Finalmente, en cuanto a los ámbitos en los que puede presentarse la discriminación, en primera instancia, están los distintos espacios o esferas públicas en las que una persona suele desarrollarse: **laboral, educativa, social, cultural, política o económica**. No obstante, es claro que, a partir del desarrollo jurídico de instrumentos dirigidos a grupos específicos como la CEDAW afectados por problemáticas que no solían ser consideradas como situaciones públicas –como la violencia de género-, **esferas ajenas a la vida pública, incluso regidas por vínculos entre privados, son ámbitos que también pueden considerarse para definir una contravención al principio de no discriminación**.

Teniendo todo ello en cuenta, es posible esbozar, para los fines de la presente investigación, la siguiente definición del principio de no discriminación: es la prohibición de i) todo acto de distinción, exclusión, restricción o preferencia arbitraria, realizado de forma directa o indirecta, ii) basado en categorías como sexo, género, nacionalidad o situación migratoria, iii) que resulte en restricción en el acceso o ejercicio de derechos de las personas, iv) producido tanto en ámbitos públicos como en privados.

### Sobre la igualdad ante la ley

De acuerdo a Nogueir Alcalá, la igualdad como derecho subjetivo reconoce la titularidad del bien jurídico igualdad, que implica el derecho a no ser discriminado por razones de carácter subjetivo u otras jurídicamente relevantes. En esa línea, supone como correlato la prohibición de discriminación hacia actores estatales y particulares (2006, pág. 802). De hecho, la Corte IDH ha manifestado que la igualdad ante la ley traslada el principio de no discriminación al ámbito interno de los Estados, que deben abstenerse de introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley (Corte IDH, 2002, párr. 44).

Tradicionalmente, este derecho alcanza dos manifestaciones. Por un lado, está la igualdad en la ley en sí misma, que garantiza un límite para que la actuación del legislador no quiebre el principio de no discriminación a través del desarrollo de normativa que permita o propicie tratos discriminatorios. Por otro lado, se encuentra la igualdad en la aplicación ante la ley, que implica que los órganos no apliquen la ley de una manera distinta ante una situación similar (Eguiguren, 1997, pág. 64).

Ahora bien, históricamente, ambas manifestaciones, apuntaban a que las normas cumplieran con ser generales, abstractas y atemporales, y dotaran de igual capacidad jurídica a todas las personas sin distinción, con la finalidad de eliminar privilegios y arbitrariedades derivados de sistemas estamentales. No obstante, ante las diversas circunstancias que condicionaban la vida de las personas y que reproducían grandes disparidades en el ámbito socio-económico, este paradigma fue variando y empezó a cuestionarse la injusticia de tratar por igual a quienes se encuentran en distintas realidades sociales relevantes (Nogueira Alcalá, 2006, pág. 804).

En esa línea, desarrollos posteriores han permitido que la visión tradicional o "formal" de la igualdad transite a una más amplia que recoja el punto de vista material. Eguiguren señala que el derecho a la igualdad no requiere solo que una ley trate y se aplique por igual, sino que existe la obligación de que la ley fomente la creación de condiciones de igualdad entre las personas (1997, pág. 65).

Bajo esta misma lógica, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General N 18 sobre la No discriminación, ha establecido que, en base al art. 26 del PIDCP, que no se limita al ámbito de derechos enunciados en el Pacto y consagra un derecho

autónomo, los Estados deben velar porque las leyes que aprueben no tengan contenido discriminatorio (CCPR 1989: párr. 12).

### 2.1.2. Estándares en torno al principio de igualdad y no discriminación

A partir de las definiciones y alcances conceptuales planteados en el acápite anterior, debemos tener en claro cuáles son las obligaciones que se derivan de este principio y los estándares desarrollados en torno a estas. En líneas generales, es posible afirmar que en virtud de las dos dimensiones de este principio los Estados tienen las siguientes obligaciones: i) una prohibición de trato arbitraria, que implica no introducir en el ordenamiento jurídico interno regulaciones discriminatorias y eliminar del mismo dichas regulaciones; ii) crear condiciones de igualdad real frente a grupos históricamente excluidos y en mayor riesgo de sufrir discriminación, combatiendo prácticas discriminatorias; iii) cumplir con las obligaciones generales convencionales, como las de respeto y garantía en el SIDH, sin ejercer ningún tipo de discriminación (Corte IDH 2003: párr. 88-100; CIDH 2019: párr. 7-9).

Estas perspectivas, por tanto, implican dos tipos de acciones por parte de los Estados: por un lado, abstenerse de adoptar medidas o acciones que resulten discriminatorias y, por el otro, implementar medidas para prevenir la discriminación y garantizar el ejercicio de derechos de grupos en especial situación de vulnerabilidad en condiciones de igualdad, incluso si requiere de un trato diferenciado. Este último tipo de acción cobra vital importancia en contextos de discriminación estructural e interseccional.

Algunos órganos, como el Comité DESC, han añadido que, en cumplimiento del principio de no discriminación, en el proceso de adoptar medidas “concretas, deliberadas y específicas para la erradicación de cualquier tipo de discriminación en el ejercicio de los derechos”, los Estados deben garantizar que los individuos y grupos de individuos que pertenezcan a alguna de las categorías afectadas por uno o varios de los motivos prohibidos de discriminación participen en la toma de decisiones; adoptar legislación que prohíba expresamente la discriminación; e implementar políticas que combatan la discriminación formal y sustantiva en relación con derechos recogidos en el Pacto tanto en sector público como en el privado (2009: párr. 36-39).

Esta última condición vinculada a la necesidad de que el Estado implemente medidas también en el ámbito privado resulta de vital importancia en la medida en que este podrá

ser responsabilizado por una eventual vulneración por parte de terceros a cualquier persona bajo su jurisdicción si es que no tomó las medidas indispensables para impedirlo o para cesarla, reparando el daño causado (Corte IDH 2020: párr. 87). De hecho, desde el SIDH se ha establecido la existencia de un deber especial de protección frente a determinados grupos de personas respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo tolerancia o aquiescencia estatal, creen, mantengan o favorezcan situaciones discriminatorias (Corte IDH 2003: párr. 1034).

Por otro lado, es importante tener presente que, a lo largo del desarrollo del DIDH así como a partir de la integración de una visión material de la igualdad en las legislaciones internas, se han ido definiendo una serie de categorías o criterios que, históricamente, han sido motivo de discriminación. Algunas de ellas, recogidas en el acápite previo, son el sexo, la raza, las opiniones políticas, entre otras. En esa línea, es importante resaltar que si bien cualquier trato diferenciado sin fundamento no puede ser considerado prima facie como un acto de discriminación; en general, cualquier diferenciación que tenga como motivación alguna de las categorías mencionadas, a nivel de ordenamientos internos, debe presumirse inconstitucional por lo que debe someterse a un análisis de razonabilidad y proporcionalidad (Nogueira Alcalá, 2006); y, a nivel interamericano, se presume su incompatibilidad con la CADH (CIDH, 2013, párr. 98) , por lo que la carga de la prueba se invierte y recae sobre el Estado la necesidad de demostrar que una determinada actuación no fue discriminatoria (CIDH, 2014, párr. 63).

Partiendo de ello, en la presente investigación, nos enfocaremos en los estándares construidos en torno las siguientes categorías: la nacionalidad y/o situación migratoria; y el sexo y/o género.

#### *Estándares en torno a la no discriminación por nacionalidad y/o situación migratoria*

En los diversos instrumentos del DIDH aparecen diferentes nomenclaturas vinculadas a la no discriminación y nacimiento. Entre ellas, figuran categorías expresas como el origen nacional y/o nacionalidad<sup>26</sup>; incluso, bajo interpretaciones históricas surgidas a partir de la CERD, la alusión a discriminación racial recoge también la discriminación

---

<sup>26</sup> Algunos instrumentos recogen también la categoría “nacimiento”. De acuerdo a ciertos autores, esta puede interpretarse a través de dos direcciones: en un primer sentido, está referida a la pertenencia a castas o grupos sociales marginados y, en esa línea, está vinculada al origen nacional; y, en un segundo sentido, está relacionada a las distinciones basadas en la filiación y en los estatus jurídicos derivados de ella (Fernández López, 2009, págs. 29-30). Descartamos, de plano, para esta investigación, la noción de nacimiento enmarcada en el contexto de filiación; y mantendremos bajo análisis las categorías de origen nacional y nacionalidad.

por origen nacional<sup>27</sup>. Al respecto, debe hacerse una distinción entre el concepto de cada uno de estos términos, que a veces son interpretados como sinónimos.

De esta manera, el origen nacional tiene que ver con la “identificación con la pertenencia a una minoría nacional o una nación construida sobre elementos culturales y sociales” (Díaz Crego, 2010, pág. 128). Por su parte, la nacionalidad hace referencia al vínculo jurídico que posee una determinada persona con un Estado (Díaz Crego, 2010, pág. 128).

En el plano internacional, esta distinción aparece marcada, ya que originalmente ambas categorías no compartían el mismo alcance a nivel de protección. Esta condición se ve reflejada a través de instrumentos como la CERD que, como fue referido, recoge expresamente la discriminación por origen nacional; no obstante, deja al arbitrio de los Estados la potestad de establecer diferencias en el reconocimiento de derechos entre personas nacionales y personas migrantes; es decir, no garantizaba de la misma forma la no discriminación por nacionalidad (Vandenhole, 2005, pág. 91).

Así, por más que el origen nacional sea una categoría expresamente prohibida por este instrumento, está más bien vinculada a identidades socio-culturales, ya que en su art. 1.2 establece que las disposiciones de la Convención no se aplicarán a “las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado parte en la presente Convención entre ciudadanos y no ciudadanos”. En esa misma línea, en el art. 1.3. dispone que sus cláusulas no pueden afectar las disposiciones legales en torno a nacionalidad, ciudadanía o naturalización; no obstante, reconoce que esta medida puede ceder en caso de que alguna de estas disposiciones establezca discriminación particular contra alguna nacionalidad determinada.

Referencias similares se establecen en la DUDH, por ejemplo, que plasma el origen nacional como un elemento prohibido para la distinción o negación de los derechos contenidos en dicho instrumento; mientras que reserva la nacionalidad para prohibir cualquier tipo de restricción en cuanto al acceso al matrimonio y a la familia<sup>28</sup>. Esta concepción es reforzada por el PIDESC y PIDCP. En el caso del primero, si bien establece en su art. 2 el ejercicio de derechos sin discriminación por origen nacional,

---

<sup>27</sup> Así lo considera, por ejemplo, el Comité CERD, que expresó que la discriminación racial se presentaba a través de distintas manifestaciones, entre las que se incluía la nacionalidad, y que todas ellas merecían igual nivel de atención y medidas de protección para erradicarla. Ver Comité CERD, 2003, párr. 15.

<sup>28</sup> Artículo 16

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio (...).



también dispone que “en los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos (...) a personas que no sean nacionales suyos”.

En el caso del PIDCP, la situación es un tanto distinta. Aunque el art. 2 se refiere únicamente a origen nacional como motivo prohibido y no la nacionalidad, su art. 25<sup>29</sup> incorpora el término ciudadanos en lugar de personas, que es el que se emplea en los otros artículos. A partir de ello, es posible inferir que todos los derechos contenidos en el PIDCP, salvo los referidos en el art. 25, son garantizados a todas las personas sin importar su nacionalidad; aun así, esta base normativa permite que los Estados establezcan distinciones en cuanto al ejercicio de derechos políticos entre nacionales y/o naturalizados y extranjeros en situaciones migratorias temporales o permanentes.

De hecho, el único instrumento a nivel del SUDH que consagra expresamente la categoría nacionalidad como motivo prohibido de discriminación es la CMW, que en su artículo 7 dispone que:

Los Estados Partes se comprometerán, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la presente Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.

El panorama en el SIDH es similar aunque con ligeros matices. En el caso de la DADDH, ni siquiera se incluye expresamente a la categoría “origen nacional” como motivo prohibido de discriminación; mientras que la CADH y el Protocolo de San Salvador la incluyen en sus art. 1 y 3 respectivamente. Sin embargo, destaca que en el Preámbulo de dichos instrumentos se hace una mención a que “los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”.

---

<sup>29</sup> Artículo 25

Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;
- c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

Ahora bien, la jurisprudencia desarrollada por los distintos órganos encargados de la supervisión de los tratados mencionados ha permitido superar esta aparente ausencia de la nacionalidad como motivo prohibido de discriminación, además de establecer límites a las distinciones que los Estados pueden entre nacionales y no nacionales en cuanto al ejercicio de derechos. Por ejemplo, en su Observación General No. XX, el Comité CERD señaló que la excepción de no aplicabilidad de la Convención contenida en su art. 1.2 no regía sobre algunos de los derechos contenidos en el art. 5<sup>30</sup>, como el derecho a la igualdad ante los tribunales:

Siempre que un Estado imponga una restricción a uno de los derechos enumerados en el artículo 5 de la Convención que se aplique claramente a todas las personas bajo su jurisdicción, deberá garantizar que, ni por su finalidad ni por su efecto, la restricción sea incompatible con el artículo 1 de la Convención que forma parte integrante de las normas internacionales de derechos humanos (...)

Muchos de los derechos y libertades mencionados en el artículo 5, como el derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales, beneficiarán a todas las personas que vivan en un Estado determinado; otros, como el derecho a tomar parte en las elecciones, a votar y a ser elegido, son derechos de los ciudadanos (Comité CERD, 1996).

---

<sup>30</sup> Artículo 5

En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:

- a) El derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales y todos los demás órganos que administran justicia;
- b) El derecho a la seguridad personal y a la protección del Estado contra todo acto de violencia o atentado contra la integridad personal cometido por funcionarios públicos o por cualquier individuo, grupo o institución;
- c) Los derechos políticos, en particular el de tomar parte en elecciones, elegir y ser elegido, por medio del sufragio universal e igual, el de participar en el gobierno y en la dirección de los asuntos públicos en cualquier nivel, y el de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas;
- d) Otros derechos civiles, en particular:
  - i) El derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado;
  - ii) El derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país;
  - iii) El derecho a una nacionalidad;
  - iv) El derecho al matrimonio y a la elección del cónyuge;
  - v) El derecho a ser propietario, individualmente y en asociación con otros;
  - vi) El derecho a heredar;
  - vii) El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión;
  - viii) El derecho a la libertad de opinión y de expresión;
  - ix) El derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas;
- e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular:
  - i) El derecho al trabajo, a la libre elección de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, a igual salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria;
  - ii) El derecho a fundar sindicatos y a sindicarse;
  - iii) El derecho a la vivienda;
  - iv) El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales;
  - v) El derecho a la educación y la formación profesional;
  - vi) El derecho a participar, en condiciones de igualdad, en las actividades culturales;
  - f) El derecho de acceso a todos los lugares y servicios destinados al uso público, tales como los medios de transporte, hoteles, restaurantes, cafés, espectáculos y parques.

Años después, en su Observación General No. XXX, el Comité CERD fue aún más específico respecto al alcance que la distinción entre nacionales y no nacionales, establecida en su art. 1.2, puede tener: de esta manera, especificó que, en principio, las personas eran titulares de todos los derechos humanos y cualquier diferencia de trato basada en la ciudadanía o en la condición de migrante “constituirá discriminación si los criterios para establecer esa diferencia, juzgados a la luz de los objetivos y propósitos de la Convención, no se aplican para alcanzar un objetivo legítimo y no son proporcionales al logro de ese objetivo” (Comité CERD, 2005, párr. 4).

Por su parte, en el caso del Comité de Derechos Humanos, en su Observación General N° 13 sobre Administración de justicia, señaló que toda persona, independientemente de ser extranjero o nacional, será juzgado en un idioma que comprenda o será asistido gratuitamente por un intérprete. Asimismo, en su Observación General N° 15, dispone que, en general, las normas contenidas en el PIDCP deben ser garantizadas sin discriminación entre nacionales y extranjeros; cuestión que es reiterada en la Observación General N° 23, en donde expresa que, con arreglo al art. 2, “todo Estado parte se compromete a garantizar a todas las personas que se encuentran en su territorio y están sujetas a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto, excepto los derechos aplicables exclusivamente a los nacionales, por ejemplo, los derechos políticos del artículo 25” (1994:párr. 5.1). Posteriormente, en su Observación General N° 32, que reemplaza a la Observación General N° 13, establece que el acceso a la justicia debe ser garantizado a todas las personas independientemente de su nacionalidad o condición de apatridia.

En el caso del Comité DESC, este dispone en su Observación General No. 20, que la categoría “otra condición social”, que aparece expresamente en el Pacto, engloba la nacionalidad y, por lo tanto, los derechos reconocidos en él son aplicables a todos, incluidos los no nacionales, como los refugiados, los solicitantes de asilo, los apátridas, los trabajadores migratorios y las víctimas de la trata internacional, independientemente de su condición jurídica y de la documentación que posean (2009:párr. 30). Asimismo, los tratados específicos vinculados a situaciones de movilidad humana – como la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas y la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares- incluyen el ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales.

De otro lado, el Comité CMW dispone, en su Observación General N° 2, que los derechos garantizados en tratados de derechos humanos distintos a la CMW “son aplicables a todas las personas, incluidos migrantes y otros no nacionales” y complementa la lista de categorías comúnmente mencionadas en las cláusulas de no discriminación contenidas en dichos instrumentos, con la categoría “situación de residencia” (Comité CMW 2013: párr. 8).

Esto se condice con lo expresado por los órganos pertenecientes al SIDH. En esta línea, la Corte IDH ha manifestado que, teniendo en cuenta que el principio de no discriminación es una norma *ius cogens*, no se admite ningún acto jurídico que lo contravenga y, por tanto, no se admite ningún acto discriminatorio por motivo de, entre otras razones, la nacionalidad (Corte IDH 2003: párr. 101). Por su parte, la CIDH, que, en línea con lo estipulado en los instrumentos del SIDH, reiteró que el principio fundamental del DIDH es que los derechos no surgen por ser nacional de un Estado, sino que su fundamento está en los atributos de la persona humana (CIDH 2015: párr. 80). En esa línea, cualquier excepción al respeto y garantía de los derechos humanos basada en la nacionalidad, sería contraria a las bases del DIDH.

Ahora bien, teniendo claro que en el DIDH se reconoce, bien sea bajo la categoría de origen nacional o la categoría de nacionalidad, la protección en condiciones de igualdad y no discriminación hacia las personas migrantes respecto del ejercicio de sus derechos, los pronunciamientos de diversos órganos tanto del SUDH como del SIDH permiten analizar los alcances de dicha protección en un segundo nivel más específico vinculado a la situación migratoria.

La regla que parecen aplicar algunos órganos es garantizar la protección brindada por la cláusula de no discriminación a los no nacionales, con independencia de su situación migratoria. Así lo ha manifestado, por ejemplo, el Comité DESC en su Observación General No. 20 (Comité DESC, 2009, párr. 30); y el Comité CWM en su Observación General N° 2, donde dispuso, en relación con los derechos enunciados en la parte III de la CMW, que los Estados parte deben respetar la prohibición de discriminación, independientemente de la situación migratoria, velando porque su normativa y prácticas no discriminen a trabajadores migratorios y sus familiares, y adoptando medidas positivas para “prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que causen o perpetúen la discriminación de hecho contra esas personas” (Comité CMW, 2013, párr. 19).

Dichas medidas, además, deben apuntar a erradicar tanto la discriminación directa como la indirecta. Respecto a esta última, el Comité señala que es toda ley, política o práctica que parece neutral pero repercute de manera desproporcionada en los derechos de esas personas como, por ejemplo, la exigencia de certificados de nacimiento para el registro escolar, que puede afectar de manera desproporcionada a trabajadores migrantes en situación irregular debido a que no poseen dichos certificados o les ha sido denegados (2013, párr. 20).

En el caso del SIDH, se ha establecido que es factible aplicar tratos diferenciados con respecto a nacionales con fines limitados como el ingreso en fronteras o voto; sin embargo, no es posible aplicar restricciones respecto a determinados derechos como el derecho a la vida, la integridad personal, la igualdad ante la ley y el debido proceso (CIDH, 2015, párr. 223). Asimismo, se ha determinado que las políticas, leyes y prácticas de inmigración deben garantizar y respetar los derechos humanos de todas las personas y cualquier distinción debe ser objetiva, razonable y proporcional (CIDH, 2016, párr. 88).

En este sentido, la CIDH ha establecido, respecto a normativa migratoria, lo siguiente:

(...) el derecho fundamental a la igual protección ante la ley y la no discriminación obligan a los Estados a que sus políticas y prácticas de aplicación de la ley no estén injustificadamente dirigidas a ciertos individuos con base únicamente en sus características étnicas o raciales, tales como el color de la piel, el acento, la etnia, o el área de residencia que se conozca por tener una población étnica particular. Asimismo, tal como ha sido destacado, el derecho internacional de los derechos humanos no sólo prohíbe políticas y prácticas deliberadamente discriminatorias, sino también aquellas cuyo impacto sea discriminatorio contra cierta categoría de personas, aún cuando no se pueda probar la intención discriminatoria (CIDH, 2010, párr. 209).

Adicionalmente, la CIDH ha establecido también que no solo basta con que las leyes y políticas no se formulen y/o apliquen de manera que den lugar a la discriminación, sino que los funcionarios y agentes estatales deben cumplir cabalmente con estos principios, lo que requiere, en particular, abstenerse de aplicar operativos de control migratorio de forma discriminatoria (CIDH, 2002, párr. 412). Asimismo, en cumplimiento con el principio de no discriminación, los Estados deben abstenerse de emitir leyes o políticas migratorias que utilicen figuras delictivas para criminalizar la migración (CIDH, 2010, párr. 427) y emplear o fomentar la presencia de estereotipos y estigmatizaciones que asocien a las personas migrantes con delincuencia. Por otro lado, el Comité CWM ha determinado que el principio de no discriminación debe ser el centro de toda política y procedimiento migratorio (Comité CMW y Comité CRC, 2017, párr. 22).

Ahora bien, es importante tener en cuenta que si bien cualquier diferencia de trato con relación al acceso y ejercicio de los derechos humanos basada en la nacionalidad o en la situación migratoria de una persona constituye discriminación, las diferenciaciones son consideradas válidas cuando “esté establecido por ley, persigan un fin legítimo en virtud de la Convención, sean necesarios en esas circunstancias concretas y sean proporcionales al fin legítimo que persigue” (CMW, 2013, párr. 18). De este modo, el propio Comité establece una vía para consolidar distinciones tanto entre nacionales y no nacionales, como entre personas migrantes en situación regular y en condición irregular, cuestión que se ve particularmente reflejadas a través de las políticas migratorias y en el acceso a derechos económicos, sociales y culturales.

En esa línea, el mismo Comité, en la Observación General No. 1, establece que algunos DESC vinculados a la protección de los derechos laborales y las prestaciones de seguridad social debía ser garantizada en igualdad de condiciones con respecto a la población nacional independientemente de la condición migratoria (CMW, 2011, párrs. 38 y 42). Aun así, especificó, con relación al acceso a servicios sociales y de salud, que estos derechos debían ser garantizados en igualdad de condiciones que nacionales únicamente a trabajadores migratorios en situación regular.

Bajo esta misma lógica, en el propio PIDCP se establece una distinción entre migrantes en situación regular cuando se señala, en el art. 12.1<sup>31</sup>, que el derecho a la libertad de circulación y a elección de residencia están reservados a quienes se encuentren legalmente en el territorio. Aun así, el Comité de Derechos Humanos criticó algunas prácticas implementadas por los Estados que son discriminatorias por motivos de nacionalidad, las cuales incluyen distinciones entre quienes son ciudadanos por nacimiento y las personas nacionalizadas, requisitos para extranjeros que no se aplican a sus nacionales, y criterios estrictos para la obtención de la ciudadanía.

Con todo ello, es posible concluir que la nacionalidad constituye una categoría prohibida de discriminación con lo que, en líneas generales, los Estados deben abstenerse de implementar o mantener normativa que establezca diferenciaciones en base a ella, y hacer que el ejercicio de los derechos sea dado sin discriminación por nacionalidad. No obstante, estas obligaciones tienen un límite vinculado a determinados derechos como los derechos políticos por ejemplo. Asimismo, la situación migratoria derivada a la

---

<sup>31</sup> Artículo 12

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia (...)

nacionalidad también constituye un límite a este principio general, ya que el alcance de las obligaciones estatales de garantía y protección se ve restringida para determinados derechos, principalmente los DESC, ante personas en situación migratoria irregular.

### *Estándares en torno a la no discriminación por sexo o género*

Como categoría, el sexo integra el núcleo duro de los motivos prohibidos de discriminación en tanto aparece consagrada en todos los instrumentos del SUDH y del SIDH que contienen alguna disposición vinculada a la prohibición de discriminación. Esto implica que toda distinción basada en sexo es altamente sospechosa de ilegalidad y da lugar a un examen minucioso, en el que se tendrían que esgrimir razones de peso para justificar dicha decisión (CIDH, 2000, cap. VI, punto B; CIDH, 2001, párrs. 31 y 36).

Ahora bien, aunque la categoría consignada por los instrumentos internacionales es “sexo”, el desarrollo de la jurisprudencia de los diversos órganos de derechos humanos ha incluido la categoría género bajo el manto de la discriminación por sexo o, en cualquier caso, se ha reinterpretado a esta última para que su protección genere un mayor alcance y se centre en escenarios de discriminación por motivos de género. Un ejemplo de ello es la Observación General N° 28 de la CEDAW, en donde se estipula lo siguiente:

Si bien en la Convención solo se menciona la discriminación por motivos de sexo, al interpretar el artículo 1 junto con el párrafo f) del artículo 2 y el párrafo a) del artículo 5 se pone de manifiesto que la Convención abarca la discriminación contra la mujer por motivos de género. El término "sexo" se refiere aquí a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer. El término "género" se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que la sociedad atribuye a esas diferencias biológicas, lo que da lugar a relaciones jerárquicas entre hombres y mujeres y a la distribución de facultades y derechos en favor del hombre y en detrimento de la mujer. El lugar que la mujer y el hombre ocupan en la sociedad depende de factores políticos, económicos, culturales, sociales, religiosos, ideológicos y ambientales que la cultura, la sociedad y la comunidad pueden cambiar. La aplicación de la Convención a la discriminación por motivos de género se pone de manifiesto en la definición de discriminación contenida en el artículo 1. Esta definición señala que cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga por objeto o por resultado reducir o anular el reconocimiento, el disfrute o el ejercicio por las mujeres de sus derechos humanos y libertades fundamentales constituye discriminación, incluso cuando no sea en forma intencional. De esto se desprendería que el trato idéntico o neutro de la mujer y el hombre podría constituir discriminación contra la mujer cuando tuviera como resultado o efecto privarla del ejercicio de un derecho al no haberse tenido en cuenta la desventaja y la desigualdad preexistentes por motivos de género (2010: párr.5).

Ahora bien, existen autores como Dulitzky que han cuestionado el manejo que algunos órganos han dado a esta categoría, considerando que reemplazar “sexo” por “género”<sup>32</sup> supone un problema ya que, ambos términos, que tienen significados distintos, no son intercambiables (2007, pág. 18). No obstante, si bien efectivamente el sexo y el género se refieren a cuestiones distintas y, por lo tanto, la discriminación derivada de cada uno de estos motivos puede tener matices diferentes que debería ser advertida por los órganos del DIDH; ha sido imprescindible incluir bajo la prohibición de discriminación las cuestiones vinculadas al género bien sea por una interpretación evolutiva, más extensa y comprensiva de lo que al momento de la redacción de los instrumentos internacionales vigentes se entendía como simple discriminación sexual (Fernández López, 2009, pág. 25)<sup>33</sup>, o bien situándolas dentro de las nomenclaturas como “otras condiciones” que suelen contemplar las cláusulas de no discriminación.

Asumir una posición en contrario implicaría mantener una visión sesgada del fenómeno de la discriminación hacia las mujeres y hacia personas con identidades de género diversas. Por este motivo, en la presente investigación se partirá de que los estándares desarrollados a partir de la prohibición de discriminación por sexo son también aplicables a contextos de discriminación por género en el caso de las mujeres.

Sobre la discriminación contra la mujer, la CEDAW, el principal instrumento jurídico en la materia nivel universal, postula lo siguiente:

(...) [La discriminación] viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad.

En esa línea, establece en su art. 1 que constituye “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar (...) reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer (...) sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales (...)”. Esta alusión a las distinciones basadas en el sexo no implican que dicha motivación sea

---

<sup>32</sup> Tal uso del término género puede verse, por ejemplo, en el párr. 101 de la OC-18/03, en donde la Corte IDH emplea “género” como motivo prohibido de discriminación en lugar del término “sexo” que aparece explícitamente en la CADH, o en el párr. 39 del Informe de Fondo N° 4/01 Caso María Eguenia Morales de Sierra.

<sup>33</sup> Un ejemplo de este tipo de interpretación puede ser hallada en la Observación General No. 20 del Comité DESC, donde este establece que “(...) Desde la aprobación del Pacto, el concepto de “sexo” como causa prohibida ha evolucionado considerablemente para abarcar no solo las características fisiológicas sino también la creación social de estereotipos, prejuicios y funciones basadas en el género que han dificultado el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales en igualdad de condiciones” (2009: párr. 20).



explícita para considerar un acto como discriminatorio; por el contrario, cubre tanto situaciones de discriminación directa, cuando el sexo es mencionado para justificar un trato distinto, como de discriminación indirecta, cuando la aplicación de criterios aparentemente neutros derivan en impacto dispares sobre las mujeres (Freeman, Chinkin, & Rudolf, 2012, pág. 59).

Otro alcance relevante en el marco de la prohibición por sexo o género, es que esta no vincula únicamente a las acciones del propio Estado sino también a las acciones de terceros. Como habíamos referido previamente, el hecho de que la definición brindada por la CEDAW sobre discriminación hacia las mujeres incluya la alusión a que esta puede presentarse en cualquier esfera, permite considerar, en primer lugar, que esta está prohibida incluso en ámbitos privados; y en segundo lugar, que cuando se diera en estas esferas en las que, tradicionalmente, el Estado no tenía intervención, también acarrearía responsabilidad estatal.

Por otro lado, es preciso tener en cuenta que la prohibición de discriminación por sexo ha derivado en la consolidación de acciones afirmativas como una medida que supone un tratamiento diferenciado válido. De este modo,

(...) no están prohibidas aquellas distinciones o trato distinto que se les dé a las mujeres, que tengan como fin la promoción de su integración social o política o su desarrollo personal, como son las acciones afirmativas y todas aquellas medidas que les den preferencia en aquellas esferas en donde ha habido una discriminación histórica, siempre que estas acciones temporales tengan el fin de acelerar el logro de la igualdad entre hombres y mujeres. (Facio, 2009, pág. 21)

Asimismo, la prohibición de discriminación basada en sexo o género deriva en distintas obligaciones Estatales. Por un lado, se encuentra la obligación estatal de “abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación (...) (CEDAW, Art. 2)”. A esta obligación, se añade la de “tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas” (CEDAW, Art. 2), lo que incluye la adopción de medidas, crear instituciones y procedimientos, así como la distribución de recursos, para que las mujeres puedan gozar de todos sus derechos sin discriminación.

Adicionalmente, está la obligación de proteger, que requiere la promulgación de leyes y creación de mecanismos para prevenir y denunciar vulneraciones vinculadas a la prohibición de discriminación (Facio, 2009, pág. 70). Finalmente, se debe tener presente

que “al comprometerse con la igualdad entre los sexos (...), los gobiernos se obligan a respetar, proteger y garantizar o cumplir este derecho; eso significa, además de lo dicho anteriormente, que deben rendir cuentas ante sus poblaciones (y ante la comunidad internacional) por la violación de esas obligaciones” (Facio, 2009, pág. 70).

Si bien los alcances mencionados han sido desarrollados y/o recogidos por el SUDH y SIDH, en el caso de este último, es preciso resaltar, además, el desarrollo en torno al vínculo profundo entre la discriminación y violencia de género<sup>34</sup>. De este modo, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención Belém do Pará) establece, en su Preámbulo, que la violencia es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres; por lo tanto, “el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros, el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación” (Artículo 6.1). En esa línea, la CIDH ha determinado que, para cumplir con la obligación de debida diligencia frente a actos violentos, las autoridades deben tomar en cuenta los múltiples factores y condiciones de riesgo, incluyendo por su puesto el género pero también otros, que pueden exponer a una mujer a la violencia y discriminación (CIDH, 2009, párr. 160).

De esto se desprende que, según la interpretación de la CIDH, “la investigación de casos donde se interrelaciona violencia y discriminación requiere de un deber de diligencia particular, que analice el hecho mismo de violencia como el factor discriminatorio que pudo haberla motivado, agravado o caracterizado de manera particular” (Dulitzky, 2007, pág. 27).

### *Estándares en torno a la no discriminación por sexo o género en contextos migratorios*

Las mujeres migrantes en general son titulares de todos los derechos humanos reconocidos en instrumentos generales y también, por supuesto, titulares de los derechos garantizados por instrumentos específicos de protección hacia las mujeres como la CEDAW, la Convención Belem do Pará o la CMW. Esto evidentemente abarca también la prohibición de discriminación bien sea por su género o bien sea por su nacionalidad. Ahora bien, adicionalmente se han establecido determinados estándares que atienden a su situación particular marcada por la condición de migrante, además de

---

<sup>34</sup> Dicho vínculo fue abordado por primera vez por la CIDH en el caso Maria da Penha Fernandez, en donde determinó la existencia de un patrón general estatal e ineficacia judicial, basado en motivos discriminatorios, que creaba un ambiente propicio para la violencia doméstica (2001: párr. 56). Tal concepción fue reafirmada por la CIDH en el caso Mujeres de ciudad Juárez contra México, en donde reafirmó que la discriminación es un obstáculo para la prevención y sanción en asesinatos contra mujeres. agregar referencia a la sentencia.

su género y por supuesto otras variables que puedan definir una experiencia específica de discriminación.

De este modo, el Comité CMW ha establecido que los Estados deben incorporar la perspectiva de género al entender y buscar soluciones a la problemática de la discriminación basada en género a la que se exponen las personas a lo largo del proceso migratorio (Comité CMW, 2011, párr. 60). A juicio del Comité, esto requiere implementar las siguientes acciones:

Derogar las prohibiciones basadas en el sexo y suprimir las restricciones discriminatorias impuestas a la migración de las mujeres por motivos de edad, estado civil, embarazo o maternidad (arts. 1 y 7), incluidas las restricciones que exigen que las mujeres cuenten con la autorización de su marido o su tutor masculino para obtener un pasaporte o para viajar (art. 8) o las prohibiciones que impiden a las trabajadoras domésticas migratorias contraer matrimonio con nacionales del país de empleo o residentes permanentes en él (art. 14), o conseguir una vivienda independiente. Los Estados partes también deben revocar las leyes, reglamentos y prácticas relativos al VIH que resulten discriminatorios, en particular los que privan de visados de trabajo a los seropositivos, y velar por que no se obligue a las trabajadoras domésticas migratorias a someterse a reconocimientos médicos, incluidas las pruebas de embarazo y de infección por el VIH, sin su consentimiento informado previo (Comité CMW, 2011, párr. 61).

Por su parte, el Comité CEDAW (2008, párrs. 23-27) ha determinado que incorporar la perspectiva de género al ámbito migratorio implica, entre otras, las siguientes acciones:

- Formular políticas que tengan en cuenta el enfoque de género y derechos humanos, así como los principios de igualdad y no discriminación, para reglamentar y administrar todos los aspectos y fases de la migración, promoviendo la participación activa de las mujeres en el proceso.
- Realizar actividades de investigación, reunión de datos y análisis para identificar los problemas y necesidades de las mujeres migrantes
- Derogar las prohibiciones y restricciones basadas en el sexo y discriminatorias a la migración de las mujeres por razones de edad, estado civil, embarazo o maternidad.
- Elaborar programas de educación y concienciación en cuestiones de género y migración
- Velar por que las mujeres obtengan sus documentos de viaje en forma independiente y en condiciones de igualdad
- Velar por que las mujeres que deseen regresar a sus países de origen puedan hacerlo sin coerción ni abusos
- Capacitar, supervisar y vigilar debidamente a la policía de frontera y los funcionarios de inmigración en lo que respecta a las cuestiones de género y la aplicación de prácticas no discriminatorias en su trato con las mujeres migrantes
- Prevenir, enjuiciar y castigar todas las violaciones de derechos humanos cometidas en relación con la migración en el territorio bajo su jurisdicción, independientemente de si son perpetradas por autoridades públicas o por agentes privados
- Garantizar que los planes de reunificación familiar no entrañen ningún tipo de discriminación, directa o indirecta, en razón del sexo

Asimismo, en su Observación General No. 32, el Comité CEDAW determina que la prohibición de discriminación por sexo o género contenida en la CEDAW puede ser invocada en cualquier etapa del procedimiento para la determinación del estatuto de refugiado, durante los procesos de devolución y durante los procesos de integración de

mujeres a quienes se les haya concedido el asilo; así como en los procesos de determinación de la apatridia y todo procedimiento vinculado a adquisición, conservación o cambio de nacionalidad, incluyendo la transmisión de nacionalidad a hijos y cónyuges (2014:párr. 11). En esa misma línea, se dispone lo siguiente:

De conformidad con el artículo 2 c) de la Convención, los procedimientos de asilo de los Estados permitirán que las solicitudes de asilo de las mujeres se presenten y evalúen sobre la base de la igualdad de una forma justa, imparcial y oportuna. Se aplicará un enfoque que tenga en cuenta las cuestiones de género en todas las etapas del proceso de asilo, lo que significa que las solicitudes de asilo presentadas por las mujeres deben determinarse mediante un sistema de asilo basado, en todos los aspectos de su política y sus operaciones, en una comprensión total de las distintas formas de discriminación o persecución y de violaciones de los derechos humanos de las que son objeto las mujeres por motivos de género o de sexo (Comité CEDAW 2014: párr. 25).

Adicionalmente, de acuerdo al Comité CEDAW, las políticas de migración y asilo discriminatorias por razón de sexo que establecen medidas como mayor control de fronteras, denegació de entrada, devolució sumaria, expulsió o detenció , “(...) limitan la circulación de las mujeres y las niñas que huyen de crisis y zonas de conflicto. También aumentan su vulnerabilidad a todas las formas de explotació (...)” (2020, párr. 24). Por otro lado, señala que “las disposiciones neutras en cuanto a género en las políticas migratorias contribuyen a limitar el acceso de las mujeres a vías de migración segura y regular y a oportunidades de trabajo regular y decente en los países de tránsito y de destino” e incluso pueden derivar en situaciones de discriminació indirecta (2020, párr. 26). De este modo, reconoce el impacto de estereotipos de género, leyes discriminatorias y discriminación, entre otros factores, en la capacidad que tienen las mujeres para migrar.

En esa línea, aunque con fundamento en su soberanía los Estados tengan la potestad de regular su política migratoria, deben hacerlo sin dejar de cumplir las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, entre las que se incluye “respetar, proteger y facilitar el ejercicio de los derechos humanos de la mujer en todas las etapas del ciclo migratorio” (Comité CEDAW, 2008, párr. 3); así como “la transparencia y la rendición de cuentas en las formas en que los Estados gobiernan la migración y proporcionan vías seguras que garanticen los derechos humanos de las mujeres en todas las etapas de la migració ” (Comité CEDAW, 2020, párr. 23).

Incluso, el Comité CMW ha señalado que los Estados deben aplicar un análisis de género sobre las políticas y programas de migración que involucren a niños de todos los géneros con el objetivo de examinar y modificar cualquier restricción, en la ley o en la práctica, que sea discriminatoria por razones de género y limite las oportunidades de las

niñas migrantes o no reconozca su autonomía para tomar decisiones (Comité CMW y Comité CRC, 2017, párr.24).

Asimismo, Observación No. 2, si bien no identifica a la violencia como un acto de discriminación sino más bien como una vulneración a derechos civiles de las mujeres, señala que los Estados parte de la Convención tienen la obligación de proteger a los trabajadores migratorios y sus familiares de la “violencia, daño corporal, amenazas y la intimidación, ya sea por parte de funcionarios públicos o de particulares, grupos o instituciones” (Comité CMW, 2013, párr. 21). En esa línea, determina que los Estados tienen las siguientes obligaciones:

- Aprobar y aplicar legislación que prohíba estos actos
- Investigar con eficacia casos de malos tratos y violencia
- Procesar y castigar con penas adecuadas a los responsables de estos actos
- Proporcionar una reparación adecuada a las víctimas y sus familiares
- Proporcionar a funcionarios públicos formación en materia de derechos humanos
- Vigilar de manera efectiva el comportamiento de los funcionarios y reglamentar el de las personas físicas y entidades privadas a fin de prevenir estos acto

Por su parte, la Convención Belem do Pará establece en su artículo 9 que para la adopción de las medidas establecidas en todo el tratado los Estados “(...) tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada (...)”.

Teniendo lo expuesto en cuenta, es posible catalogar los principales estándares de acuerdo a la siguiente distribución:

Tabla No. 3. Estándares en torno al principio de no discriminación

|  |  |
|--|--|
| Estándares generales en base principio de no discriminación                    | <ul style="list-style-type: none"> <li>- E1: Los Estados tienen tres obligaciones: i) prohibición de trato arbitrario, lo que incluye no introducir disposiciones discriminatorias en su legislación y eliminar las existentes; ii) crear condiciones de igualdad real para grupos históricamente discriminados; y iii) cumplir con obligaciones impuestas por otros tratados de DDHH sin discriminación.</li> <li>- E2: Considerar la participación de grupos vulnerables a la discriminación en la toma de decisiones; establecer legislación que la prohíba expresamente; e implementar políticas que combatan la discriminación formal y sustantiva.</li> <li>- E3: Existe un deber especial de protección en relación con determinados grupos frente a la actuación de terceros que, bajo tolerancia o aquiescencia estatal, creen, mantengan o favorezcan situaciones discriminatorias.</li> </ul> |
| Estándares en base a la prohibición de discriminación por nacionalidad, origen | <ul style="list-style-type: none"> <li>- E4: Las personas migrantes son titulares de todos los derechos humanos y cualquier distinción basada en la ciudadanía o estatus migratorio constituirá discriminación.</li> <li>- E5: Se permiten excepciones en relación con determinados derechos como los políticos o la libertad de circulación. Las excepciones deben ser proporcionales y no pueden basarse en criterios discriminatorios como raza, etnia, nacionalidad, entre otros.</li> </ul>   |

|   |  |
|---|--|
| <p>nacional y/o condición migratoria</p>  | <ul style="list-style-type: none"> <li>- E6: Velar porque normativa y políticas no discriminen, pero también adoptar medidas positivas para prevenir y eliminar actitudes que causen o perpetúen discriminación de hecho, así como evitar la discriminación directa e indirecta.</li> <li>- E7: Los agentes estatales deben cumplir con los estándares. con este principio: Especialmente, deben abstenerse de practicar operativos de control migratorio de forma discriminatoria.</li> <li>- E8: No emitir leyes o políticas que criminalicen la migración o contengan estereotipos que asocien a las personas migrantes con delincuencia.</li> <li>- E9: El acceso a determinados derechos puede estar limitado a personas migrantes en situación regular.</li> </ul>   |
| <p>Estándares en base a la prohibición de discriminación por sexo o género</p>                          | <ul style="list-style-type: none"> <li>- E10: Toda distinción basada en este criterio es altamente sospechosa de ilegalidad y da lugar a un examen minucioso.</li> <li>- E11: Abarca también las situaciones de discriminación indirecta. Asimismo, vincula no solo al Estado sino también a las acciones de terceros.</li> <li>- E12: No están prohibidas las distinciones que constituyen acciones afirmativas.</li> <li>- E13: Abstenerse de incurrir en actos de discriminación contra la mujer y velar porque autoridades se comporten en línea con esto, además de tomar medidas para eliminar la discriminación contra la mujer en todas las esferas.</li> <li>- E14: La investigación de casos donde se interrelaciona violencia de género y discriminación requiere de un deber de diligencia particular.</li> </ul>  |
| <p>Estándares en base a la prohibición de discriminación por sexo o género en contextos migratorios</p> | <ul style="list-style-type: none"> <li>- E15: Las mujeres migrantes son titulares de los derechos reconocidos en instrumentos generales y específicos como la CMW, CEDAW o Belem do Pará.</li> <li>- E16: Formular políticas con enfoque de género y de derechos humanos, e incluir el principio de igualdad y no discriminación, para reglamentar todos los aspectos y fases de la migración. Incorporar la perspectiva de género al buscar soluciones específicas a la discriminación basada en género a la que se exponen las personas a lo largo del proceso migratorio. Las mujeres migrantes deben participar activamente del proceso.</li> <li>- E17: Derogar prohibiciones y restricciones a la migración de las mujeres basadas en edad, estado civil, embarazo, autorización de marido o tutor masculino.</li> <li>- E18: En el caso de las trabajadoras migratorias, los Estados deben erradicar prohibiciones que les impidan contraer matrimonio con nacionales o residentes del país; conseguir viviendas independientes; reglamentos que las obliguen a someterse a reconocimientos médicos, incluyendo las pruebas de embarazo y de infección por VIH.</li> <li>- E19: Realizar actividades de investigación, reunión de datos y análisis para identificar los problemas y necesidades de las mujeres migrantes; elaborar programas de educación y concienciación en cuestiones de género y migración; capacitar, supervisar y vigilar debidamente a la policía de frontera y los funcionarios de inmigración en lo que respecta a las cuestiones de género; prevenir, enjuiciar y castigar todas las violaciones de derechos humanos cometidas en relación con la migración por autoridades públicas o agentes privados.</li> <li>- E20: Aplicar un enfoque que tenga en cuenta las cuestiones de género en todas las etapas del procedimiento de asilo.</li> <li>- E21: Tener presente que el mayor control de fronteras, denegación de entrada, devolución sumaria, expulsión o detención, limitan la circulación de mujeres y niñas que huyen de crisis y zonas de conflicto, y aumentan su vulnerabilidad a todas las formas de explotación.</li> <li>- E22: Asegurar la transparencia y la rendición de cuentas en las formas en gobiernan la migración y proporcionan vías seguras que garanticen los derechos humanos de las mujeres en todas las etapas del proceso migratorio</li> </ul> |

### **2.1.3. Análisis de los estándares desarrollados en torno al principio de no discriminación desde la crítica feminista jurídica**

Teniendo en cuenta lo expuesto en el acápite previo, es imposible negar que el DIDH – y en particular, el principio de no discriminación- ha aportado avances que incorporan una perspectiva de género en el abordaje de protección y garantía de derechos en el contexto migratorio. De esta forma, la protección de los derechos de las mujeres migrantes está garantizada a través de distintas esferas incluyendo los estándares generales en torno al principio de no discriminación; los vinculados a la prohibición de discriminación por nacionalidad o situación migratoria; los vinculados a la prohibición de discriminación por sexo o género; y los desarrollados en torno a la prohibición de discriminación por sexo o género específicamente en contextos migratorios.

Ahora bien, si bien las esferas de protección son múltiples, en realidad si es que estas no recogen una perspectiva amplia de las necesidades y prioridades de las mujeres, y de las mujeres migrantes en específico; así como una comprensión de las jerarquías de género que moldean la experiencia femenina al migrar; podrían estar recayendo en los puntos en los que la crítica legal feminista hace énfasis: falso universalismo, dicotomía entre esferas pública y privadas, falsa neutralidad, reforzamiento de estereotipos de género, entre otras.

También es relevante tener presente que el alcance del principio de no discriminación puede ser limitado, entre otros factores, a) por la forma en que fue constituido y desarrollado como parte de una disciplina, en principio, androcéntrica; b) porque los estándares desarrollados en torno a él no son ajenos a sesgos de género; o c) porque los estándares desarrollados a partir del principio aún presentan ausencias o carencias relevantes para situar a las mujeres, y en particular a las mujeres migrantes, como sujetas plenas de derecho.

A continuación, se analizará, a partir de la metodología descrita en la sección inicial del presente capítulo, en qué medida el principio de no discriminación y los estándares desarrollados en torno a él puede presentar limitaciones vinculadas a los factores mencionados.

- a. *Sobre la forma en que fue desarrollado y constituido el principio de no discriminación*

Tal como se refirió en el primer capítulo de esta investigación, el Derecho no ha sido inmune a la jerarquía de género presente en el desarrollo histórico social de la humanidad; por el contrario, ha sido un producto de esta y, al mismo tiempo, una herramienta que contribuye, de forma intencional o no, a mantenerla. El desarrollo del principio de no discriminación se inserta en este marco. Como resultado, en una etapa temprana, estuvo concebido para garantizar una igualdad formal ajustada a un parámetro androcéntrico.

De este modo, la igualdad entre sexos fue reconocida desde un inicio en la consolidación del DIDH a través de instrumentos pilares como la DUDH o la DADDH. No obstante, dicha mención no fue suficiente para lograr un cambio en la posición social que tenían las mujeres y, por el contrario, situaciones en las que se menoscabaron sus derechos seguían siendo frecuentes y naturalizadas. De este modo, aunque hubo un reconocimiento de que las mujeres son titulares de los mismos derechos que los hombres, este partía de una lógica asimilacionista que pretendía la paridad sin pasar por el reconocimiento de la existencia de dos (o más) sujetos de derechos (Pitch, 2010, pág. 436). La explicación más clara para esta consecuencia es que la vocación del principio de no discriminación, al menos en un inicio, no estaba vinculada a cambiar el panorama social marcado por relaciones jerárquicas de género o por cualquier otro tipo de relaciones de poder que implicaban opresión, sino a garantizar que, en el plano jurídico, todas las personas pudieran acceder a los mismos derechos que eran ejercidos por un grupo privilegiado.

Ahora bien, la introducción de concepciones sobre la igualdad material y la discriminación indirecta contribuyó a que las necesidades de otros grupos, como las mujeres, fueran visibilizadas y abordadas. Es en base a estas nociones que se han desarrollado estándares generales en torno al principio de no discriminación importantes para garantizar los derechos de las mujeres como la obligación garantizar la no discriminación no solo a través de la prohibición de tratos arbitrarios o disposiciones normativas que generen desigualdad, sino también de generar condiciones de igualdad real para grupos históricamente discriminados, considerando la participación de individuos que los conforman en la toma de decisiones al respecto (ver E1 y E2).

De la misma forma, la concepción de igualdad material se ve reforzada por la estipulación de un deber especial de protección no solo frente a actuaciones Estatales, sino frente a la actuación de terceros que creen, mantenga o favorezcan situaciones



discriminatorias (ver E3). Esta idea es retomada en los estándares específicos sobre nacionalidad y/o condición migratoria, que estipulan que los Estados deben adoptar medidas positivas para prevenir y eliminar actitudes que causen o perpetúen discriminación de hecho, incluyendo la de los propios agentes estatales (ver E4 y E6) . Y también es abordada desde los estándares de no discriminación por sexo y/o género, que señalan que esta prohibición vincula no solo al Estado sino también a las acciones de terceros (ver E11); y, en ese sentido, no están prohibidas las distinciones que constituyen acciones afirmativas para garantizar la no discriminación hacia las mujeres en todas las esferas, incluyendo la privada (ver E12 y E13).

Es evidente que estándares desarrollados en ese sentido, al apuntar a una igualdad material y no solo formal, aseguran que grupos que enfrentan barreras estructurales para ejercer sus derechos, aunque a nivel jurídico estos sean reconocidos, como las mujeres y las personas migrantes, puedan superarlas. Aun así, la propia naturaleza del principio de no discriminación, evidenciada a través de las acciones que recogen los instrumentos que lo consagran (como distinguir, preferir o excluir), siempre presupone un comparativo y, en esa línea, su potencial para reconocer a la persona o a un colectivo como un ente autónomo, con particularidades que se definen no necesariamente en contraposición a otro, es limitado.

De este modo, el principio de discriminación termina por reflejar la definición de “grupos sociales” postulada por Iris Marion Young, que indica que “un grupo social es un colectivo de personas que se diferencia de al menos otro grupo a través de formas culturales, prácticas o modos de vida (...) que existe solo en relación con al menos otro grupo” (2000, pág. 77). Pero al partir de un parámetro androcéntrico, la aplicación del principio de no discriminación posiciona a los grupos sociales diversos como una alteridad al prototípico sujeto de derecho que, generalmente, es masculino; estableciéndolo como un parámetro al cuál se debe alcanzar, aún cuando la naturaleza de los grupos sociales implicados sea distinta. Incluso, a partir de desarrollos más recientes, es posible vislumbrar este mismo efecto del principio de no discriminación en relación con sujetos de derecho femeninos, si es que se ubican en otra situación de poder definida por su pertenencia a otra categoría privilegiada; ya que posiciona a una determinada mujer con acceso a poder por diversas causas como el parámetro de los derechos a obtener por otras mujeres cuyas realidades pueden ser similares o no a la de la primera.

En el campo migratorio, un ejemplo de cómo la naturaleza del principio de no discriminación puede limitar el ejercicio de derechos por parte de las mujeres migrantes puede verse en el abordaje hacia la situación de las mujeres provenientes de culturas islámicas en países occidentales, donde son aprobadas leyes que prohíben la exhibición de símbolos religiosos como el velo. Tras normas como la referida, hay una intención de garantizar una mayor igualdad para mujeres que, a los ojos de occidente, integran culturas caracterizadas por una mayor opresión de género; sin embargo, estas acciones están pensadas en garantizar derechos que son usualmente reivindicados por mujeres occidentales o por la cultura occidental, que finalmente se convierten en el parámetro a partir del cual se analiza la situación de mujeres no occidentales y se les coloca en el rol de las “otras” o de “víctimas”. En contraposición, no se profundiza más allá de los símbolos y no se analiza la causa real de la desigualdad o la violencia perpetrada que pueden estar enfrentando este grupo de mujeres (Petit Pérez, 2005).

De este modo, sus necesidades o puntos de vista –como colectivo o a nivel individual– en torno a derechos y libertades, las mismas que pueden tener que ver mucho más allá de su género y cuya limitación puede tener origen en ámbitos más allá de lo religioso, son obviadas.

Las continuas polémicas sobre el *hijab* y su presencia en el espacio público constituyen un conflicto generado por estas formas de representación estereotipada de la alteridad. De hecho, la necesaria significación del velo islámico como síntoma de desigualdad patriarcal asociada a la cultura de origen, ha sido repetidamente negada por la propia experiencia de las mujeres musulmanas que deciden llevarlo (Aixelá, Y. 2000; Mohuali, D. 2000, Badran, M. 2009) El velo es en definitiva el “paradigma de la no-comprensión de la otredad” (García, Vives Riera, Expósito Molina, Pérez-Rincón Fernández, & López, 2011, pág. 289).

Otro rasgo que, desde su concepción, limita los alcances que el principio de no discriminación puede tener con relación a la protección y garantía de los derechos de las mujeres es su vocación exclusiva para corregir situaciones individuales. De esta manera, el principio de no discriminación, de forma derivada de su aspecto comparativo, apunta a solucionar una situación jurídica o material de desventaja que posiciona a un individuo en relación con otro. No obstante, no pretende destruir las jerarquías entre grupos de personas y garantizar el acceso al poder de forma equitativa.

Nociones como la “discriminación estructural” han permitido visibilizar situaciones materiales de desigualdad que obedecen a factores históricos y culturales y responden a una lógica de pertenencia a grupos o colectivos. Frente a la discriminación estructural, a partir de la prohibición de discriminación indirecta y teniendo en cuenta la igualdad

material, el principio de no discriminación apunta a garantizar medidas para que grupos históricamente discriminados puedan ejercer derechos y libertades sin que estos sean restringidos por su pertenencia a dicho grupo.

Sin embargo, teniendo en cuenta las dinámicas sociales y jurídicas actuales, parece ser que la introducción de esta noción no ha sido suficiente para superar las inequidades y garantizar que las mujeres sean consideradas sujetos de derecho plenas. Esto puede obedecer, entre otros factores, a la falta de visión interseccional de la discriminación estructural y a la forma en el que el propio Derecho está concebido, donde, como se verá posteriormente, principios como el de seguridad jurídica o el principio de soberanía restringen la capacidad de actores interesados en reconcebir las jerarquías de poder construidas en torno a categorías como el género.

b. Sobre sesgos de género en estándares sobre principio de no discriminación

Entre los estándares hallados en torno al principio de no discriminación que resultan aplicables a la situación de las mujeres migrantes es pertinente señalar que varios de ellos son plausibles de ser aplicados adecuadamente a partir de un enfoque de género. Entre ellos, por ejemplo, destacan la estipulación de tres obligaciones generales de los Estados bajo el marco del principio de no discriminación (ver E1) que son aplicables a personas migrantes; o la existencia de un deber especial de protección frente a actuaciones de terceros que mantengan situaciones discriminatorias (ver E3), entre otros (ver E10, E11, E12, E13 y E14). Aun así, algunos de ellos, mantienen rasgos de sexismo, con lo que la protección a la que apuntan no resulta adecuada e, incluso, puede presentar consecuencias no deseadas.

En esa línea, se encuentra, por ejemplo, el hecho de que la adopción de medidas para erradicar cualquier tipo de discriminación implique considerar la participación de las personas pertenecientes a grupos en especial situación de vulnerabilidad en la toma de decisiones (ver E2). Si bien en apariencia este estándar no se circunscribe en la experiencia exclusiva masculina, ni busca satisfacer necesidades específicas del género masculino, sino que más bien promueve la integración de diferentes perspectivas en los procesos de toma de decisiones, las experiencias de su aplicación práctica pueden no alcanzar este fin. De este modo, el proceso de toma de decisiones, bajo este estándar, implica un estándar de participación ciudadana que, a la vez, requiere, cuando menos, presupuestos como la cercanía con la autoridad; la

conformación de redes, comunidades y asociaciones; la disposición de tiempo libre (lo que puede suponer un reto en términos económicos y sociales); y la presencia en el espacio y debate público (Font, 2004) (Petit Pérez, 2005).

Teniendo en cuenta este contexto necesario para que la representatividad en la toma de decisiones sobre políticas y medidas para erradicar la discriminación pueda ser efectiva, es posible sostener que las mujeres migrantes suelen ver restringido su acceso a este tipo de mecanismos en base a dos fundamentos. Por un lado, con base a diversos instrumentos internacionales así como normativas internas -y también a partir de una concepción limitada de ciudadanía-, los Estados suelen limitar el ejercicio de derechos políticos –entre los que se encuentra la participación ciudadana- a sus nacionales; con lo que la población migrante no es titular directa, o al menos titular principal, de este tipo de derechos.

Por otro lado, aún cuando haya espacio para la participación política de la población migrante a nivel formal, los sesgos de género limitan su integración en este aspecto. Al respecto, Amelia Petit Pérez, en el contexto español, ha postulado que existen diversos factores que inciden en la escasa participación de las mujeres migrantes en el espacio público, vinculados a que no son consideradas agentes activos de sus propios procesos migratorios, restricciones en el acceso al ámbito laboral, limitaciones en el acceso a regularización migratoria de forma independiente, los estereotipos y el abordaje de la migración desde los medios de la comunicación. Asimismo, destacan también

(...) la soledad, la falta de apoyo y financiación económica por parte de la Administración Autónoma hacia las Asociaciones de mujeres, la pobreza, el desarraigo, la exclusión social, el tipo de trabajo y sus condiciones, la situación jurídica y legal, la falta de redes de apoyo, el escaso apoyo del marido/compañero en la asunción de responsabilidades en el cuidado del hogar e hijos; entre otras razones. Todo ello, les hace especialmente vulnerables y dificulta su participación tanto en la vida pública como asociativa generando situaciones de mayor riesgo de sufrir violencia y/o una mayor dificultad para prevenirla. Por lo que la pregunta sería: ¿cómo se puede participar, teniendo en cuenta los múltiples obstáculos con los que deben de afrontar las mujeres en general y en concreto, las migrantes?... (Petit Pérez, 2005, pág. 9)

Esto no quiere decir que las mujeres migrantes no forman comunidades y redes con causas y propósitos políticos definidas; por el contrario, muchas veces son ellas quienes se articulan en torno a exigencias vinculadas al acceso a servicios básicos, por ejemplo. Sin embargo, su participación en procesos de toma de decisiones sigue siendo limitada y accesoria, no un elemento central al momento de definir políticas migratorias ni otro tipo de política que impacte en el ejercicio de sus derechos. Incluso, en el marco de una investigación antropológica planteada por Rocío Castillo en el contexto estadounidense,

se ha sostenido que cuando hay cabida para su participación en el espacio público, en contraste con sus pares masculinos, las voces de las mujeres migrantes provenían -o debían provenir- desde un espacio de reivindicación con control y apelación a las emociones, pues cualquier manifestación de ira e indignación podía ser interpretada, incluso dentro de la propia comunidad migrante, como un atentado condenable contra las relaciones de poder entre estos grupos y las autoridades (Castillo, 2020).

En esa línea, el espacio público ganado por las mujeres migrantes estaba condicionado a una situación de vulnerabilidad mantenida por diversos factores, entre ellos la culpa por la situación de “infracción” o “fragilidad” en la que se encontraban respecto a la normativa migratoria. Dicha posición, aunque válida en tanto es una realidad frecuente entre las mujeres migrantes, no debe convertirse en la condición para que las mujeres migrantes sean escuchadas y tomadas en cuenta en los procesos de participación.

A causa de esto, el estándar referido debe ser acompañado de otro tipo de desarrollos que, por un lado, supriman las restricciones de ejercicio de derechos políticos por motivos de nacionalidad; y, por el otro, brinde las condiciones adecuadas para que las mujeres puedan integrar procesos y mecanismos políticos en coordinación con las autoridades, a través de la superación de las barreras esbozadas en los párrafos anteriores; y, además, posicionarlas como agentes de sus procesos migratorios sin encasillarlas en un rol de vulnerabilidad estereotipado.

En esa misma línea, los estándares vinculados a la permisión de excepciones en relación con el ejercicio de determinados derechos políticos; la libertad de circulación en el caso de acceso a territorio; o derechos económicos, sociales y culturales; vinculadas a la nacionalidad y/o estatus migratorio de las personas, también resultan problemáticos (ver E5 y E9). El establecimiento de este tipo de excepciones están basadas en el principio de soberanía y en la capacidad estatal de determinar sus políticas migratorias. Sin embargo, el propio principio de soberanía ha sido también cuestionado por mantener un sesgo androcéntrico desde la crítica feminista.

De acuerdo con los propios estándares, las excepciones deben responder a la proporcionalidad y no pueden basarse en criterios discriminatorios. Aun así, incluso guiadas bajo el principio de proporcionalidad, dichas excepciones podrían ser consideradas arbitrarias y discriminatorias en función de la condición migratoria de una persona. Asimismo tienen un impacto diferenciado en función del género que no parece

ser tomado en cuenta por los Estados al momento de aplicar instrumentos internacionales.

De este modo, se debe tener en cuenta que en contextos como el latinoamericano, las mujeres migrantes encuentran barreras particulares para obtener un estatus regular en contraposición a los varones. Esto se explica, por ejemplo, en el contexto familiar, porque se les suele asignar a los varones el rol de figura proveedora, con lo que la finalmente opta por priorizar los recursos con los que cuenta -económicos, humanos, etc.- en seguir primordialmente procedimientos de regularización para el hombre migrante.

De igual forma, se debe tener presente en diversos ordenamientos se plantea una visión utilitaria de la migración, que prioriza un determinado perfil de migrante “beneficioso” en términos económicos para el país de destino. En esa línea, a través de políticas y normativa migratoria, se facilita el acceso de personas con altos niveles educativos, con recursos económicos, con perfiles “deseados”; mientras que se restringe el acceso a quienes no cumplen con estas características.

(...) Así, distinguen entre *buenos* y *malos* inmigrantes, es decir, entre los que se ajustan a lo que nosotros entendemos como inmigrantes necesarios (adecuados a la coyuntura oficial del mercado formal de trabajo, asimilables culturalmente, dóciles) y los demás, que son *rechazables*, bien por delincuentes (cometen actos delictivos, comenzando por entrar clandestinamente en nuestro país, lo que evoca connivencia con las mafias), bien por imposibles de aceptar (porque desbordan nuestros nichos laborales o son inasimilables) (De Lucas, 2002)

Esta noción compartida por De Lucas, que reconoce que la figura de la persona migrante finalmente se sitúa en relación con una clasificación en términos de mercado, incluso trasciende los ordenamientos nacionales; ya que el único instrumento internacional vinculante que aborda de forma específica el tema de las migraciones (la CMW) responde a esta lógica. Bajo este marco normativo, resulta preciso atender y regular la inmigración bajo la figura del “buen migrante”; es decir de aquel cuyo proyecto migratorio finalmente responda a una lógica laboral y económica.

A esta perspectiva pueden ser añadidas los aportes de Domenech y Magliano, que sostienen que la agenda a nivel de gobernanza migratoria a nivel global, liderada por las agencias de Naciones Unidas, configura un estado en que a partir de la imposibilidad de controlar “los flujos migratorios, especialmente aquellos de carácter ‘irregular’, los migrantes son clasificados en base a una supuesta (in)utilidad, estableciendo una serie de ‘ventajas’ o ‘beneficios’ y ‘desventajas’ o ‘perjuicios’ (no sólo económicos) de la

migración” (2009, pág. 56). Bajo este parámetro es que si bien empiezan a tomar en cuenta a las mujeres migrantes lo hacen desde una posición, entre otras, que requiere que estas experiencias migratorias sean “un factor de desarrollo para las comunidades de origen y de destino”.

Así, a pesar de que cada vez son más los esfuerzos para garantizar que las mujeres tengan un acceso pleno a la educación, al mercado laboral formal y al poder económico en general, las brechas con respecto a los hombres siguen siendo considerables, especialmente en el caso de mujeres racializadas, pobres, con discapacidades, indígenas, trans, entre otras. En esa línea, los perfiles de mujeres migrantes podrían representar una menor capacitación a nivel académico/laboral y menor poder económico que un hombre migrante, con lo que probablemente tiendan a insertarse en mayor proporción en las sociedades de destino con un estatus migratorio irregular ya que las vías de regularización existentes están pensadas en un tipo de migrante que no las concibiría como deseadas.

Las disposiciones neutras en cuanto al género en las políticas migratorias de los Estados contribuyen a limitar el acceso de las mujeres a vías de migración segura y regular y a oportunidades de trabajo regular y decente en los países de tránsito y de destino. La capacidad de las mujeres para migrar se ve aún más restringida por los estereotipos de género, las leyes discriminatorias, la discriminación y la explotación en la contratación, la falta de trabajo decente disponible y la limitada información fiable sobre la migración. Asimismo, las migrantes se enfrentan a la discriminación indirecta a raíz de las leyes de migración que establecen requisitos tales como unos ingresos mínimos obligatorios para obtener un visado. Dado que las mujeres suelen trabajar en empleos mal remunerados e inseguros, es difícil que algunas de ellas satisfagan esos criterios. (Comité CEDAW, 2020, párr. 26).

De este modo, la CEDAW sostiene que la neutralidad de género en las políticas estatales limita el acceso de las mujeres a una migración segura y regular; sin embargo, la propia postura construida en el DIDH en torno al reconocimiento de derechos para cierto tipo de migrantes también es insensible al género, con lo que representa una barrera para que las mujeres migrantes puedan desarrollar proyectos migratorios como sujetas plenas de derechos.

En este orden de ideas, las mujeres migrantes suelen insertarse en mayor proporción en trabajos de cuidado, los mismos que por lo general están insertos en sectores económicos informales o, directamente, no son considerados como trabajo. Por este motivo, no serán consideradas aptas para aplicar a calidades migratorias que dependen

de la existencia de un contrato laboral formal, a pesar de que efectivamente se encuentran laborando en el país de destino.

Las deficiencias legales basadas en una percepción masculina de las migraciones o, simplemente, el desconocimiento real de las circunstancias ligadas a la emigración femenina hace que, en muchos casos, a las mujeres que emigran les sea prácticamente imposible conseguir un permiso de residencia. Esto las confina en una situación de irregularidad que las hace más vulnerables al acoso o a la violencia ya que, por temor a ser expulsadas, no denuncian estas situaciones. Así pues, los espacios de participación laboral admitidos para las mujeres migrantes son extremadamente reducidos: servicio doméstico, asistencia domiciliaria a personas dependientes (ni@s, enferm@s, ancian@s) y hostelería son las ocupaciones que en Europa se reservan para este colectivo (Petit Pérez, 2005, pág. 6).

Si bien el ejemplo mencionado por Petit Pérez se refiere a la situación europea, es perfectamente extrapolable a lo que ocurre en otras zonas a nivel global. Por todo ello, permitir distinciones en base a ser nacional o no en un Estado, o en base a tener estatus regular o no, tiene impactos diferenciados de género que no han sido abordados por los propios estándares internacionales de derechos humanos -incluso, más bien, parecen ser tolerados por estos-; ni tampoco parecen ser atenuados con la aplicación dada, hasta la fecha, del principio de proporcionalidad aplicado de forma interna por los Estados.

En relación con los estándares en base a la prohibición de discriminación por sexo o género aplicados a contextos migratorios, es pertinente señalar que, en general, establecen garantías para identificar adecuadamente las necesidades de mujeres migrantes, considerarlas y abordarlas, así como para prevenir y sancionar las vulneraciones a derechos humanos que estas suelen enfrentar de forma específica [ver E19, E20, E21 y E22].

Disposiciones como el deber de formular políticas que tengan en cuenta el enfoque de género y derechos humanos, así como el principio de igualdad y no discriminación, para abordar todos los aspectos la migración (ver E16), son pertinentes en la medida en que incorporan una visión femenina en el ámbito migratorio y postula valores como la igualdad y no discriminación. No obstante, podría ser un estándar más sólido si reflejara de forma expresa la necesidad de aplicar diversas perspectivas al reglamentar los aspectos y fases de la migración para tener en consideración a las mujeres en su diversidad, por ejemplo, a través de la inclusión del enfoque de discapacidad o el enfoque intercultural para abordar todos los aspectos de la migración, e incluso añadiendo disposiciones vinculadas a la importancia de respetar la identidad de género en el marco de la identificación migratoria y de cualquier procedimiento administrativo



migratorio en general. Esta medida resultaría adecuada sobre todo porque las experiencias de discriminación que enfrentan las mujeres migrantes durante las distintas fases de un proceso migratorio no están únicamente vinculadas a su género.

Por su parte, la obligación estatal de derogar las prohibiciones basadas en sexo y suprimir las restricciones discriminatorias impuestas a la migración de las mujeres (ver E17) suma a la autonomía femenina. Sin embargo, la formulación de dicha obligación no se amplía a los requisitos que, indirectamente, establecen una discriminación hacia las mujeres para su regularización como contar un nivel mínimo de ingresos, mantener un contrato laboral, o un nivel mínimo de estudios. Y, aunque como se vio previamente, parte de la concepción actual del principio de no discriminación abarca la prohibición de discriminación indirecta, lo cierto es que, como se mencionó a nivel general, son pocas las medidas adoptadas con el objetivo de revertir la situación estructural de opresión que enfrentan algunas mujeres migrantes y que redundan en las experiencias de discriminación vinculadas a los factores mencionados.

Al respecto, podría traerse a colación la permisibilidad ya mencionada del DIDH frente a las distinciones basadas en condición migratoria o nacionalidad; o incluso también las concesiones en torno a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, vitales para garantizar una calidad de vida digna.

En el caso del estándar vinculado a las mujeres trabajadoras, que impone a los Estados el deber de erradicar prohibiciones que les impidan contraer matrimonio con nacionales o residentes del país, conseguir viviendas independientes; implementar reglamentos que las obliguen a someterse a reconocimientos médicos, incluyendo las pruebas de embarazo y de infección por VIH; también es posible observar una línea similar, en tanto otorga importancia a la experiencia de trabajo femenina, particularmente migrante, identificando algunas necesidades prioritarias (ver E18).

Si bien dichas necesidades no son exclusivamente femeninas, ya que muchas de estas restricciones o tratamientos son aplicadas a todas las personas no nacionales, en el caso de las mujeres trabajadoras migrantes, especialmente aquellas insertas en el sector informal, pueden evitar recrudecer situaciones de vulnerabilidad al sumarse a algunos riesgos que ya enfrentan, como la dependencia a una pareja u otro familiar para alcanzar un estado migratorio regular, restricciones para alquiler o compra de vivienda, falta de respeto por su autonomía sexual y reproductiva, entre otros.

Ahora bien, sí resulta cuestionable que dicho estandar sea aplicado únicamente a mujeres trabajadoras y no sea generalizado a todas las mujeres migrantes. Esta preocupación se fundamenta en dos razones. En primer lugar, aunque dicho estándar no establece ninguna distinción entre mujeres trabajadoras en situación de regularidad o irregularidad, en la práctica muchas mujeres migrantes en situación irregular, obligadas a insertarse en sectores económicos informales, no son consideradas trabajadoras bien sea porque laboran de modo independiente o porque sus empleadores no las reconocen como tales, por ejemplo, en el caso de empresas familiares. Por otro lado, muchas mujeres migrantes también se dedican al trabajo de cuidado no remunerado; sin embargo, dicho rol no les es reconocido por la concepción de trabajo productivo que enmarca el entendimiento de las relaciones laborales en la mayoría de ordenamientos internos.

[Una] noción de «trabajador migrante», que aparece como neutral a las diferencias de género, deja afuera a un amplio sector de migrantes, en especial a las mujeres que se dedican a ocupaciones no reconocidas por la ley, tanto aquellas que son remuneradas pero sobre las cuales existen pocas normas, como el trabajo sexual; como aquellas que no son remuneradas, como el trabajo «reproductivo» realizado en el espacio doméstico, el cual ha sido históricamente invisibilizado por el Estado como «trabajo» en la medida en que no se recibe un salario por su prestación. Esto se relaciona con la tradicional construcción social del modelo de «trabajador» que presupone, siguiendo a Pateman (1995), un hombre proveedor económico y protector de la familia que cuenta con una mujer, la esposa, que a cambio atiende sus necesidades reproductivas. Si bien el migrante no sólo es un «trabajador» –aunque muchas veces desde el Estado se lo interpela exclusivamente en esos términos (Sayad, 1998: 55)– la falta de consideración en las políticas migratorias de las implicaciones que entraña la relación género/trabajo puede profundizar la explotación que sufre gran parte de las mujeres migrantes (Magliano & Domenech, 2009, pág. 62).

c. *Sobre las principales ausencias en los desarrollos del principio de no discriminación*

Como se mencionó previamente, los estándares hallados en torno al principio de no discriminación, aplicables a mujeres migrantes, son amplios; ya que provienen tanto de disposiciones generales como de normas y obligaciones más específicas. Aun así, existen algunos vacíos o cuestiones que no son abordadas en ellos y que, sin embargo, son relevantes para las mujeres migrantes en todas sus diversidades.

En primer lugar, hasta la fecha, no existe ninguna norma convencional que prohíba de forma expresa la discriminación contra las mujeres migrantes, mucho menos contra las mujeres migrantes racializadas, con discapacidad, lesbianas, trans, adultas mayores,

entre otras. En esa línea, tampoco está consagrado explícitamente su derecho a migrar o el derecho a hacerlo sin sufrir ninguna forma de violencia o de discriminación antes, durante y después del tránsito.

Esta ausencia sin duda es un reflejo de los contextos históricos en los que se insertó el surgimiento de la mayoría de instrumentos hoy vigentes en el DIDH, cuando el Derecho seguía siendo profundamente androcéntrico. Y, aunque como fue mencionado previamente, a partir de la interpretación evolutiva, los órganos de interpretación del DIDH han suplido este vacío para garantizar una mayor protección a las mujeres que atraviesan un proceso migratorio, las problemáticas que afectan a la mujeres en el ámbito jurídico siguen profundamente marcadas por las leyes que no existen, las instituciones que no se han creado o la falta de una doctrina jurídica que surja desde las experiencias de las propias mujeres (Facio, 1999, pág. 54).

Por otro lado, en líneas generales, los estándares vinculados a contextos migratorios se centran en el proceso migratorio bajo una perspectiva restrictiva, con énfasis en el acceso al territorio, cuestiones de control migratorio, entre otros, sin tomar en cuenta que en realidad la experiencia migratoria obedece un proceso continuo, con diversas fases. En esa línea, no se han desarrollado estándares sobre algunas situaciones que pueden derivar en la decisión de migrar de las mujeres, vinculadas, por ejemplo, al acceso a derechos económicos, sociales y culturales, o a problemáticas relativas a violencia de género y/o discriminación, entre otros, en los propios países de origen.

Tampoco se abordan aspectos relativos a los procesos de integración en comunidades y a los derechos que pueden y deben ejercer las mujeres migrantes una vez instaladas en las sociedades de acogida. Aunque se ha desarrollado el vínculo entre violencia de género y discriminación a lo largo de los estándares hallados, no se garantiza de forma explícita, por ejemplo, la autonomía reproductiva de las mujeres migrantes o la prohibición de violencia obstétrica hacia ellas. Y si bien podría considerarse que estos derechos son reconocidos a través de la prohibición de discriminación a las mujeres en general, la posibilidad de establecer excepciones en base a nacionalidad o estatus migratorio podría habilitar el menoscabo en el ejercicio de los derechos referidos. Finalmente, tampoco se consideran situaciones de retorno y las garantías que deben ser aseguradas para que puedan ejercer este derecho tanto al momento de salir de los Estados de acogida como de regresar a los Estados de destino.

Por otro lado, de una revisión conjunta de los estándares puede observarse, por ejemplo, que, si bien recogen la obligación estatal de abstenerse de emitir leyes o políticas que estigmaticen la condición migratoria en relación con estereotipos vinculados a la criminalidad, no se plasma el mismo énfasis vinculado a otros estereotipos que afectan principalmente a comunidades de mujeres migrantes. En ese sentido, no existe un deber de abstención vinculado a leyes, políticas o prácticas que hipersexualicen a las mujeres migrantes o que las vinculen específicamente a roles reproductivos o de cuidado por ejemplo.

Por otro lado, en el marco del desarrollo del principio de no discriminación no existen estándares claros de cómo los Estados deberían actuar frente a formas de violencia de género que pueden enfrentar las mujeres migrantes en el proceso migratorio<sup>35</sup>. Así, se señala por ejemplo que la investigación de casos en donde se interrelacionan la violencia de género y la discriminación requiere un deber de diligencia particular. No obstante, estándares como el referido no parecen ser suficientes por dos motivos. En primer lugar, porque las obligaciones estatales frente a la violencia de género van más allá de investigar y sancionar, en tanto también deben apuntar a prevenir. En segundo lugar, no se incorpora a este análisis la repercusión que puede tener el factor migratorio en las experiencias de discriminación y violencia.

En esa línea, existe un vacío referido al abordaje desde el DIDH de cómo es que la violencia de género puede moldear y promover un proceso migratorio y cómo las garantías y protecciones contra este fenómeno deberían ser establecidas no solo pensando en Estados de destino, sino también en Estados de origen. De este modo, estudios desarrollados como el de Susanne Willers en torno a la violencia y migración han demostrado que la violencia de género puede ser i) un factor que de origen al proceso migratorio, ii) una experiencia común durante el tránsito, y/o iii) una problemática en la sociedad de acogida (Willer, 2016). Sin embargo, no hay una visión transversal y transnacional de cómo abordar y prevenir la violencia contra las mujeres en general y las mujeres que migran en específico.

---

<sup>35</sup> Si bien la lucha contra la trata de personas (un delito altamente feminizado) ha sido recurrentemente abordado desde el DIDH y desde el DI en general, originalmente estos desarrollos tenían una visión persecutoria de un delito más que de garantía de derechos humanos de las mujeres. E incluso desde esta última perspectiva su abordaje resulta problemático, ya que otorga un rol central a las mujeres migrantes pero en su condición de víctimas. Para Magliano, “el hecho de que la relación género/migración se canalice principalmente bajo este paraguas presenta continuidades sustanciales en términos de construcciones de género: las mujeres continúan siendo pensadas casi con exclusividad como sujetos débiles, pasivos, vulnerables y hacia allí se encaminan la mayoría de las respuestas políticas” (2009, pág. 87)

Finalmente, tampoco se contemplan brechas materiales y simbólicas vinculadas al acceso a la justicia de las mujeres migrantes. Para autores como Gonzáles, el que los hombres migrantes interpongan mayores demandas que las mujeres migrantes se debe a factores como un menor empoderamiento, poco acceso a la información sobre sus derechos, y la falta de tiempo producto de labores domésticas (2022, pág. 18). A este grupo, debería añadirse sistemas de justicia insensibles -cuando menos- al género, que caen en la revictimización o en la construcción de narrativas estereotipadas en torno a las víctimas (Cano, 2022, pág. 185) o la poca confianza en el sistema de justicia y sus operadores, que se incrementa cuando las mujeres migrantes pertenecen también a una clase social vinculada a la pobreza (Jaramillo V. , 2019). Debido a este panorama, la sanción a las vulneraciones percibidas por estas probablemente no tenga una repercusión en la práctica si no se apunta, primero, a eliminar los obstáculos en ese sentido.

#### *A modo de resumen*

Tal como se mencionó en el primer capítulo, una visión restringida del principio de no discriminación y de la igualdad parece no ser suficiente para abordar la situación que enfrentan las mujeres, particularmente las mujeres migrantes. Por el contrario, desde la crítica feminista se ha planteado el principio de antisubordinación que reprime y condena la discriminación no solo por ser un trato injusto hacia individuos identificables, sino por subordinar a las mujeres y perpetuar una jerarquía de género.

En esa línea, entender que el principio de no discriminación implica una obligación de protección frente a ella podría responder a las críticas planteadas desde el feminismo hacia el DIDH siempre que se tenga en cuenta el contexto previamente anunciado: no basta con implementar medidas para prevenir situaciones individuales de discriminación, sino que tendrían que abordarse políticas para quebrar la jerarquía de géneros y otorgar a las mujeres una posición de poder que permita un ejercicio pleno de derechos. En esta práctica, además, deberá tenerse en cuenta que las experiencias de opresión de las mujeres no están marcadas únicamente por el género (mucho menos por el sexo), sino que existen otras categorías que también definen su situación, incluyendo la calidad de migrante. Evidentemente tampoco se deberían usar, al menos como herramientas únicas, parámetros de comparación en la igualdad hacia varones - o incluso mujeres- blancos, heterosexuales, con poder económico, por ejemplo; sino

que se debería dar cabida a las especificidades que los grupos de personas requieren para un ejercicio pleno de sus derechos.

Una visión en este sentido permite superar vacíos o deficiencias normativas que escondan bajo la neutralidad de las normas de abstenerse a discriminar y/o implementar medidas para erradicar la discriminación, situaciones en las que se perpetúen relaciones desiguales de poder en términos de género. En esta medida, aunque se implementen, por ejemplo, las recomendaciones establecidas para la prohibición de discriminación por género en contextos migratorios, no se erradicará completamente la discriminación hacia las mujeres migrantes si es que el Estado no observa otras variables.

De esta manera, el hecho de mantener un control fronterizo y migratorio tan poco receptivo a personas migrantes que no cumplen con parámetros beneficiosos en términos mercantiles, así como la posibilidad de establecer restricciones al ejercicio de derechos en virtud de la nacionalidad o situación migratoria, limita las posibilidades de circulación de las mujeres migrantes y las expone a mayores riesgos en todo el proceso migratorio. Por ello, resulta necesario que el DIDH establezca criterios más afinados respecto a la potestad normativa interna para disponer distinciones entre personas migrantes en situación regular e irregular con la final de evitar políticas de apariencia neutra que escondan efectos dispares para mujeres migrantes.

Esta perspectiva responde a los propios estándares que han sido desarrollados en torno al principio de no discriminación, que pasan por la obligación de tomar medidas pertinentes para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por personas, organizaciones o empresas; así como garantizar la transparencia y rendición de cuentas en las formas en que los Estados gobiernan la migración y proporcionan vías para asegurar los derechos humanos de las mujeres en cada etapa del proceso migratorio.

En suma, el principio de no discriminación, tal como es concebido actualmente, ofrece un cierto grado de protección a las mujeres migrantes. No obstante, este grado de protección no alcanza para garantizar la subjetividad plena a nivel de derechos de todas las mujeres. Así, la ausencia de perspectivas femeninas no heterosexuales, trans, racializadas, indígenas, con discapacidad, en situación de pobreza, etc., e incluso una perspectiva feminista que cuestione el orden de género al que responden algunos de los propios estándares se vuelve evidente.

En esa línea, podría advertirse que algunos estándares concebidos no buscan otorgar una posición de poder a las mujeres reconociendo sus especificidades, sino una vez más otorgar derechos que han sido concebidos y pensados para varones. Con ello, se revelan los propios límites del principio que debería reconcebirse o aplicarse de forma cabal sin admisión a limitaciones o excepciones que, de forma indirecta, deriven en la discriminación hacia mujeres migrantes.

## 2.2. Principio de no devolución

### 2.2.1. Nociones generales sobre el principio de no devolución

El principio de no devolución surgió del Derecho Internacional de los Refugiados (DIR) a mediados del siglo XX en el periodo entre guerras en Europa a partir de episodios como los arreglos de la Liga de Naciones en relación con los derechos de refugiados rusos y armenios en 1928 o la promulgación de la Convención Relativa a la Condición Jurídica Internacional de los Refugiados de 1933. De hecho, en el art. 3 de este último instrumento, se dispuso que los Estados parte se comprometían a no expulsar o no adoptar medidas como la no admisión en fronteras en contra de personas refugiadas, salvo por motivos de seguridad nacional u orden público (Garretón, 1995, pág. 215). Aun así, solo ocho Estados ratificaron esta convención, tres de ellos hicieron reservas vinculadas a preservar su soberanía para casos de expulsión, mientras que uno se opuso expresamente a este principio (Goodwin-Gill & McAdam, 2007, pág. 202).

El panorama cambió tras la Segunda Guerra Mundial. Tras reconocer que las personas refugiadas o desplazadas con razones válidas para no querer retornar al país de origen no debían ser obligadas a hacerlo, Naciones Unidas, a través del Consejo Económico y Social (ECOSOC), instituyó en 1949 un comité ad hoc para analizar la posibilidad de contar con una convención consolidada sobre el estatuto internacional de los refugiados y apátridas y, de considerarlo conveniente, redactar el texto de tal convención (Goodwin-Gill & McAdam, 2007, pág. 203).

El resultado de este proceso fue la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, cuyo artículo 33 consagró el principio de no devolución en los siguientes términos:

Artículo 33. -- Prohibición de expulsión y de devolución ("refoulement")

1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligran por

causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.

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

A nivel regional también se dieron avances similares, aunque de forma más reciente. De este modo, destaca la Declaración de Cartagena de 1984 que, aunque no es propiamente un tratado, postula una noción particular y más amplia de persona refugiada en comparación a la contenida en la Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951<sup>36</sup>. Dicho instrumento, además, eleva al principio de no devolución a la categoría *ius cogens* y reconoce que la práctica del rechazo en fronteras es también una manifestación prohibida de devolución:

Reiterar la importancia y significación del principio de no devolución (incluyendo la prohibición del rechazo en las fronteras), como piedra angular de la protección internacional de los refugiados. Este principio imperativo en cuanto a los refugiados, debe reconocerse y respetarse en el estado actual del derecho internacional, como un principio de *jus cogens*.

Ahora bien, con el paso de las décadas, el alcance del principio de no devolución ha trascendido los márgenes del DIR. A partir de la consolidación del DIDH, este principio ha tenido múltiples desarrollos dentro de los distintos sistemas de protección. Por ejemplo, en el caso del SUDH, el principio es recogido en los siguientes instrumentos: la Convención contra la Tortura<sup>37</sup> y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas<sup>38</sup>. Además, de acuerdo al Comité

---

<sup>36</sup> Esta definición, que busca “proporcionar protección frente a riesgos situacionales o grupales” (Berganza, I., Blouin, C. Y F. Freier, 2020, pág. 391), ha sido incorporada en los ordenamientos internos de buena parte de los Estados latinoamericanos y ha sido empleada por la Corte IDH para delimitar las obligaciones estatales en materia de no devolución para el caso de personas solicitantes de asilo y refugiadas: (...) como corolario de los deberes fundamentales de respeto y garantía del artículo 1.1 de la Convención, contraídos en relación con cada uno de los derechos protegidos y en este caso respecto al derecho de cada persona a solicitar y recibir asilo, se desprende **el principio de no devolución, en virtud del cual los Estados se encuentran obligados a no devolver o expulsar a una persona -solicitante de asilo o refugiada- a un Estado donde exista la posibilidad de que su vida o libertad esté amenazada como consecuencia de persecución por determinados motivos o por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público** (...) (Corte IDH, 2014: párr. 2012) (negritas añadidas).

<sup>37</sup> Artículo 3

1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.

2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.

<sup>38</sup> Artículo 16

1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución, entrega o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a una desaparición forzada.

2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia, en el Estado de que se



de Derechos Humanos, el art. 6<sup>39</sup> y el art. 7<sup>40</sup> del PIDCP también imponen la obligación de no “expulsar, extraditar o trasladar de otro modo a personas a países en los que haya razones de peso para creer que existe un riesgo real de que su derecho a la vida establecido en el artículo 6 del Pacto sería violado” (2019: párr. 30), con respecto al primero; o no “exponer a las personas al peligro de ser sometidas a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes al regresar a otro país tras la extradición, la expulsión o la devolución” (1992:párr. 9), respecto al segundo. Por su parte, en el SIDH, aparece consagrado en la CADH<sup>41</sup> y en la CIPST<sup>42</sup>.

La inclusión del principio de no devolución en los instrumentos mencionados permite concluir que la protección que brinda no se garantiza únicamente a las personas refugiadas o solicitantes de la condición de refugiado, sino a toda persona extranjera que pueda enfrentar algún riesgo en base a los términos que aborda el principio de no devolución, los mismos que serán analizados más adelante.

De hecho, autores como Vigo (2019, págs. 95-97) han planteado la coexistencia de, al menos, tres dimensiones del principio de no devolución. En primer lugar, está la dimensión vinculada al DIR, contenido en la Convención de 1951, de alcance universal

---

trate, de un cuadro de violaciones sistemáticas graves, flagrantes o masivas de los derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario.

<sup>39</sup> Artículo 6

1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

2. En los países en que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente.

3. Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará en modo alguno a los Estados Partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

4. Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena de muerte. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos.

5. No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital.

<sup>40</sup> Artículo 7

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

<sup>41</sup> Artículo 22.8

En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.

<sup>42</sup> Artículo 13

No se concederá la extradición ni se procederá a la devolución de la persona requerida cuando haya presunción fundada de que corre peligro su vida, de que será sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o de que será juzgada por tribunales de excepción o ad hoc en el Estado requirente.

y considerado una norma consuetudinaria. En segundo lugar, se encuentra el derecho a la no devolución causal, vinculado a la prohibición de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, contenido en instrumentos como la CAT, el PIDCP y la CIPST, también de alcance universal, norma consuetudinaria y de ius cogens. Finalmente, es posible hallar un derecho a la no devolución ampliado, consolidado a partir de los desarrollos en los sistemas regionales de protección de derechos humanos. Este último, en el caso del SIDH, se reconoce la existencia de un derecho autónomo a la no devolución cuya titularidad recae en toda persona extranjera, frente a riesgos adicionales a posibles vulneraciones a la vida, libertad o integridad.

Si bien considero esta clasificación como acertada, la presente investigación busca profundizar en la comprensión integral del principio de no devolución a partir de la experiencia subjetiva de una persona en situación de movilidad que puede enfrentar múltiples riesgos clasificables bajo una o más de estas dimensiones. En este sentido, si bien hay particularidades en relación con el principio de no devolución aplicables a personas refugiadas o con relación al derecho a la no devolución causal, hay también una relación intrínseca entre ambos. Así, es posible tener presente que una interpretación desde la perspectiva de los derechos humanos revela que los actos de persecución temidos por personas solicitantes de asilo también están cubiertos por la prohibición de tortura y por el derecho a la vida (Zamora, 2022, pág. 272). Por otro lado, también se presentan mínimos comunes y extrapolables entre estas tres dimensiones que son la parte esencial del deber de protección a brindar por el Estado independientemente del fundamento que tengan.

### *Sobre la naturaleza del principio de no devolución*

Más allá de su inclusión en instrumentos jurídicos convencionales y no convencionales, el principio de no devolución es considerado actualmente como una norma consuetudinaria en la medida en que existe una práctica estatal generalizada en torno a este y una noción de vinculatoriedad al respecto:

Ahora hay muy pocos estados en el mundo que no están obligados por ningún tratado universal que contenga el principio de no devolución y, con respecto a la opinio juris, las principales autoridades del derecho internacional público lo consideran una obligación universal de los Estados cuyos intereses se ven directamente afectados. Consecuentemente, toda persona esta protegida por el principio de no devolución (Simeon, 2019, pág. 184) (Traducción propia).

Por otra parte, diversos órganos de protección de derechos humanos, como el Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) o la CIDH (2020), así como ciertos sectores de la doctrina<sup>43</sup>, han postulado que el principio de no devolución es una norma *ius cogens*; es decir, que no admite ninguna disposición en contrario en tanto se vincula a la protección de derechos “más fundamentales y no derogables”. No obstante, no hay un consenso al respecto y se articulan objeciones respecto a esta consideración en la medida en que los instrumentos que contienen al principio también establecen algunas disposiciones de excepción para su cumplimiento vinculadas, generalmente, al orden interno y a la seguridad nacional; y estas excepciones son aplicadas en las prácticas estatales al momento de analizar casos que puedan culminar en una devolución.

Aun así, el desarrollo del principio de no devolución ha estado ligado a proteger el núcleo duro de los derechos humanos y a evitar el riesgo ante prácticas como la tortura, cuya prohibición absoluta sí es considerada una norma imperativa. Por ello, en este marco específico, sí puede ser considerado como una norma *ius cogens*. De hecho, así lo ha interpretado la Corte IDH al señalar lo siguiente:

Dicho principio busca, de manera primordial, asegurar la efectividad de la prohibición de la tortura en toda circunstancia y respecto de toda persona, sin discriminación alguna. Siendo una obligación derivada de la prohibición de la tortura, el principio de no devolución en este ámbito es absoluto y adquiere también el carácter de norma imperativa de derecho internacional consuetudinario, es decir, de *ius cogens* (2018, párr. 181).

En la misma línea, el CAT ha manifestado que “es igualmente absoluto el principio de “no devolución” de personas a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estarían en peligro de ser sometidas a tortura” (2017, párr.9).

Teniendo lo mencionado en cuenta, es posible concluir que la obligatoriedad del principio de no devolución recae en diversas fuentes. Por un lado, en relación con los Estados que se hubieran comprometido a cumplir instrumentos que lo contengan, resultará una norma convencional que debe ser respetada en virtud del principio de *pacta sunt servanda*. Por otro lado, en el caso de Estados que no hubieran ratificado ningún instrumento que lo abarque, resultará una norma obligatoria en virtud de su carácter consuetudinario o, en determinados casos, como frente al riesgo de sufrir tortura, por ser una norma *ius cogens*.

---

<sup>43</sup> Al respecto, puede verse a (Simeon, 2019) o (Allain, 2002)

## 2.2.2. Estándares desarrollados en torno al principio de no devolución

### Estándares generales sobre el principio de no devolución

En base a lo propuesto por Çali, Costello y Cunningham (2020), es posible examinar el principio de no devolución en base a cuatro dimensiones<sup>44</sup>: i) el ámbito geográfico de su aplicación; ii) las conductas estatales prohibidas por este principio; iii) el ámbito subjetivo de la norma vinculado a los tipos de daño que busca prevenir; y iv) el estándar de prueba en las alegaciones de casos en los que se requiera la aplicación del principio de no devolución. Asimismo, se añadirá una quinta dimensión vinculada al ámbito subjetivo de la norma vinculada a las personas sobre quienes garantiza protección.

Sobre i) el **ámbito geográfico de aplicación** del principio de no devolución, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados refiere que esta protección no podrá ser invocada por una persona refugiada que se considere un peligro para la seguridad del “país en donde se encuentra”, lo que nos lleva a considerar que, en primera instancia, es aplicable en el territorio del Estado de destino. Aun así, instrumentos como la Declaración de Cartagena<sup>45</sup> o la Convención de la Organización para la Unidad Africana por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África<sup>46</sup>, establecen que el principio se aplica incluso para las situaciones de rechazo en frontera; es decir, su protección es garantizada incluso cuando la persona solicitante de refugio no hubiera ingresado al país. Finalmente, los instrumentos del DIDH (CAT, CDF, PIDCP, CADH, CIPST) que consagran el principio de no devolución y que extienden su ámbito de aplicación a toda persona extranjera y no solo a las personas refugiadas no hacen ninguna referencia expresa al ámbito geográfico donde se aplicaría

---

<sup>44</sup> Los autores referidos analizan los alcances del principio de no devolución a partir de cinco dimensiones presentes en la jurisprudencia de los Comités del SUDH: i) ámbito geográfico de la norma; ii) tipos de conducta estatal prohibidos por la norma; iii) dimensión sustantiva de la norma vinculada a los daños que busca evitar; iv) alternativas de protección al principio de no devolución; y v) estándar y carga de la prueba. No obstante, en la presente investigación, no será tomada en cuenta la cuarta dimensión en tanto se pretende analizar en específico los alcances del principio de no devolución y no las alternativas estatales frente a su cumplimiento.

<sup>45</sup> Quinta conclusión: Quinta. Reiterar la importancia y significación del principio de no devolución (incluyendo la prohibición del rechazo en las fronteras), como piedra angular de la protección internacional de los refugiados. Este principio imperativo en cuanto a los refugiados, debe reconocerse y respetarse en el estado actual del derecho internacional, como un principio de jus cogens.

<sup>46</sup> Artículo 2.3.

Ninguna persona será sometida por un Estado miembro a medidas tales como la negativa de admisión en la frontera, la devolución o la expulsión que la obligarían a regresar o a permanecer en un territorio donde su vida, su integridad corporal o su libertad estarían amenazadas (...).

el principio; sin embargo, establecen de forma general que su aplicación se da tanto en el territorio del Estado como en cualquier otro territorio bajo su jurisdicción<sup>47</sup>.

Siguiendo esa línea, el principio de no devolución se aplica dentro del territorio del Estado de destino, así como en las zonas anexas a sus fronteras. Asimismo, su aplicación está intrínsecamente vinculada a la noción de jurisdicción del DIDH, que aparece consagrada en los instrumentos previamente referidos (Çali, Costello, & Cunningham, 2020, pág. 363). Esta noción implica que el deber de asegurar los derechos humanos no está limitado al territorio estatal:

(...) Los agentes autorizados no sólo permanecen bajo su jurisdicción cuando prestan funciones en el exterior, sino que arrastran a esa jurisdicción a toda persona sobre la que ejercen autoridad. Si sus actos u omisiones afligen los derechos de esas personas, entonces puede verse comprometida la responsabilidad del Estado (Ceriani, 2009, pág. 191).

De este modo, para la aplicación del principio de no devolución no se establece limitación geográfica alguna, sino que tiene un amplio alcance en virtud de la jurisdicción territorial o personal de iure o de facto que pudiera tener el Estado en otros territorios. Así, “también obliga a los Estados de manera extraterritorial, siempre que las autoridades ejerzan su autoridad o control efectivo sobre tales personas” (Corte IDH, 2018, párr. 188). De esta manera, el principio de no devolución debe aplicarse en todo territorio bajo la jurisdicción estatal o en toda zona sujeta a su control o autoridad, o todo buque o aeronave de su pabellón (CAT, 2017, párr. 10).

Teniendo en cuenta el vínculo inicial entre el DIR y el principio de no devolución, un estándar relevante desarrollado por la Corte IDH en este marco es que los Estados no pueden interceptar a las personas solicitantes de la condición de refugiado en aguas internacionales para evitar que sus peticiones sean evaluadas. De hecho, la CIDH ha sido enfática en sostener que el artículo 33 de la Convención de 1951 no reconoce limitaciones geográficas y, por lo tanto, es aplicable a interceptaciones en alta mar (CIDH, 1997). Asimismo, tampoco pueden implementar prácticas como la externalización de fronteras o controles migratorios fuera del territorio, pues son contrarias al principio de no devolución (Corte IDH, 2018: párr. 122).

---

<sup>47</sup> Disposiciones en este sentido pueden verse, en el caso del CAT, en el art. 2.1; en la CDF, en el art. 9; en el PIDCP, en el 2.1; en la CADH, en el art. 1; y en la CIPST, en el art. 12.

Sobre ii) las **conductas estatales prohibidas por el principio de no devolución**, se debe tener presente que son una serie de conductas que reciben distintas denominaciones: expulsión, deportación, salida obligatoria, entre otros. Sin embargo, independientemente de la denominación que reciban, bajo el marco del principio, devolución será toda conducta que implique el traslado de una persona hacia otro territorio (Çali, Costello, & Cunningham, 2020, pág. 365).

Dicha concepción, además, abarca la denominada “devolución indirecta”. Esta implica una prohibición no solo de devolver a una persona solicitante al territorio del Estado donde sufrió la persecución [o donde enfrenta el riesgo para su vida, libertad o integridad], sino también a cualquier otro territorio donde sufra el riesgo de ser retornado posteriormente al país desde donde originalmente salió o a cualquier otro donde enfrente riesgos similares (Corte IDH, 2013: párr. 153; CCPR, 2004, párr. 12).

Debido a esta noción, el principio de tercer país seguro empezó a ser usado, contrario sensu, como una alternativa para expulsar a quienes requieren de protección internacional; cuestión que abarca i) Estados en los que la persona ha obtenido protección previamente, ii) Estados en los que ha solicitado protección sin que exista algún pronunciamiento al respecto, y iii) Estados de tránsito considerados seguros (Vigo, 2019, pág. 79).

De acuerdo a ACNUR, la evaluación de un tercer país debe incluir un análisis sobre los siguientes aspectos: i) ratificación y cumplimiento de instrumentos del DIR, en particular a lo relativo al principio de no devolución; ii) ratificación y cumplimiento de instrumentos regionales de derechos humanos; iii) disposición a permitir que las personas solicitantes de asilo permanezcan en el territorio hasta que sus solicitudes sean evaluadas; iv) respeto por estándares básicos de derechos humanos sobre el tratamiento de personas refugiadas y solicitantes de la condición de refugiado; v) la disponibilidad del Estado de aceptar personas retornadas y proveerles una efectiva protección (ACNUR, 1996); vi) garantizar el acceso a procedimiento de determinación de la condición de persona refugiada y a otras necesidades de protección internacional con garantías procesales (ACNUR, 2018) (Traducción propia).

En esta evaluación, cobra especial relevancia, además, la existencia de un “primer Estado de asilo”, concepto aplicado cuando la persona ha encontrado de forma previa protección internacional en otro Estado y esta continúa siendo accesible y efectiva (ACNUR, 2018) (traducción propia). Aun así, en el Derecho Internacional no es

vinculante la existencia de una conexión entre la persona refugiada o solicitante de asilo y el tercer país para aplicar la devolución: “la persona puede ser retornada hacia un país que atravesó en ruta, o puede ser transferida hacia un país en el que nunca estuvo previamente” (ACNUR, 2018, pág. 3).

Asimismo, es importante tener en cuenta que el principio de no devolución también importa una protección frente a decisiones de expulsión tomadas sin las salvaguardias debidas, que coloquen a las personas frente a futuros o escenarios inciertos, y que pongan en peligro su vida, libertad, seguridad o integridad personal (CIDH, 2021).

Finalmente, es importante tener en cuenta, también, que, de acuerdo a desarrollos recientes a nivel de doctrina, el principio de no devolución implica también una prohibición de lo que ha sido denominado como “*constructive refoulement*”. Este concepto hace referencia a situaciones donde el Estado receptor pone obstáculos, que pueden ser consecuencias inintencionales de sus propias políticas, que dificultan la vida de la persona que se acoge a este principio, con lo que en la práctica se ve obligada a volver a su país de origen (Mathew, 2019, pág. 207).

Por su parte, en relación con iii) los **daños y vulneraciones que busca evitar** el principio de no devolución, los desarrollos en torno a este han estado, con mayor énfasis, ligados a las situaciones de tortura. De este modo, como se refirió previamente, en el marco del SUDH, el principio fue recogido por instrumentos especiales como la Convención contra la Tortura o la Convención contra las Desapariciones Forzadas, e incluso su consagración implícita en instrumentos generales como el PIDCP también está relacionada a la protección frente a tortura o malos tratos. Una situación similar se refleja en el SIDH, donde además de estar recogido en la CADH, aparece en la CIPST.

En el caso específico de tortura, como fue establecido previamente, la prohibición de devolución es absoluta. Asimismo, impone a los Estados la realización de acciones preventivas de distinto tenor, como garantizar los derechos vinculados al debido proceso en todo procedimiento que pueda conducir a una decisión de expulsión (incluyendo la posibilidad de recurrir decisiones administrativas o judiciales con efectos suspensivos); remitir a la persona que alegue haber sido torturada anteriormente a un examen médico independiente y gratuito; o proporcionar capacitación efectiva al personal médico y otros que traten a personas privadas de libertad, migrantes y solicitantes de asilo para la detección de señales de tortura (CAT, 2017, párr. 18). Los Estados tampoco deben adoptar medidas o políticas disuasivas que, en la práctica, ocasionen que la persona

que busca protección internacional en base al artículo 3 de la Convención contra la Tortura deba regresar a su país de origen “pese al riesgo personal que correrían allí de ser sometidas a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradates” (2017, párr. 14).

De forma más reciente, se ha establecido que algunas situaciones de vulneraciones a derechos humanos, que no necesariamente constituyen tortura, pero sí un trato cruel, inhumano o degradante, pueden constituir un indicio fundamental para la aplicación del principio de no devolución. Entre estas, se encuentran situaciones como el haber sido víctima de violencia de género sin intervención de autoridades competentes para la protección; la exposición a penas que incluyan castigos físicos corporales; la devolución a Estados en los que se haya cometido crímenes como genocidio, de lesa humanidad o de guerra; Estados en los que se hayan vulnerado los Convenios de Ginebra; o Estados en donde se aplique la pena de muerte para delitos que no se consideren grave o frente a procesados menores de 18 años, personas embarazadas o lactantes, o personas con discapacidad, entre otros (CAT, 2017, párr. 29).

La referencia a los tratos crueles, inhumanos o degradantes también ha sido recogida en el SIDH por la Corte IDH en el caso Wong Ho Wing contra Perú, en el cual se basa en el art. 5 de la CADH y las obligaciones de respetar y hacer respetar las normas de protección de derechos humanos para establecer el deber de no trasladar a ninguna persona sujeta a la jurisdicción de un Estado hacia otro territorio que no sea seguro cuando exista una presunción forzada de que allí estaría en peligro de ser sometida a tortura o a los tratos referidos (Corte IDH, 2015, párr. 127).

Otro aspecto importante de resaltar es que todas estas conductas pueden ser cometidas tanto por actores estatales como por terceros particulares. De este modo, el CAT ha manifestado que las garantías vinculadas al principio de no devolución deben ser brindadas aún cuando la tortura o malos tratos hayan sido ocasionadas por “entidades no estatales, como grupos que, mediante acciones ilegales, infligen graves dolores o sufrimiento para fines prohibidos por la Convención, y sobre los que el Estado receptor no tiene ningún control o solo tiene un control parcial de facto” (2017, párr. 30). Asimismo, de acuerdo con el Comité de Derechos Humanos, cuando el presunto riesgo provenga de agentes no estatales o de Estados extranjeros presentes en el territorio del Estado destinatario, es posible solicitar garantías de protección por parte de las autoridades, que contemplen alternativas para poner a salvo a esta persona dentro del país. En este caso, el Estado que ejerza la expulsión debe establecer mecanismos para



supervisar el cumplimiento de las garantías de protección desde el momento de la expulsión en adelante (2019: párr. 30).

Ahora bien, órganos como la Corte IDH, el Comité de Derechos Humanos, el Comité de los Derechos del Niño y el Comité de Trabajadores Migratorios han establecido un alcance del principio de no devolución que sobrepasa la dimensión de la tortura, el sufrimiento de malos tratos o el ámbito del refugio. De este modo, señalan que este es aplicable también ante riesgo de sufrir un daño irreparable a la vida (Çali, Costello, & Cunningham, 2020, pág. 366) o que sea producto de violaciones graves de los derechos humanos (CCR y CMW, 2017, párr. 45).

Por otra parte, desde el Comité de Derechos Humanos se ha establecido, en específico, que existen algunas practicas vinculadas a la devolución que vulneran el art. 6 del PIDCP referido al derecho a la vida. Entre ellas, se encuentran la devolución de una persona desde un país que haya abolido la pena de muerte a otro en que aún se le pudiera imponer; la expulsión a un país en que autoridades religiosas hubieran emitido una fawta en su contra; la devolución a un país sumamente violento en el que no se haya vivido de forma previa, donde se carezca de vínculos y no se hable el idioma local (2019: párr. 30).

En esa línea, en jurisprudencia reciente, el Comité incluso ha establecido que el derecho a la vida implica el derecho a una vida digna, con lo que cualquier amenaza a las condiciones mínimas requeridas para vivir con dignidad (como, por ejemplo, derecho al agua, vivienda o alimentación) podría ser fundamento suficiente para ameritar la aplicación del principio de no devolución (CCPR, 2020). En ese mismo sentido, el Comité de Trabajadores Migratorios ha señalado que el principio de no devolución es aplicable, por ejemplo, ante la ausencia de un tratamiento médico necesario en el país de retorno (2013, párr. 50).

En el sistema interamericano, también se han desarrollado estándares vinculados a la aplicación del principio de no devolución frente a afectaciones a la salud. En ese sentido, la CIDH ha citado la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)<sup>48</sup> en su Informe de Admisibilidad y Fondo del caso Andrea Mortlock contra Estados Unidos para señalar que “los extranjeros sujetos a expulsión, en principio, no pueden reivindicar ningún derecho a permanecer en el territorio de un Estado contratante para seguir usufructuando de la asistencia médica, social y otras formas de asistencia que brinde el Estado expulsor”, salvo en circunstancias excepcionales en donde la decisión de expulsión puede devenir en un tratamiento cruel e inhumano (2008:

---

<sup>48</sup> TEDH. D contra el Reino Unido. Sentencia No. 30240/96 del 2 de mayo de 1997.

párr. 81) contrario a lo estipulado en el art. XXVI de la DADDH. De este modo, esta excepcionalidad puede ser evaluada a partir de tres factores relevantes: i) la afección médica (etapa avanzada o terminal); ii) la disponibilidad de apoyo en el país de retorno (presencia de familiares o amigos); y iii) la disponibilidad de atención médica en ese país (2008: párr. 87 y 91-92).

En una línea similar se ha pronunciado la Corte IDH al resaltar el vínculo entre los derechos a la vida e integridad personal, con el derecho a la salud. Por ello, considera que a efectos de evaluar posibles vulneraciones a la CADH o la DADDH ante situaciones de expulsión o devolución, debe tenerse en cuenta “el estado de salud o el tipo de dolencia que padece la persona, así como la atención en salud disponible en el país de origen y la accesibilidad física y económica a la misma, entre otros aspectos” (2013: párr. 190).

Siguiendo el desarrollo jurisprudencial del SIDH, es posible considerar que, con respecto a la salud, los Estados deben plantearse, frente a cualquier posible devolución, una evaluación respecto a los elementos esenciales para ejercer con plenitud este derecho: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad (Vigo, 2019, pág. 61). De este modo, cualquier evaluación de aplicación de devolución debería observar la gravedad o complejidad de la cuestión de salud de la persona sobre quien recaerá la decisión; que la atención médica y/o tratamiento sea accesible física y económicamente para la persona; que la atención esté garantizada a través de un número suficiente de centros, bienes y servicios sanitarios; que la atención sea respetuosa y considere el punto de vista cultural, las dimensiones de género, entre otras; que la atención sea apropiada desde el punto de vista científico y médico, y sea prestada en buenas condiciones; y, finalmente, que la persona cuente con una red de apoyo en el país al que sería devuelta.

Por otro lado, en el caso particular de niños, niñas y adolescentes, la evaluación de la aplicación del principio de no devolución debe ser realizada “tomando asimismo en consideración, por ejemplo, las consecuencias particularmente graves para los menores que presenta la insuficiencia de servicios alimentarios o sanitarios” (Comité CCR, 2005, párr. 27). Asimismo, los Estados deben aplicar la no devolución cuando exista, para este grupo, un peligro verdadero de reclutamiento o de participación directa o indirecta de estos en operaciones militares (2005, párr. 58).

En el caso específico de las mujeres en situación de movilidad, el Comité CEDAW ha señalado que la aplicación del principio de no devolución también se deriva de la obligación de no discriminación por razón de sexo o género. De esta forma,

(...) los Estados partes de proteger a las mujeres contra la exposición a un peligro real, personal y previsible de formas graves de discriminación contra la mujer, incluida la violencia basada en el género, independientemente de si esas consecuencias tendrían lugar fuera de los límites territoriales del Estado emisor: si un Estado parte toma una decisión con respecto a una persona bajo su jurisdicción y la consecuencia necesaria y previsible es que los derechos fundamentales de esa persona en virtud de la Convención resultarán violados en otra jurisdicción, el propio Estado parte estaría en violación de la Convención. La previsibilidad de la consecuencia implicaría una violación actual del Estado parte, aunque las consecuencias solo fueran a producirse más tarde.

Por lo tanto, el Comité considera que los Estados partes tienen la obligación de garantizar que **ninguna mujer sea expulsada o devuelta a otro Estado en el que su vida, su integridad física, su libertad y su seguridad personales se verían amenazadas o en el que estaría en riesgo de ser objeto de formas graves de discriminación, incluidas formas graves de persecución o violencia por razón de género**. Lo que constituye formas graves de discriminación contra la mujer, incluida la violencia por razón de género, dependerá de las circunstancias que medien en cada caso (2014, párr. 22-23).

Finalmente, es importante agregar que, de acuerdo con la CIDH, la aplicación del principio de no devolución también se vincula al derecho al debido proceso, ya que en cualquier procedimiento que derive en esta decisión y no se respeten las garantías procesales se estará vulnerando el artículo XVIII de la DADDH (CIDH, 2021). En esa línea, la Corte IDH también ha establecido que el art. 8 de la CADH es aplicable a toda instancia procesal -administrativa, judicial o legislativa- que afecte los derechos de una persona y puedan desembocar en expulsión o deportación (2013: párrs. 130-132); por lo tanto, todas las garantías desprendidas en dicho artículo son aplicables a procedimientos que involucren a personas extranjeras, incluyendo aquellos que culminen en una posible devolución.

Así, ha establecido que, cuando una persona alegue un riesgo ante la devolución, el Estado debe, al menos, entrevistar a la persona y realizar una evaluación que determine la existencia de ese riesgo (2013, párr. 136) antes de cualquier expulsión, así como ofrecer mecanismos de revisión con efectos suspensivos (CIDH, 2020). Dicho análisis debe ser individualizado (CIDH, 2011, párr. 112) y, en caso de que se considere la posibilidad de enviar a la persona hacia un tercer estado, implica el examen de la legislación migratoria de dicho Estado (2011, párr. 132).

Por otro lado, en todo procedimiento que derive en una devolución se debe respetar el principio de no discriminación, además de brindar a la persona objeto del mismo las siguientes garantías mínimas:

- a) ser informada expresa y formalmente de los cargos en su contra y de los motivos de la expulsión o deportación. Esta notificación debe incluir información sobre sus derechos, tales como: i) la posibilidad de exponer sus razones y oponerse a los cargos en su contra, y ii) la posibilidad de solicitar y recibir asistencia consular, asesoría legal y, de ser el caso, traducción o interpretación; b) en caso de decisión desfavorable, debe tener

derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente y presentarse ante ella para tal fin, y c) ser formal y fehacientemente notificada de la eventual decisión de expulsión, que debe estar debidamente motivada conforme a la ley (2014, párr. 356).

Por su parte, en relación iv) **al estándar y carga de la prueba** en una caso que involucre la aplicación del principio de no devolución, se ha señalado que el riesgo que enfrentan las personas que buscan ser protegidas por el mismo debe ser fundado; es decir, ser previsible, personal, presente y real. En su jurisprudencia, el Comité CAT ha profundizado el requisito de ser personal, añadiendo que

(...) la existencia de un patrón constante de violaciones graves, flagrantes o masivas de los derechos humanos en un país no constituye, en sí misma, motivo suficiente para determinar que una persona en particular estaría en peligro de ser sometida a tortura a su regreso a ese país; deben existir motivos adicionales para demostrar que el individuo en cuestión estaría personalmente en riesgo (Comité CAT, 2005, párr. 8.3).

Aun así, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que si bien al ser personal, el riesgo no puede derivarse “solamente de las circunstancias generales en el Estado destinatario”, existen casos extremos que podrían dar cabida a una excepción (2019, párr. 30). De este modo, en todo caso debe ser analizada la situación de la persona en concreto y las condiciones en el Estado donde se presentaría el riesgo, teniendo en cuenta “la intención de las autoridades estatales, el patrón de conducta que ha demostrado en casos semejantes y la existencia de garantías creíbles y efectivas sobre sus intenciones” (2019: párr. 30).

Por su parte, respecto al requisito de ser real, la Corte IDH ha manifestado lo siguiente:

“(...) el riesgo debe ser real, es decir, ser una consecuencia previsible. En este sentido, el Estado debe realizar un examen individualizado a fin de verificar y evaluar las circunstancias aducidas por la persona que revelen que pueda sufrir un menoscabo en su vida o libertad en el país al cual se pretende devolverla, es decir, a su país de origen, o que siendo retornada a un tercer país, esa persona corra el peligro de ser enviada a otro lugar donde sufre tal riesgo. Si la narrativa resulta creíble, convincente o coherente en orden a que puede haber una probable situación de riesgo para ella, debe regir el principio de no devolución” (2015: párr. 155).

Con relación a la carga de la prueba, como regla general en diversas áreas del Derecho en los sistemas romano-germánicos, esta recae, principalmente, en quien alega los hechos; es decir, en la persona que enfrenta los riesgos y que señala que estos ameritan la aplicación del principio de no devolución. No obstante, esta disposición admite algunas excepciones cuando la persona involucrada demuestra no estar en capacidad

de probar los hechos porque cualquier material probatorio estaría bajo el dominio estatal (Çali, Costello, & Cunningham, 2020).

Finalmente, en relación con v) las **personas a quienes va dirigida la norma**, debe tenerse presente, en primer lugar, que debido al vínculo entre el surgimiento del principio de no devolución y el DIR, la protección de este recae sobre personas refugiadas y solicitantes de asilo. Al respecto, la Corte IDH ha señalado que, frente a estas personas, que reciben protección complementaria entre la normativa del DIR y el art. 22.8 de la CADH, no cabe el rechazo en frontera o la expulsión sin un análisis individualizado y adecuado de sus peticiones; e incluso, al realizar una devolución, el Estado debe cerciorarse de que la persona igualmente estará en capacidad de acceder a protección internacional en el país al que será expulsado (2013: párrs. 151-153).

Aun así, la Corte IDH también ha precisado que, en el sistema interamericano, teniendo en cuenta el corpus juris internacional aplicable a las personas migrantes, es posible considerar que el principio de no devolución es aplicable a cualquier persona extranjera y no solamente a personas refugiadas o solicitantes de asilo (2013: párr. 135).

Teniendo en cuenta lo expuesto en la presente sección, es posible concluir que el principio de no devolución se aplica tanto en el territorio estatal, como en las fronteras y cualquier otra zona que esté bajo jurisdicción del Estado de iure o de facto. Por otro lado, prohíbe cualquier forma de devolución, independientemente de la denominación que esta tome: expulsión, deportación, retorno, salida obligatoria, etc., además de la devolución indirecta, la llamada devolución en caliente (rechazo en la frontera), y el *constructive refoulement*, referido a todas aquellas prácticas estatales que impiden que una persona bajo la protección del principio de no devolución pueda ejercer plenamente sus derechos y se vea forzada a retornar a su lugar de origen.

Asimismo, el principio de no devolución busca evitar daños irreparables a la vida, a la integridad y a la libertad, con especial énfasis en la tortura y otros tratos degradantes, e incluye a la discriminación por género en sus múltiples manifestaciones, así como el derecho a la salud. Además, el riesgo frente a esos daños debe ser previsible, personal, presente y real. Para demostrarlo, por regla general, es la persona que alega la existencia del riesgo quien debe probarlo; no obstante, se admiten algunas excepciones cuando la capacidad de probar está en el marco de la actuación estatal.

Estándares sobre el principio de no devolución aplicables a las mujeres en situación de movilidad

El Comité CEDAW, en su Observación No. 38, ha señalado que los Estados deben garantizar que ninguna mujer sea expulsada o devuelta a otro Estado en el que su vida, integridad, libertad y seguridad personales se verían amenazadas o en riesgo, lo que incluye formas graves de persecución o violencia por razón de género.

De este modo, es posible concluir que, además de los riesgos generales que decantan en la aplicación del principio de no devolución, en el caso de las mujeres en situación de movilidad, también es posible considerar manifestaciones graves de la discriminación por razón de género como uno de los principales riesgos. Algunas de estas formas graves de discriminación son “la amenaza de mutilación genital femenina, el matrimonio forzoso o a edad temprana, la amenaza de violencia o los denominados “delitos de honor”, la trata de mujeres, los ataques con ácido, la violación y otras formas de agresión sexual, las formas graves de violencia doméstica, la imposición de la pena capital u otras penas físicas contempladas en los sistemas de justicia discriminatorios, la esterilización forzada, la persecución política o religiosa por manifestar opiniones feministas o de otra índole y las consecuencias persecutorias de no acatar las normas y convenciones sociales prescritas en relación con el género o por reivindicar sus derechos” (2020, párr. 15).

Frente a estos riesgos, el Comité ha remarcado que las mujeres requieren de protección internacional especial contra la devolución (Comité CEDAW, 2020, párr. 25). Dicha protección evidentemente debe ser ejercida frente a actuaciones estatales; sin embargo, al igual que el el CAT, la CEDAW también apunta que las actuaciones por parte de agentes no estatales, en caso de que no exista una protección estatal adecuada, también obligarían a aplicar el principio de no devolución. En esa línea, teniendo en cuenta la posición de mujeres provenientes de países donde la violencia de género ocurre con impunidad y acceder a la protección estatal presenta dificultades, no necesitan demostrar que efectivamente no se contó con esa protección (Çali, Costello, & Cunningham, 2020, pág. 371).

Siguiendo este orden de ideas, la evaluación respecto a la existencia de un riesgo real, personal y previsible que fundamente la aplicación del principio de no devolución puede y debe considerar el contexto en los países de origen en relación con brechas y problemáticas vinculadas al género. En ese sentido, el Comité CEDAW, en el caso R.S.A.A. y otros v. Dinamarca, determinó la responsabilidad del Estado danés por no

tener en cuenta “el nivel de tolerancia hacia la violencia contra la mujer” en Jordania y ordenar la devolución a dicho país de una mujer apátrida y sus hijas menores de edad, que alegaba el riesgo de sufrir violencia de género por parte de su marido y familia, así como un matrimonio forzado en el caso de las hijas. En su razonamiento, el Comité señaló que, en el caso, el contexto jordano, caracterizado por un menoscabo a la autonomía de la mujer, debía ser considerado para la evaluación 1) del riesgo que enfrentaban tanto la autora de la comunicación, como sus hijas; y 2) de las condiciones de las autoridades jordanas para garantizar protección a la autora y sus hijas de regresar a dicho Estado (CEDAW, 2019, pág. párr. 8).

Adicionalmente, teniendo en cuenta el estrecho vínculo entre el DIR y el principio de no devolución, para la determinación de riesgos vinculados al género deben tomarse en consideración las Directrices sobre Protección Interacional: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967 desarrollado por ACNUR.

De acuerdo con estas Directrices, la definición de persona refugiada debe ser reinterpretada desde una perspectiva de género que permita evidenciar cómo esta dimensión puede “influir o determinar el tipo de persecución o daño causado, y las razones de este trato” (2002: párr. 6). Así, se establecen algunas pautas para evaluar las experiencias de persecución que pueden sufrir las personas -principalmente mujeres- :

- a) Es importante tener un panorama completo de la historia, personalidad, experiencias personales, conocimiento actualizado de las circunstancias históricas, geográficas y culturales del país de origen.
- b) La violencia sexual y otras formas de violencia de género como la violencia relacionada a la exigencia de dote, la mutilación genital femenina y la trata de personas, en tanto actos que ocasionan profundo dolor y daño tanto mental como físico, equivalen a persecución independientemente de si son cometidas por agentes estatales o particulares.
- c) Una ley puede ser persecutoria en sí misma si es que no se ajusta a los estándares internacionales de derechos humanos. Aún así, la persona solicitante deberá demostrar tener fundados temores en ser perseguida a causa de esta ley y que la misma se sigue aplicando en la práctica.
- d) La prohibición legal de prácticas persecutorias, como la mutilación genital femenina, no implica la ausencia de persecución en la práctica si es que el Estado aún la tolera, condona o no está en condiciones de detenerla eficazmente.

- e) La aplicación de una pena o sanción por incumplimiento de una ley o política sea excesiva y conlleve una dimensión de género, es posible estar ante un caso de persecución.
- f) Un cuadro de discriminación con consecuencias claramente lesivas para la persona implicada -por ejemplo, la limitación grave a su derecho a ganarse la vida, a practicar su religión o a acceder a servicios educativos- equivaldría a persecución. Incluso, el incumplimiento de la obligación estatal de brindar protección frente a abusos también podría implicar persecución.

Aun así, debe tomarse en cuenta que, bajo la perspectiva de ACNUR, estos escenarios de persecución se debe establecer un nexo causal vinculado a los motivos prohibidos de persecución consagrados en la Convención de 1951; esto es, raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opinión política. En este sentido, alguno de estos motivos debe ser un factor contribuyente a la persecución. Ahora bien, es posible interpretar estos motivos a la luz de una dimensión de género, que entienda, por ejemplo, que “en muchas culturas, el punto de vista político de las mujeres, su raza, religión o pertenencia a determinado grupo social, como ejemplos, se asumen en línea con los de sus familiares, colegas o miembros de su comunidad” (2002, párr. 22).

Asimismo, respecto a la protección estatal que debe ser garantizada en virtud del principio de no discriminación, el Comité CEDAW ha señalado que “todas las medidas de gobernanza adoptadas en las fronteras internacionales, incluidas las destinadas a hacer frente a la migración irregular y combatir la delincuencia organizada transnacional” deben ser acordes al principio de no devolución (2020, párr. 85).

En el caso concreto de las garantías del debido proceso aplicables a procedimientos de devolución, pueden tomarse como referencia las planteadas por la CEDAW en su Observación General No. 32 (2014: párr. 42-43), referidas a procedimientos de determinación de la condición de persona refugiada. Estas implican que los procedimientos que involucran a mujeres puedan ser abordados de forma independiente a los de sus familias y que estas sean escuchadas por separado. En esa línea, también los Estados deben evitar cuestionar la credibilidad de sus testimonios ante la falta de documentación que acredite su posición y procurar establecer credibilidad por otros medios.

Asimismo, el ACNUR ha establecido también que es de suma importancia que las mujeres reciban toda la información adecuada, y que durante la evaluación se planteen preguntas específicas y abiertas con el objetivo de ayudar a revelar aspectos vinculados



al género relevantes para el caso que pueden no ser identificados por las propias personas. De igual forma, es necesario recopilar información del país de origen que sea de relevancia para la persona, como la posición de las mujeres ante la ley; los derechos políticos, económicos y sociales de las mujeres; las costumbres sociales y culturales del país y las consecuencias del desacato; la prevalencia de prácticas tradicionales perjudiciales; la incidencia y formas de violencia denunciadas; peligros de regresar al país de origen para las mujeres; entre otros (2002: párr. 36). Esta información, así como fuentes alternativas como testimonios de mujeres en situaciones similares, de organizaciones nacionales e internacionales, o investigadores independientes, puede ser considerado material probatorio a efectos de la determinación de la aplicación del principio de no devolución.

Teniendo lo expuesto en cuenta, es posible catalogar los principales estándares de acuerdo con la siguiente distribución:

Tabla 4. Estándares en torno al principio de no devolución

|  |  |
|--|--|
| <p>Estándares generales en base principio de no devolución</p> | <ul style="list-style-type: none"> <li>- E1: No interceptar a personas solicitantes de la condición de refugiado en aguas internacionales para evitar evaluar sus peticiones, ni implementar prácticas como la externalización de fronteras.</li> <li>- E2: Frente a riesgos de tortura, debe garantizarse el debido proceso en todo procedimiento que conduzca a una expulsión; remitir a la persona que alegue tortura a un examen médico independiente y gratuito; o proporcionar capacitación efectiva al personal que trate a personas privadas de libertad, migrantes y solicitantes de asilo para la detección de señales de tortura.</li> <li>- E3: No adoptar políticas disuasivas que, en la práctica, ocasionen que la persona que busca protección internacional en base al artículo 3 de la CAT deba regresar a su país.</li> <li>- E4: Algunos tratos crueles, inhumanos y degradantes también pueden justificar la aplicación del principio: haber sido víctima de violencia de género sin protección de las autoridades; la exposición a penas que incluyan castigos físicos; la devolución a Estados en los que se haya cometido crímenes como genocidio, de lesa humanidad o de guerra; Estados en los que se hayan vulnerado los Convenios de Ginebra; o Estados en donde se aplique la pena de muerte para delitos no graves o frente a procesados menores de 18 años, personas embarazadas o lactantes, personas con discapacidad, entre otros.</li> <li>- E5: Las conductas que generan un riesgo frente a devolución pueden ser cometidas tanto por actores estatales como no estatales.</li> <li>- E6: Cuando el presunto riesgo provenga de agentes no estatales o de Estados extranjeros presentes en el territorio del Estado destinatario, el Estado que ejerza la expulsión debe establecer mecanismos para supervisar el cumplimiento de las garantías de protección.</li> <li>- E7: Prácticas como la devolución de una persona desde un país que haya abolido la pena de muerte a otro en que aún se le pudiera imponer; la expulsión a un país en que autoridades religiosas hubieran emitido una fatwa en su contra; la devolución a un país sumamente violento en el que no se haya vivido de forma previa, donde se carezca de vínculos y no se hable el idioma local; son contrarias a la protección al derecho a la vida.</li> </ul> |
|--|--|

|  |  |
|--|--|
| <p>Estándares en base al principio de no devolución aplicables a las mujeres</p> | <ul style="list-style-type: none"> <li>- E8: Abarca amenazas o riesgos contra la vida, integridad, libertad y seguridad personal, y también el riesgo de ser objeto de formas graves de discriminación, incluidas formas graves de persecución o violencia por razón de género. Estas últimas incluyen, la amenaza de mutilación genital femenina, el matrimonio forzoso, la amenaza de violencia o los denominados “delitos de honor”, la trata de mujeres, los ataques con ácido, la violación y otras formas de agresión sexual, las formas graves de violencia doméstica, la imposición de la pena capital u otras penas físicas contempladas en los sistemas de justicia discriminatorios, la esterilización forzada, la persecución política o religiosa por manifestar opiniones feministas o de otra índole y las consecuencias persecutorias de no acatar las normas y convenciones sociales prescritas en relación con el género o por reivindicar sus derechos.</li> <li>- E9: Las mujeres requieren de protección internacional especial contra la devolución frente a actuaciones de agentes estatales y no estatales. En el caso de estos últimos, se dará cuando no haya una adecuada protección de las autoridades.</li> <li>- E10: En el caso de mujeres provenientes de países donde la violencia de género ocurre con impunidad y acceder a la protección estatal presenta dificultades, no necesitan demostrar que efectivamente no se contó con protección de las autoridades.</li> <li>- E11: La evaluación de la existencia de un riesgo real, personal y previsible debe ser realizada tomando en cuenta el contexto del país de origen.</li> <li>- E12: Debe regir todas las medidas de gobernanza adoptadas en las fronteras internacionales, incluidas las destinadas a hacer frente a la migración irregular y combatir la delincuencia organizada transnacional.</li> </ul> |
|--|--|

### 2.2.3. Análisis de los estándares desarrollados en torno al principio de no devolución desde la crítica feminista jurídica

En base a lo desarrollado en el acápite previo, podemos concluir que, tal como sucede en torno al principio de no discriminación, desde el DIDH también se han desarrollado múltiples estándares en torno al principio de no devolución para una mejor garantía de los derechos de las personas en situación de movilidad frente a riesgos que puedan menoscabarlos. Incluso, estos han incorporado la perspectiva femenina para el desarrollo de algunos estándares específicos en materia de mujeres migrantes. No obstante, el abordaje a la no devolución ha sido acotado y, al menos en etapas tempranas, estaba ligado de forma más específica a cuestiones vinculadas al asilo o a riesgo de torturas, cuyo análisis tradicional no solía contemplar aspectos de género.

Estas cuestiones pueden limitar la protección brindada por el principio de no devolución. Por ello, se analizan los alcances del principio de no devolución a partir de los factores establecidos de forma previa: a) por la forma en que fue constituido y desarrollado como parte de una disciplina, en principio, androcéntrica; b) por la posible presencia de sesgos de género en los estándares desarrollados en torno a él; o c) por las ausencias o carencias relevantes para situar a las mujeres, y en particular a las mujeres migrantes, como sujetas plenas de derecho, en los estándares ya desarrollados en torno a este.

a. *Sobre la forma en que fue desarrollado y constituido el principio de no devolución*

Tal como se refirió de forma previa, el Derecho es una institución androcéntrica. Como resultado replica patrones inmersos en una jerarquía de géneros y reproduce factores que la preservan. En este marco, el principio de no devolución, planteado para garantizar los derechos de las personas que no pueden acceder a protección estatal de sus países de origen frente a riesgos hacia su vida, integridad o libertad, aparentemente fue concebido de forma neutra; es decir, no hacía una distinción, al menos en abstracto, del sexo o género de la persona que pretendía gozar de su protección.

Sin embargo, al ser concebido en el marco del DIR, las situaciones que dieron cabida a la aplicación de este principio estaban marcadas por la división entre esferas pública y privada que respondía todavía a una relación jerárquica entre géneros. De este modo, las situaciones típicas recogidas en la figura clásica de asilo tenían que ver con persecuciones desplegadas por motivos de opinión política, pertenencia a determinado grupo social, raza, religión, nacionalidad, cuestiones que, en general, estaban vinculados a la actividad pública de las personas con relación al Estado; con lo que el prototipo de solicitante de asilo era un hombre perseguido por sus opiniones o actividades políticas (Calavita, 2006, pág. 111).

Si bien las mujeres eran también víctimas de este tipo de persecución por las actividades que desplegaban en la esfera pública, de acuerdo a Calavita, la visión clásica de refugio no brindaba una protección sensible al género debido a que i) no siempre estas eran reconocidas como actividades políticas, y ii) esta concepción dejaba de lado las formas de persecución de la que eran víctimas en la esfera privada, por ejemplo, en el ámbito doméstico. A esto se suman posturas como las de Kelly, que considera el fallo al incorporar una perspectiva de género en las alegaciones de refugio se debe a una falencia general del DIR de reconocer a los derechos económicos y sociales, así como su impacto y estrecha relación con los derechos civiles y políticos (Kelly, 1993). En ese sentido, es posible afirmar que el género no fue concebido, inicialmente, como una de las categorías que podía dar origen al refugio y, por lo tanto, dar pie a la aplicación del principio de no devolución.

Posteriormente, el género ha sido reconocido como tal a partir de una interpretación de la definición clásica de persona refugiada como una de las posibles causas de persecución. Incluso, órganos como el ACNUR establecieron directrices específicas

para analizar el refugio frente a persecuciones por motivos de género<sup>49</sup>. No obstante, en la práctica, no todos los operadores judiciales o administrativos consideran una interpretación en este sentido. La experiencia canadiense y estadounidense, por ejemplo, ha determinado que para garantizar protección a mujeres solicitantes de refugio se suele apelar a la pertenencia a otro “grupo social” pero a través de figuras forzadas o artificiales (por ejemplo, “mujeres o niñas de Zimbawe forzadas a casarse de acuerdo a leyes consuetudinarias” o “mujeres chinas esterilizadas a la fuerza tras tener más de un hijo”), dejando de lado que es el propio género el que define la experiencia que en algunos casos amerita el refugio y el que acredita la existencia a un determinado grupo social (Asthana, 2011, págs. 7-8).

De hecho, como fue enunciado previamente, las propias directrices de ACNUR establecen que para evaluar una posible persecución por género debe existir un nexo causal vinculado a alguno de los motivos prohibidos por la Convención de 1951. Con ello, en la práctica, se les exige acreditar la pertenencia a un grupo social específico e incluso vincular esta pertenencia a una persecución a raza, opinión política, religión, etc., sin reconocer que es el propio género el que puede moldear una experiencia de persecución o de una amenaza grave a los derechos de la persona solicitante. Todo ello limita la protección que pueden recibir determinadas mujeres en quienes el vínculo con otro subgrupo social no está necesariamente tan definido. Además, las autoridades tienen demasiada discreción y poca orientación para determinar qué es o no un grupo social determinado y qué rasgos, además del género, califican como categorías inmutables (Kneif, 2006, pág. 3) así como también para determinar formas de persecución género-específicas por algún motivo de los contenidos en la Convención de 1951, ya que usualmente son interpretadas como actuaciones ligadas a motivaciones personales en lugar de actos de violencia usados para ejercer coerción y castigo sobre las mujeres (Kelly, 1993, pág. 647).

En esa línea, hay autores que sostienen la necesidad de incluir una sexta categoría en el alcance de la figura de asilo que se refiera expresamente al género, ya que las peticiones que las mujeres plantean con mayor frecuencia no son respondidas de forma adecuada precisamente por esta ausencia. En esta línea, “las personas que buscan refugio por una persecución ligada al género enfrentan dificultades para demostrar que están siendo perseguidos por las razones legalmente requeridas bajo el marco del

---

<sup>49</sup> Ver ACNUR. 7 de mayo de 2002. Directrices sobre protección internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967. HCR/GIP/02/01.

refugio. Son forzadas a encajar su situación a una serie de criterios adoptados sin mucha reflexión respecto a las necesidades que particularmente enfrentan (Kneif, 2006, pág. 12) (traducción propia).

Una situación similar puede reflejarse cuando se contempla cómo fue desarrollado el principio de no devolución en el marco del DIDH, donde estuvo ligado principalmente a la prohibición de tortura. Ahora bien, dicha prohibición, en el ámbito internacional, estaba marcada, al menos en su concepción inicial, por rasgos androcéntricos que se reflejaban, por ejemplo, en el lenguaje empleado en la Convención contra la Tortura<sup>50</sup>; en las conductas prohibidas, basadas en la distinción de esferas pública y privada, que dejan fuera las experiencias que menoscaban la dignidad de las mujeres; en el requerimiento de que el acto intencional de sufrimiento tenga un propósito, cuando detrás de la violencia hacia mujeres y niños, niñas o adolescentes, en determinados contextos no obedece a un propósito definido o visible (Charlesworth, Chinkin, & Wright, 1991, págs. 627-628).

De este modo, en una etapa temprana no se consideraba actos como la violencia de género como una forma de tortura, ni siquiera a la violencia sexual. Frente a ello, el principio de no devolución dejaba a afuera a gran parte de la población femenina cuyos motivos para trasladarse desde su país de origen no correspondían con los intereses plasmados en los instrumentos que recogían este principio. Incluso, la propia CADH, en su artículo 22.8, omite la categoría género como una de las posibles causales vinculadas a afectaciones al derecho a la vida o libertad personal que dan origen a la aplicación de la no devolución.

En esa línea, resulta notorio que, en los estándares desarrollados, la violencia de género esté vinculada primordialmente a tratos crueles, inhumanos o degradantes, y sea poca explorada como una forma de tortura. Es decir, no hay ningún estándar específico en relación con el principio de no devolución que refiera que la tortura puede tener manifestaciones de género, con lo que la prohibición de la devolución ante estas situaciones es imperativa y no admitiría ninguna norma o disposición en contrario, garantizando una mejor protección a los riesgos enfrentados por las mujeres por motivos

---

<sup>50</sup> En su versión en inglés, la Convención postula un concepto de tortura a partir de un sujeto principalmente masculino: "(...) the term "torture" means any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from **him** or a third person information or a confession, punishing **him** for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing **him** or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind (...)" [negritas añadidas].

de género. Por el contrario, de una lectura conjunta de dichos estándares, podría entenderse que la violencia de género es, efectivamente, un supuesto que amerita la aplicación del principio de no devolución; sin embargo, dicha aplicación estará sujeta a los criterios legales establecidas en el ordenamiento del Estado de acogida.

Por otro lado, incluso, en la práctica, teniendo en cuenta que el principio debía ser alegado en las fronteras estatales o en territorios bajo la jurisdicción del Estado de destino, era requerido que la persona pudiera desplazarse a estas zonas para poder recibir protección internacional. No obstante, muchas mujeres no tenían la oportunidad de poder movilizarse hacia esos territorios por barreras económicas, culturales, sociales, entre otros. De este modo, una concepción del principio de no devolución que únicamente se puede solicitar en territorios internacionales o bajo jurisdicción internacional, limita el acceso a las mujeres, especialmente a aquellas que se encuentran en una situación particular de vulnerabilidad frente a la violencia, a este tipo de protección.

Concepciones como las referidas parten de la propia naturaleza de la aplicación territorial y extraterritorial del DI; sin embargo, en la práctica limitan el alcance del principio de no devolución y responden de alguna forma a una intención estatal implícita de restringir la protección internacional brindada. Precisamente en base a esto, se conciben diversas limitaciones a la aplicación de este principio en virtud de la soberanía nacional, generalmente vinculadas a motivos de seguridad nacional u orden público. Dichas limitaciones menoscaban el alcance del principio en perjuicio de grupos estigmatizados como riesgosos para la seguridad nacional o, como se mencionó en la sección referida al principio de no discriminación, que no representan una utilidad en términos económicos y/o laborales, entre los que se encuentran, por lo general, las mujeres en situación de movilidad que además son pobres, presentan discapacidad, son racializadas, tienen una orientación sexual y/o una identidad de género diversa, entre otros factores.

b. Sobre la presencia de sesgos de género en los estándares desarrollados

Los estándares hallados en torno al principio de no devolución están estructurados en dos grupos: generales y específicos por razón de género. Ambos grupos resultan aplicables a la situación de las mujeres migrantes. Entre el primero, puede rescatarse que frente a riesgos de tortura, los Estados deben adoptar medidas preventivas para evitar una devolución que haga peligrar la vida o integridad de una persona (ver E2). De

forma similar, el que los Estados tengan vetado adoptar políticas que, en la práctica, disuadan a las personas de buscar protección internacional y obligen a retornar a su país de origen (ver E3) también contribuye a que, en la práctica, pueda cumplirse a cabalidad el principio de no devolución.

En esa línea, que se incluya algunos tratos crueles, inhumanos y degradantes como motivadores para el principio de no devolución, entre los que se incluye la violencia de género sin gozar de protección por parte de las autoridades también resulta importante, la exposición a penas que incluyan castigos físicos corporales o se aplique la pena de muerte a menores de edad, embarazadas o lactantes o persona con discapacidad (ver E4). No obstante, el margen bajo el cual se amplía el alcance de este principio resulta limitado frente a otras situaciones que afectan la vida, integridad y bienestar de las mujeres como el ejercicio de derechos sexuales y reproductivos.

También resulta positiva para la protección de mujeres migrantes que se garantice el principio de no devolución frente a actuaciones tanto de agentes estatales como de terceros (ver E5 y E9), ya que muchas veces los riesgos que enfrentan las mujeres en países de origen suelen estar ocasionados por agentes privados. En esa línea, que en contextos donde la violencia de género ocurre con impunidad y existen dificultades para acceder a la protección estatal, no sea necesario acreditar que efectivamente no se contó con protección estatal en su país de origen (ver E10) también resulta beneficioso para las mujeres que enfrentan riesgos por esta causa.

Aun así, Çali, Costello & Cunningham han señalado, por ejemplo, que en la jurisprudencia de los Comités de Naciones Unidas, este estándar no se ha aplicado cabalmente al denegar la aplicación del principio de no devolución tras establecer que algunas autoras de comunicaciones no habían intentado buscar protección de parte de las autoridades estatales y no habían ofrecido, *prima facie*, prueba alguna de que el Estado no brindaba esta protección, a pesar de que provenían de países donde la violencia de género era un problema estructural, como México, China e India (2020, pág. 371).

Frente a ello, la presunción de no haber recibido protección estatal frente a fenómenos como violencia de género debería fortalecerse, ya que muchas veces las mujeres que han huído de su país de origen no están en posición de acreditar la ausencia de esta en relación con sus casos e incluso pueden no haberla solicitado o requerido por los niveles de desconfianza en los sistemas de justicia.

Asimismo, el hecho de que pueda ser ejercida una devolución a territorios donde se enfrente riesgos producidos por terceros condicionada a que el Estado que ejerce la expulsión exija medidas de protección al Estado de origen y establezca mecanismos para supervisar que dichas medidas se cumplan (ver E6), también puede resultar problemático en la medida en que el control efectivo respecto a las acciones del otro Estado puede ser limitado sobre todo si los riesgos están en esferas privadas. En esa línea, no debería estar habilitada esta posibilidad para casos en los que las mujeres hayan alegado riesgos que no son tan susceptibles de monitorear fehacientemente por parte de autoridades estatales.

En este mismo sentido, el que los Estados no pueden interceptar a las personas solicitantes de la condición de refugiado para evitar que sus peticiones sean evaluadas en aguas internacionales o a través de la externalización de sus fronteras (ver E1), también contribuye a la protección de mujeres refugiadas al promover pautas para que puedan hacer efectivo su reconocimiento como tales. Sin embargo, tal como se refirió en el punto anterior, se debe tener en consideración que esta acción previene que se impida la aplicación del principio de no devolución a las personas que están en capacidad de movilizarse a territorios desde donde se brinde protección internacional. Este no suele ser el caso de ciertos grupos de mujeres que deben permanecer en sus comunidades a pesar de sufrir riesgos en ellas. Con ello, prácticas como la no interceptación en aguas o la externalización de fronteras parecen no ser suficientes, ya que en vías de garantizar un verdadero acceso a derechos a quienes no tienen la capacidad de ejercerlos, se podría implementar mecanismos para apoyar el traslado de estas mujeres fuera de su Estado de origen con la finalidad de solicitar la aplicación del principio de no devolución.

A pesar de todo, el hecho de que se recojan estándares que obligan a los Estados a no expulsar o devolver a una mujer a otro estado en el que su vida, integridad, libertad o seguridad se verían amenazadas, o en el que estén en riesgo de ser objeto de formas graves de discriminación (ver E8); o que el principio de no devolución rija todas las medidas de gobernanza adoptadas en las fronteras internacionales (ver E11); resulta positivo en tanto incorporan perspectivas femeninas respecto que garantizan una mejor protección de los derechos de las mujeres migrantes.

De esta forma, si bien se construyen estándares diferenciados para el género femenino, no se plantea una única forma de concebir a la “mujer” desde, por ejemplo, su rol



reproductivo o su rol familiar. Ahora, si bien es cierto que podría sostenerse que, detrás de estándares como los desarrollados, se concibe a las mujeres como víctimas de las distintas prácticas que repercuten sus derechos, la aplicación de este estándar debería ir acompañado de un respeto al posicionamiento que pueden tener las mujeres migrantes respecto a su situación. Es decir, se debe tener presente la propia agencia del sujeto femenino para determinar el nivel de riesgo al que pudieran estar expuestas y sobre todo su posible identificación o no, como víctimas. Una visión en este sentido implicaría concebir al principio de no devolución no como una garantía de protección internacional desde una visión humanitaria, sino como un derecho de las personas migrantes que puede y debe ser reivindicado por ellas.

En esa misma línea, cobra una vital importancia la preponderancia del elemento subjetivo al momento de evaluar un posible riesgo frente a la devolución, que permita, a partir de una perspectiva interseccional que incorpore un análisis psicológico feminista, identificar posibles efectos psicológicos del temor en las mujeres que no se revelen de forma explícita o que se amolden a las expectativas masculinas de cómo debería demostrarse ese temor (Zamora, 2022). De este modo, se evitaría esperar y concebir a las mujeres únicamente como víctimas de un contexto vulneratorio determinado y la protección brindada estaría además fundamentada en sus propias experiencias y percepciones respecto a lo vivido, que no necesariamente se manifiestan a través de una posición género-estereotipada de víctimas o requirientes de asistencia humanitaria.

#### c. Ausencias o carencias relevantes en los estándares desarrollados

Si bien a diferencia del principio de no discriminación, el principio de no devolución resulta más acotado, y por lo tanto los estándares en torno a este han sido más precisos, los desarrollos en torno a él han omitido algunos temas relevantes si es que se tiene en cuenta la situación de las mujeres migrantes. En ese sentido, podrían considerarse estándares que garanticen la no devolución frente a riesgos que afrontan las mujeres vinculados a su género, además de la violencia. Entre ellos, destacan las restricciones para el ejercicio pleno de derechos sexuales y reproductivos, que sin duda pueden tener una afectación permanente en el derecho a la vida, entendido como vida digna, en la integridad de la persona; o en la libertad; sobre todo en Estados donde se penalicen prácticas como el aborto o las relaciones entre personas del mismo género.

Asimismo, poco se ha desarrollado desde los órganos de DIDH en torno a los alcances de la no devolución en relación con el concepto *constructive refoulement* y las obligaciones de garantía que deberían derivar de este vínculo. De este modo, si bien el

Comité CAT ha establecido que los Estados no deben adoptar medidas o políticas disuasivas que ocasionen que una persona en búsqueda de protección internacional decida retornar a su país de origen, no hay ningún estándar que haya desarrollado las obligaciones estatales para garantizar los derechos de las mujeres en situación de vulnerabilidad en los países de destino y que son imperativos para su permanencia y que muchas veces no son garantizados tampoco para su propia población, como el acceso al trabajo en condiciones dignas; la vida libre de violencia de género; el acceso a salud de garantía, especialmente sexual y reproductiva; acceso a apoyos en el sistema de cuidados; entre otros.

#### *A modo de conclusión*

El principio de no devolución es uno de los principios pilares para la protección de derechos humanos en materia de movilidad humana; ya que impide el retorno, expulsión o devolución de una persona en necesidad de protección internacional por enfrentar en riesgo en su Estado de origen. Su surgimiento como parte del DIR o vinculado a la prohibición de tortura tuvo como consecuencia que, inicialmente, los riesgos enmarcados en el ámbito de protección de este principio estaban centrados en la vida, libertad, integridad; sin embargo, posteriormente su alcance se extendió en diversos instrumentos de DIDH, con lo que la comprensión de los riesgos empezó a incluir nuevos supuestos en base a la noción de vida digna. Precisamente en base a ellos es que garantiza la protección de derechos de las mujeres en situación de movilidad a través de estándares generales y estándares específicos en la materia.

Ahora bien, es innegable que, al igual que el principio de no discriminación, el surgimiento del principio de no devolución estuvo marcado por sesgos de género que se evidenciaban sobre todo por la división entre esferas pública y privada que caracterizaba el Derecho Internacional. De este modo, por un lado las actividades públicas de las mujeres no eran consideradas de forma fehaciente como actividades políticas que ameriten un nivel de persecución necesario para aplicar el principio de no devolución: por el otro, las formas de persecución que enfrentaban las mujeres muchas veces se desarrollaban en el ámbito privado, frente al cual el Estado, en un primer nivel, y la comunidad internacional, en un segundo, no buscaban injerencia.

Por otro lado, resulta positiva la existencia de estándares que reconozcan la violencia de género como un trato cruel, humano y degradante; y por lo tanto, sea considerada

una situación que amerita la no devolución. No obstante, de concebir una noción más amplia de tortura, los casos de no devolución vinculados a violencia de género también podrían beneficiarse de una prohibición absoluta de retorno. Por otro lado, estándares que buscan revertir la carga de la prueba para demostrar que no se contó con protección del Estado original en casos de violencia de género de mujeres provenientes de países con contextos de violencia generalizados son un buen aporte; sin embargo, su aplicación debe ser dada de manera más uniforme, ya que en este tipo de contextos muchas mujeres ni siquiera están en capacidad de buscar esta protección y más bien debería ser cumplida la obligación estatal generalizada de garantizar una vida libre de violencia.

Finalmente, destacan algunas notorias ausencias en cuanto al desarrollo de estándares en torno al principio de no devolución. En primer lugar, se encuentra la poca relación establecida entre la protección a la vida, integridad y libertad, y el ejercicio de derechos sexuales y reproductivos. Así, es preciso partir de que se ha establecido, desde el DIDH, que algunas prácticas culturales y formas de violencia pueden afectar la salud de las niñas y mujeres, y conllevar riesgos a daños físicos o psicológicos, discapacidad y/o muerte; incluso, estos riesgos pueden estar presentes frente a condiciones como el embarazo si es que no se cuenta con los servicios necesarios para atenderse (Comité CEDAW 1999, párrs. 12, 18 y 27; Corte IDH 2020, párr. 109).

En esa línea, además de las propias barreras sociales, culturales y económicas, se ha determinado también que el acceso de las mujeres a una adecuada atención médica enfrenta brechas y restricciones impuestas por los propios Estados a través de requisitos establecidos, políticas o la penalización de ciertas intervenciones médicas que afectan exclusivamente a las mujeres (Comité CEDAW 1999, párr. 14). Aun así, a pesar del vínculo entre este tipo de derechos con la vida o la integridad, no existe ningún estándar vinculado a la aplicación del principio de no devolución frente a contextos estatales en donde riesgos graves como los referidos son una constante para las mujeres en general o para determinados grupos de ellas.

En segundo lugar, no existe un desarrollo vinculado al constructivo *refoulement* y las obligaciones estatales positivas en materia de género frente a estas, con lo que se ha incidido poco en las actuaciones que debe adoptar el Estado para garantizar que aquellas mujeres que se acogieron a protección estatal no se vean obligadas a retornar a su país de origen.

### **Capítulo 3: Políticas migratorias: hacia la concretización de los derechos humanos de las mujeres migrantes**

Habiendo desarrollado el marco feminista crítico hacia el Derecho y cómo este se podría expresar en los estándares de DIDH desarrollados en torno a la movilidad humana, es pertinente centrarnos en las políticas migratorias, que son las herramientas de concreción -o al menos deberían serlo- en las que se traducen dichos estándares a nivel interno. En esa línea, los Estados, en virtud de la soberanía nacional y la potestad de fijar sus políticas migratorias, poseen la facultad de establecer mecanismos de control para permitir, restringir o rechazar la entrada de personas no nacionales a su territorio (Corte IDH 2010, párr. 98), así como delimitar cuáles son los derechos de los que serán titulares una vez dentro de él (Domenech, 2008, pág. 60). De este modo, son las políticas migratorias las que finalmente impactan de forma directa en las situaciones que atraviesan las personas en movilidad y a través de las cuales pueden ejercer o ver restringidos sus derechos.

En cuanto al vínculo de las políticas migratorias y el género, Magliano, citando a Shore y Wright, sostiene que estas no solo codifican y promueven normas y valores sociales, sino que representan un modelo de la sociedad en el que “se adjudicó a las mujeres roles específicos a partir de la reproducción de lógicas de dominación que repercutieron en la construcción de determinadas representaciones de género” (2009, pág. 73). De este modo, la invisibilidad de las dinámicas de género tras los procesos de migración internacional podría repercutir en reproducir “concepciones victimistas” o estereotipadas de las mujeres migrantes en las políticas migratorias, a la par de restarles agencia y protagonismo de sus procesos migratorios.

Así, las políticas migratorias moldean las experiencias migratorias y, por su puesto, generan impactos diferenciados por motivos de género de forma explícita y tácita. De igual forma, contribuyen a definir la representación de la persona migrante y, en concreto, de la mujer migrante, a nivel institucional, pero también social; con lo que están en capacidad de reproducir estereotipos, roles y dinámicas que configuran una jerarquía de género.

Por ello, resulta pertinente analizar la política migratoria del Estado peruano para corroborar si, en primer lugar, incorpora los estándares desarrollados a nivel internacional en torno al principio de no discriminación y al principio de no devolución; y, en segundo lugar, si es que esta incorporación tiene en cuenta al género como factor

que define la experiencia migratoria; es decir, si el enfoque de derechos humanos que estaría presente en la política migratoria es suficiente para garantizar que las mujeres migrantes puedan ejercer sus derechos de forma plena.

Bajo este concepto, en el presente capítulo se analizará el concepto y visiones en torno a política migratoria; la evolución de la política migratoria peruana y sus principales componentes en la actualidad; la manera en que esta integra los estándares internacionales en materia del principio de no discriminación y el principio de no devolución; y, finalmente, la manera en que la política migratoria peruana aborda la situación de las mujeres migrantes a partir del análisis de dos casos concretos: la expulsión de un grupo de mujeres migrantes trabajadoras sexuales en abril de 2022 que residían en la ciudad de Piura; y el procedimiento sancionador iniciado contra la activista de nacionalidad venezolana Paulina Facchin.

### 3.1. Aspectos generales sobre políticas migratorias

#### 3.1.1. Definiciones y rasgos de la política migratoria

La definición de “política migratoria” es una tarea compleja. En primer lugar, porque los flujos migratorios han sufrido múltiples transformaciones, caracterizándose en la actualidad por un incremento en los movimientos; en su diversidad; en la dicotomía entre migrantes “deseables” y no “deseables”; de una migración temporal, circular y repetida; de la dimensión transnacional de los proyectos migratorios; y el reforzamiento de redes informales como forma de organización y comunicación transfronterizas (Castles en De Lucas, 2004). Con todo ello, el propio fenómeno migratorio ha adquirido rasgos esenciales que complejizan su entendimiento.

De este modo, se ha consolidado como global, en la medida en que es de alcance universal, con lo que es imposible examinarlo desde la perspectiva del Estado-nación; complejo, en tanto es heterogéneo, con proyectos migratorios que varían según múltiples factores que impactan en las personas migrantes, las rutas empleadas, los mecanismos estatales de recepción, entre otros; e integral, al ser un fenómeno social total que engloba diversas esferas: laboral, económico, cultural, jurídica y política (De Lucas, 2004, págs. 198-199). Este proceso de complejización ocasiona a su vez que las visiones respecto a la migración adquieran múltiples matices y, por lo tanto, que las respuestas estatales alineadas a estas visiones sean diversas.

Un segundo elemento que explica por qué es difícil mantener una definición de política migratoria, es que no hay un entendimiento integral respecto a sus componentes y fundamentos. Castles, por ejemplo, sostiene que hay dos ideas centrales presentes en la formulación tradicional de las políticas migratorias. La primera es la creencia de que el comportamiento del mercado neoliberal y la lógica costo-beneficio dirige los movimientos de las personas; es decir, una persona se desplaza si con esta actividad obtiene una utilidad individual, y deja de moverse si la ecuación costo-beneficio cambia. La segunda se refiere a la creencia de que las regulaciones estatales diseñadas para categorizar migrantes y controlar su ingreso y permanencia moldean los desplazamientos (Castles, 2004, pág. 208). Sin embargo, de acuerdo con el autor, esta visión sostenida en ambos pilares fracasa porque no se tienen en cuenta factores determinantes como la agencia de la persona migrante; el carácter autosostenido de los procesos migratorios una vez que inician; la dependencia estructural entre países de origen y de destino; las relaciones configuradas en términos desiguales entre el sur y norte globales en un contexto de globalización y redes transnacionales; entre otros factores.

Aún así, en medio de este complejo marco, autores como Bjerre, Helbling, Römer y Zobel han buscado delimitar el concepto de política migratoria a partir de cuatro interrogantes: i) ¿Cuáles son los grupos objetivo de las políticas migratorias?, ii) ¿debería una política migratoria dar cuenta de su implementación y resultados?, iii) ¿cómo puede una política migratoria distinguirse de otros campos cercanos como las políticas de integración o políticas de ciudadanía?, y iv) ¿cómo se pueden agrupar sistemáticamente las leyes que regulan la migración?

Respecto a la primera interrogante, los autores consideran cuatro grupos como objetivo de las políticas migratorias: i) trabajadores migrantes, aceptados por razones económicas; ii) solicitantes de asilo, refugiados reconocidos y personas que requieren asistencia humanitaria, admitidas precisamente por razones humanitarias; iii) personas admitidas por reunificación familiar; e iv) “inmigrantes coétnicos”, que incluye también a migrantes provenientes de colonias, que son admitidos debido a lazos culturales y étnicos con el país de destino. En paralelo, de acuerdo con los autores, existe un último grupo, al margen de las políticas, constituido por migrantes en situación irregular cuya entrada o permanencia en el territorio es considerada “ilegal”.

Sobre la segunda pregunta, establecen una diferencia entre *policy outputs*, referidos a las decisiones vinculantes, acciones implementadas y comportamientos, como por

ejemplo, las regulaciones normativas; y *policy outcomes*, término que refiere a las consecuencias derivadas de dichas acciones en la práctica (Bjerre, Helbling, Römer, & Zobel, 2015, págs. 560-562). En el campo migratorio, un ejemplo de lo primero sería una ley de migraciones; mientras que un ejemplo de lo segundo serían los flujos migratorios que se presentan a raíz de esa ley. De acuerdo con los autores, si bien existe suficiente literatura que fundamenta la necesaria interrelación entre *policy outputs* y *policy outcomes*, es necesario analizar ambos campos de forma separada para entender los alcances de cada uno.

En relación con la tercera pregunta, los autores parten de la distinción propuesta por Hammar respecto a la existencia de tres fases en el ingreso a un país: la entrada, el asentamiento y la ciudadanía plena. A partir de esta distinción, establecen dos modelos respecto a cómo los Estados se vinculan con las personas migrantes: una presente en las fronteras, vinculada al ingreso al país; y otra dentro del territorio, vinculada al asentamiento y a la ciudadanía plena. Es en base a estos dos modelos que los autores sostienen que la política migratoria debe diferenciarse de las políticas de integración. De esta manera, las políticas migratorias serían las que se refieren a la selección, admisión y deportación de personas extranjeras.

Aún así, se admite que esta distinción no es necesariamente clara, en tanto muchas normativas vinculadas al asentamiento también pueden ser consideradas parte de la política migratoria en la medida en que “estipulan qué se espera de las personas migrantes, las condiciones que deben reunir para permanecer en un país y ser considerado parte de la sociedad, y los derechos que le son garantizados” (Bjerre, Helbling, Römer, & Zobel, 2015, pág. 562) (Traducción propia). Siguiendo esta lógica, concluyen que finalmente se deben considerar como parte de las políticas migratorias, además de aquellas vinculadas al ingreso o salida del territorio, aquellas disposiciones que, a su juicio, permiten a la persona migrante asentarse en el país de destino: derecho al trabajo y prestaciones sociales; y si bien reconocen que estos forman parte también de las políticas de integración, sostienen que en este ámbito deben ser abordados de forma específica derechos políticos, sociales y culturales, que determinan cómo viven las personas migrantes en el país de destino.

Por último, sobre la cuarta pregunta, los autores sostienen que es posible distinguir entre regulaciones y mecanismos de control. Las primeras son disposiciones legales vinculantes que reconocen o restringen derechos. Los segundos, por su parte, son mecanismos, también regulados por la normativa, que monitorean si las regulaciones

se cumplen o no. Asimismo, estas prácticas de regulación y control se observan tanto en las fronteras como dentro de los territorios. De este modo, las normas vinculadas a la política externa estipulan condiciones y criterios de elegibilidad y mecanismos para controlar si estos se cumplen; mientras que las normas internas estipulan la duración de estancias, los derechos reconocidos y cómo estos se controlan dentro del territorio.

Tras este recorrido, los autores definen a las políticas migratorias como las “posiciones gubernamentales respecto a lo que se pretende hacer o no hacer (incluyendo leyes, reglamentos, decisiones u ordenes) en relación con la selección, admisión, asentamiento y deportación de ciudadanos extranjeros residentes en el país” (2015, pág. 559) (Traducción propia).

Si bien en primera instancia esta definición es pertinente para la presente investigación, es necesario establecer algunas precisiones. En primer lugar, aunque las categorías de personas a quien se dirigen las políticas migratorias son válidas, es necesario hacer la salvedad de que estas no son ni estáticas ni autoexcluyentes (Schrover & Moloney, 2013); es decir, las personas pueden fluir entre ellas de acuerdo con los contextos que atraviesen. En este sentido, las categorías de migrantes por motivos tradicionalmente considerados económicos; personas solicitantes de asilo, refugiadas o que requieran asistencia humanitaria; personas que migran por reunificación familiar; y personas que migran a partir de fundamentos étnico-culturales; no son excluyentes entre sí, sino que pueden confluir en distintos momentos del tránsito migratorio. Incluso, una persona que integra una o más de estas categorías puede pasar a una situación de irregularidad migratoria en función de la normativa del país de destino.

Ahora bien, respecto a la necesidad de plantear un análisis diferenciado entre policy outputs y policy outcomes, es necesario tener en consideración que la presente investigación tiene en cuenta que la experiencia migratoria no solo está moldeada por las propias normas, sino también por cómo los operadores, la sociedad y los propios destinatarios las interpretan y aplican; así como las barreras institucionales y sociales que pueden frenar o revertir su eficacia. Tener presente esta perspectiva dentro del análisis de las políticas, permitirá observar en qué medida las políticas tienen un impacto en relación con el ejercicio de derechos por parte de las mujeres en situación de movilidad en la práctica.

Por otro lado, aunque la distinción entre políticas migratorias y políticas de integración es conceptualmente adecuada, la interrelación entre ambas áreas -la admisión al



territorio y las políticas de integración y garantía de derechos una vez dentro del mismo no puede perderse de vista. Esto porque las llamadas políticas de integración también tienen un impacto en cómo las mujeres migran, en los lugares de destino a los que se dirigen, a cómo será interpretada por estas las normativas por ellas, entre otros factores.

Así, es determinante tener en cuenta que un proyecto migratorio está atravesado por una pluralidad de experiencias de dominación vinculadas a desigualdades sociales, género, etarias y raciales (Herrera, 2021). En esa línea, el género puede determinar una experiencia particular de mejoras en la posición social a partir de la experiencia migratoria, pero también de exposición a vulnerabilidades vinculadas frente a estatus legales precarios, condiciones laborales abusivas, exclusión y asilamiento social, riesgos y discriminación al acceder a la salud (Jolly & Reeves, 2005, pág. 3), entre otros, que son todas cuestiones que atraviesa una mujer migrante en su proceso de instalación en la sociedad de acogida. Así, una mujer puede decidir migrar por motivos económicos o por reunificación familiar (contemplados en las llamadas “políticas migratorias”), pero también para buscar un escape a la discriminación por género y normas sexistas (aspectos contemplados en las llamadas “políticas de integración”).

De igual forma, se debe recordar que una de las obligaciones de los Estados es precisamente no implementar medidas indirectas (como restricciones arbitrarias en el ejercicio de sus derechos) para que, en la práctica, obligen a una persona en necesidad de protección internacional a abandonar sus territorios.

En esa línea, consideramos que es posible considerar a las políticas de integración como un componente de las políticas migratorias; ya que estas determinan en buena cuenta los trayectos migratorios de las personas en situación de movilidad, su permanencia y el cumplimiento o incumplimiento de la normativa migratoria. Así, es posible replantear el concepto propuesto por Bjerre en los siguientes términos: posiciones gubernamentales respecto a lo que se pretende hacer o no hacer (incluyendo leyes, reglamentos, decisiones u ordenes) en relación con la selección, admisión, asentamiento, deportación y ejercicio de derechos de ciudadanos y ciudadanas extranjeras residentes en el país.

#### *Visiones sobre políticas migratorias*

Teniendo en cuenta el concepto propuesto, es importante tener en cuenta algunas visiones respecto a las políticas migratorias y cómo estas han sido implementadas por

los Estados. Para De Lucas, por ejemplo, existen al menos tres tipos de respuesta presentes en la actualidad que se reflejan en estos modelos de política migratoria: la instrumental, reactiva y la visión política. Asimismo, independientemente del modelo de política, siempre están presentes dos dimensiones en ella: la internacional, vinculada sobre todo a la gestión de los flujos, tránsito y circulación de migrantes; y la interna, enfocada en las condiciones de estancia y los proyectos migratorios en los lugares de destino (De Lucas, 2004, pág. 200).

La visión instrumental se refiere a una mirada pragmatista de la migración, que parte de considerarla necesaria por ser útil o conveniente para determinados fines. Esta visión tiene dos manifestaciones: por un lado, el “cinismo instrumental”; y por el otro, el “humanitarismo paternalista/asistencialista”.

- El cinismo instrumental entiende a la migración como un asunto de mercado, generalmente, en términos laborales. En esa línea, considera a la persona migrante como “trabajador extranjero, temporal, necesario para determinada coyuntura del mercado de trabajo interno” (De Lucas, 2004, pág. 202). Bajo este marco, la política migratoria tiene dos ejes: adecuación al mercado laboral (a través de cuotas, por ejemplo); y control policial de fronteras, para matener bajo control los ingresos y permanencias.
- Por su parte, el humanitarismo paternalista/asistencialista reitera la visión instrumental, aunque la complementa con una perspectiva de ayuda hacia personas “marginadas”, que no son considerados como sujetas plenas de derecho, sino más bien sujetas de tutela. En este caso, la política migratoria es entendida como caridad o solidaridad y se enmarca en políticas asistenciales con una tendencia a responsabilizar a la sociedad civil de dichas acciones.

Siguiendo la propuesta de De Lucas, a nivel del pilar internacional, esta mirada instrumental en la que prima la eficacia del manejo de los flujos migratorios no es completamente congruente con el respeto a los derechos humanos en tanto se deben redoblar esfuerzos para evitar que las personas migrantes que no representan un “beneficio” en los términos planteados salgan o entren entre países de origen, tránsito o destino. Desde otra perspectiva, a nivel del pilar interno, al partir de una visión que instrumentaliza a las personas migrantes, su estatus jurídico, los derechos que pueden ejercer o sus necesidades, no son adecuadamente visibilizados ni considerados. Por

ello, las políticas migratorias, en este sentido, no toman en serio puntos relevantes como la integración. De esta manera, segmenta y reconoce los derechos estrictamente necesarios únicamente para las personas trabajadoras migrantes; además de que establece diversas barreras y obstáculos para mantener un estatus regular y una situación de certeza y estabilidad respecto de sus proyectos migratorios. Es importante resaltar que De Lucas sostiene que esta situación jurídica de incertidumbre de la persona migrante contribuye a su construcción como extranjeros no ciudadanos y a mantener un estatus de subordinación y discriminación (2004, pág. 205).

Por otra parte, De Lucas menciona una segunda respuesta que él considera que ha perdido terreno, en favor de las otras dos visiones planteadas en este acápite, a partir de la toma de conciencia de la necesidad de las migraciones: la mirada reactiva hacia la migración que usualmente se sustenta en tres pilares: una supuesta amenaza para el orden público, la seguridad; amenaza de competencia desleal en el mercado laboral; y la amenaza identitaria en términos culturales percibida como incompatible con la cultura propia (2004, pág. 9). Estos tres pilares encuentran correspondencia con algunas dimensiones propuestas por la socióloga María Ángeles Cea, citando a Solé et. al. (2000), para explicar la lógica detrás de la exclusión de personas migrantes y los posibles factores que propician la xenofobia: la seguridad ciudadana; la identidad cultural; y la dimensión económica o competencia por recursos (2006, pág. 202).

Teniendo en cuenta las características de procesos migratorios recientes, como el venezolano, el sirio o el afgano, es posible señalar que esta visión no ha sido completamente superada y que manifestaciones restrictivas persisten a nivel social y a nivel de política pública. En esa línea, es un posible punto de retorno frente a propuestas totalitaristas, xenófobas y nacionalistas que buscan restringir la migración en base a esos tres pilares.

Aunque De Lucas no desarrolla cómo se manifestaría esta visión a nivel del pilar internacional y del pilar interno, a partir del análisis de las otras visiones planteadas, es posible inferir que, en el plano internacional, esta visión implicaría una posición contraria a los derechos humanos y restrictiva al reconocimiento de derechos de personas migrantes; por su parte, en el plano interno, se partiría de un enfoque securitista para establecer barreras y obstáculos para ingresar al país con un proyecto migratorio.

Finalmente, la visión política es otra postura que De Lucas refiere como un “deber ser”, acorde para el autor con una visión de derechos humanos, que debe superar la visión sectorial sobre las migraciones y su uso como un tema político-electoral, para abordarlas como un asunto propio de política central e integral en tanto “afecta a las bases mismas de nuestra concepción del vínculo social y político” (2004, pág. 208). A juicio del autor, para alcanzar esta visión se requiere de al menos tres elementos de “comprensión previa” (2004, págs. 206-207). En primer lugar, es necesario un análisis realista de lo que significan en la actualidad los flujos migratorios, que abarque no solo una mirada pragmática sino todos los componentes que representa la migración, entendiendo las características del fenómeno, y escuchando y dando voz a los migrantes. En segundo lugar, se deben evitar las demagogias y prejuicios, evitando construir una representación de la migración como un problema. Finalmente, en tercer lugar, se encuentra la necesidad de evitar posiciones extremas.

A nivel del pilar internacional, esta visión política implicaría dos objetivos: por un lado, hacer efectivo el reconocimiento del derecho a la libre circulación como un derecho humano universal; y, por el otro, promover el establecimiento de relaciones internacionales equitativas. A nivel del pilar interno, requiere de una revisión del contrato social y político con particulares efectos en lo que respecta, primordialmente, al principio de igualdad y a las nociones y conceptos de ciudadanía, y en general para adecuar al modelo estatal “a las nuevas exigencias de una sociedad multicultural” (De Lucas, 2004, pág. 209), entendiendo que el proceso de integración no debe ser solo de las personas migrantes, sino de todas las personas.

Teniendo en cuenta lo expuesto, es posible caracterizar las tres visiones expuestas por De Lucas en base a la siguiente distribución:

Tabla No. 5. Visiones implicadas en las políticas migratoria

|                     | Visión instrumental  | Visión política  | Visión reactiva  |
|---------------------|--|--|--|
| Descripción general | Mirada pragmatista a la migración que parte por considerarla útil. Puede manifestarse como cinismo instrumental o humanitarismo paternalista/asistencialista.  | Es una visió de “deber-ser” que busca abordar la migración desde un enfoque integral y no sectorial. Requiere un entendimiento pleno del fenómeno migratorio, incorporando la voz de las personas migrantes; evitar construir representaciones negativas de la problemática; y evitar posiciones extremas. | Se sustenta en tres pilares: la amenaza al orden público y la seguridad; amenaza al mercado laboral; y amenaza cultural.                                       |
| Pilar internacional | No es congruente por completo con una perspectiva de derechos humanos, en tanto se implementan mecanismos para que las personas no “beneficiosas” no ingresen al territorio.   | Requeriría el reconocimiento universal del derecho a la libre circulación (derecho a migrar) y la promoción de relaciones internacionales equitativas.   | No reconoce el derecho a migrar y es opuesta a una perspectiva de derechos humanos.  |
| Pilar interno       | Los derechos y necesidades de las personas migrantes no son adecuadamente visibilizadas en las políticas. Se enfoca en la migración laboral, mientras se establecen barreras y obstáculos para mantener un estatus regular y una situación de certeza y estabilidad respecto de proyectos migratorios. | Requeriría la revisión del contrato social y político, principalmente, en lo relativo al derecho a la igualdad y al concepto de ciudadanía para el establecimiento de una sociedad multicultural que implique un proceso de integración que involucre tanto a personas migrantes como a población local.   | Parte de un enfoque securitista para establecer barreras y obstáculos que impidan a una persona ingresar y establecerse en el país con un proyecto migratorio. |

De este modo, partiendo del concepto propuesto de políticas migratorias, las tres visiones presentadas pueden moldear las posiciones gubernamentales frente a la migración y, en esa línea, determinarán los tipos de acciones o inacciones estatales en lo relativo a la selección, admisión, asentamiento, deportación y ejercicio de derechos de ciudadanos y ciudadanas extranjeras residentes en el país. Con ello, es posible caracterizar, de manera inicial, hasta tres tipos de políticas migratorias: políticas migratorias instrumentalistas, políticas migratorias reactivas y políticas migratorias de visión política.

Ahora bien, es importante resaltar que estas posturas desarrolladas por De Lucas responden a un contexto europeo. Por su parte, el contexto latinoamericano y, particularmente el peruano, que por primera vez atraviesa un flujo migratorio de inmigración a gran escala, son abiertamente distintos. Aún así, hay tendencias y patrones que parecen replicarse en la forma en que los Estados abordan el fenómeno migratorio en correspondencia a estas tres visiones.

#### *Los derechos humanos en las políticas migratorias*

Como se expuso previamente, cada uno de estos tres tipos de políticas migratorias tiene una perspectiva particular en relación con los derechos humanos: desde una mirada más integradora, en el caso de la visión política; hasta una más utilitaria en la visión instrumental, o más restrictiva en la visión reactiva. En esa línea, en estas dos últimas visiones, los derechos humanos no son un componente esencial que moldee las políticas migratorias; por el contrario, constituyen elementos aislados o ausentes.

Para De Lucas, tradicionalmente las políticas migratorias se sustentan en tres piezas clave: el control de los flujos, la presencia de personas migrantes dentro del territorio y la relación con los países que “generan” la migración (De Lucas, 2002, pág. 60). A la par, los derechos humanos no tienen cabida bajo esta concepción porque se presumen como garantizados, al estar ampliamente reconocidos en diversos instrumentos internos e internacionales. En esa línea, el control de flujos es reducido a un tema de resguardo de fronteras; la gestión de personas migrantes en el territorio es abordada a partir de las “necesidades del mercado y de una lógica de orden público”; y la relación con otros países es analizada en términos similares. Esto explica por qué los derechos humanos son obviados al momento de plantear políticas migratorias: porque no tienen una relación directa con estos tres factores bajo el marco en que son descritos.

De igual forma, hay una visión pragmática que apunta a alejar el tema de los derechos humanos de las políticas migratorias y tiene que ver con comprender a la migración como una cuestión de estadísticas que permiten determinar dos puntos centrales: 1) la adecuación de la migración al mercado laboral, que tiene como objetivo apuntar a que vengan únicamente las personas migrantes que “necesitamos”; y 2) reflejar el nivel de tolerancia del orden público, que busca medir la relación de la migración con la seguridad ciudadana y actos que contravendrían en general el orden público.

De este modo, las actuales políticas migratorias girarían en torno a lo que el propio De Lucas ha señalado como visiones instrumentalista y/o reactiva ante el fenómeno migratorio. Como se desarrolló previamente, lo que De Lucas denominó como visión política sería más compatible con una perspectiva de derechos humanos; sin embargo, tal como el propio autor sostiene, esta se sitúa más bien en un plano del “deber ser” y no es, hasta el momento, una categoría que en la práctica describa a cierto tipo de políticas migratorias implementadas por los Estados.

Ahora bien, en América Latina puede considerarse un caso de excepción, ya que, a diferencia de lo ocurrido en otras zonas como Europa o América del Norte (particularmente, Estados Unidos), desde los años 2000, se ha consolidado en líneas generales un discurso y una política receptiva a la migración “con un claro énfasis en los derechos de los migrantes y en la promoción de la movilidad humana de carácter universal” (Acosta & Freier, 2015, pág. 172). De acuerdo con Zamora, Palla y Blouin (2023), este proceso se explica por dos factores. Por un lado, la aprobación del acuerdo de residencia del Mercosur en 2002, “que impulsó un proceso de regularización migratoria a nivel intrarregional. Por otro lado, la influencia en los países de la región de la jurisprudencia desarrollada desde el SIDH sobre la materia, que inició con la Opinión Consultiva 18/03 emitida por la Corte IDH. En ella, se dispuso que la soberanía estatal para la gestión migratoria estaba sujeta a las obligaciones en materia de derechos humanos.

Aun así, ya en el 2015, antes de que se consolidara el flujo migratorio venezolano como un movimiento sin precedentes en la región, Acosta y Freier detectaban una brecha entre dichos discursos aparentemente liberales reflejados en las normativas nacionales al interior de cada Estado, y lo que en la práctica ocurría respecto al respeto y garantía de derechos de personas extranjeras. En esa línea, Eduardo Domenech ha postulado la existencia de las llamadas “políticas de control con rostro humano” para explicar “el universo de ideas y prácticas que, enmarcadas en el discurso de los derechos humanos

como fuente de legitimación, persiguen la misma finalidad que las políticas más abiertamente restrictivas, prometiendo ser más eficaces en la consecución de su objetivo: controlar los flujos migratorios internacionales” (Domenech, 2013, pág. 3).

El problema con esta políticas es que suelen ser acompañadas de un discurso de “cambio de paradigma”, en el que aparentemente el enfoque de derechos humanos reemplaza el enfoque securitista por ser antagónico. Sin embargo, un entendimiento no adecuado del enfoque de derechos humanos es el que termina ocasionando que a pesar de existir políticas basadas en él, en realidad las personas migrantes no sean el centro de esas políticas, sino que primen visiones reactivas con una preponderancia hacia el control migratorio.

A continuación, veremos cómo la política migratoria peruana se ubica en relación con este marco; si es que mantiene primordialmente rasgos instrumentalistas o reactivos; y si podría calificarse en lo que Domenech señala como políticas de control con rostro humano.

### 3.1.2. Política migratoria peruana: principales componentes

De acuerdo a Huaita (2021), es posible delimitar hasta cuatro fases en la política migratoria peruana en los últimos 30 años: un periodo restrictivo, que va de 1991 a 2008; un período de visibilización, que inició en 2008 y se extendió hasta 2015; un periodo de ampliación y reconocimiento, desde 2015 a 2017; y, finalmente, un periodo de efectivización de derechos, considerado de 2017 en adelante. Adicionalmente, Blouin, Palla y Zamora (2023), proponen la existencia de una nueva fase iniciada en 2020, a raíz de la pandemia.

El primer periodo estaba regido por el Decreto Legislativo 703, que fue concebido bajo un enfoque de seguridad nacional y no tiene referencia alguna a los derechos de las personas en situación de movilidad (Blouin, Zamora, & Palla, 2023). Dicha norma, además señalaba en su art. 4<sup>51</sup> que la calidad migratoria de personas extranjeras se extendía a su cónyuge, hijos menores de edad, hijas solteras, padres y otros dependientes. Constituye así un reflejo de lo dispuesto en la CMW que, como comentamos en el capítulo previo, no consideraba, al menos en su concepción, a los

---

<sup>51</sup> Artículo 4.- Para los efectos de la presente Ley todo extranjero constituye una unidad migratoria. Su calidad migratoria se extiende a los miembros de su familia, constituida por su cónyuge, hijos menores de 18 años, hijas solteras, padres y dependientes, conforme a lo dispuesto en el Reglamento de Extranjería.



familiares de la persona que inicia el proyecto migratorio – por lo general, mujeres- como agentes autónomos de un proceso migratorio, sino que vinculaba su estatus al del “migrante trabajador”. Asimismo, como bien apunta Huaita, en dicho artículo se plantea una distinción entre hijos mayores de edad varones, e hijas solteras, que si bien resulta beneficioso para las mujeres en términos prácticos, en realidad se basa en estereotipos de vulnerabilidad y una supuesta dependencia frente a tutores (Huaita, 2021, pág. 106). Por otro lado, se establece una disposición que restringe el ingreso de personas con discapacidad al señalar que quienes “padezcan alienación mental, parálisis, ceguera, sordomudez, que no puedan valerse por sí mismos podrán ingresar al país si son acompañados o recibidos por personas que se responsabilicen por ellos”.

El Decreto Legislativo 703 crea el Consejo Nacional de Extranjería, que tenía entre su competencia dos funciones controversiales: i) proponer planes de migración “organizadas, selectivas u orientadas a fin de promover el desarrollo socio-económico de áreas específicas del territorio nacional mediante el asentamiento de profesionales, técnicos y mano de obra calificada extranjera”; y ii) establecer los “límites máximos de extranjeros” que podían ser admitidos (art. 10). En esa misma línea, establecía en su art. 30 que la autoridad migratoria podrá impedir el ingreso a personas extranjeras que “carezcan de recursos económicos que les permitan solventar los gastos de su permanencia”. Estas disposiciones reflejan una visió instrumental hacia la migració y evalúa los flujos que, en términos socioeconómicos, pudieran no ser bienvenidos.

Con respecto al segundo periodo (2008-2015), se inició a partir de la promulgación del Decreto Legislativo No. 1043, que incorpora algunas modificaciones a la entonces aún vigente ley de extranjería. Entre ellas, la más resaltante “se da respecto a la calidad migratoria de sus miembros, ya que se va a diferenciar entre el titular y los miembros de su familia y se va a reconocer a estos últimos y a categorizarlos como titulares en relación con su calidad de migratoria” (Huaita, 2021, pág. 106) a partir de la introducción de la categoría “familiar residente”. Asimismo, además de la modificació normativa, en este periodo ocurren otros hitos relevantes como la creación de la Mesa de Trabajo Intersectorial para la Gestión Migratoria, en 2011; y la creación de la Superintendencia Nacional de Migraciones, en 2012; instituciones que permanecen vigentes hasta la fecha.

En el caso del tercer periodo (2015-2017), inició con el Decreto Legislativo 1236 que, gracias al trabajo de la Mesa de trabajo Intersectorial para la Gestión Migratoria, dio un gran salto en cuanto al reconocimiento de las personas migrantes en la “cultura,

economía, ciencias y diversas facetas”, así también “defiende la libertad de tránsito internacional” (art. 1). En esa línea, incorpora como principios la promoción de la persona migrante, la formalización migratoria y el respeto a los derechos fundamentales, aunque en el caso de este último lo hace refiriéndose de forma exclusiva a la Constitución y no a los compromisos internacionales del Estado en la materia y, por el contrario, postula a la par el principio de soberanía.

De este modo, si bien comienza a incorporarse una visión de derechos humanos a la gestión migratoria por parte del Estado, no se abandona por completo esta mirada instrumentalista que analiza el fenómeno migratorio a partir de la lógica costo-beneficio. En ese sentido, señala que “la inmigración al país se regula tomando en cuenta, entre otros aspectos, las necesidades del país en tecnología, talento, desarrollo de la industria, turismo, las políticas demográficas y otras actividades del conocimiento humano” (art. 5). Asimismo, este Decreto no entró completamente en vigencia debido a la falta de aprobación de su Reglamento.

El último periodo (2017 hasta la actualidad) surge tras la aprobación del Decreto Legislativo No. 1350 y su Reglamento, el Decreto Supremo 007-2017-IN. Esta nueva ley de migraciones deroga a la hasta entonces vigente ley de 1991, e incorpora formalmente el enfoque de derechos humanos vinculado a la movilidad humana. Asimismo, reconoce a determinados grupos de personas migrantes como personas en especial situación de vulnerabilidad, entre las que se encuentran las mujeres embarazadas. Por otra parte, en este mismo periodo se aprueba la Política Nacional Migratoria 2017-2025. Ambos instrumentos hasta la fecha vigentes, serán analizados con mayor profundidad a continuación.

#### 3.1.2.1. Normas que definen la política migratoria peruana

Teniendo en cuenta la definición de política migratoria empleada para la presente investigación, es posible considerar que la actual política migratoria peruana está compuesta por distintos instrumentos que regulan la selección, admisión, asentamiento, salida y ejercicio de derechos de personas migrantes en el país. Entre estos, pueden desatacarse los siguientes:

- Decreto Legislativo No. 1350, Decreto Legislativo de Migraciones; y su Reglamento, el Decreto Supremo No. 001-2017

- Política Nacional Migratoria 2017-2025
- Ley No. 27891, Ley del Refugiado; y su Reglamento, el Decreto Supremo No. 119-2003-RE
- Decretos Supremos No. 002-2017-IN, 023-2017-IN, 001-2018-IN y 007-2018-IN, que aprueban y regulan mecanismos ad hoc para la situación de la migración venezolana como el Permiso Temporal de Permanencia (PTP)
- Decreto Supremo No. 010-2020-IN, que aprueba medidas especiales, excepcionales y temporales para regularizar la situación migratoria de extranjeros y extranjeras
- Decreto Supremo No. 008-2022-IN, que amplía la vigencia del Carné de Permiso Temporal de Permanencia -CPP como consecuencia de la obtención del Permiso Temporal de Permanencia
- Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) de la Superintendencia Nacional de Migraciones, aprobado por el Decreto Supremo No. 006-2021-IN
- Decreto Legislativo No. 689, Ley para la contratación de trabajadores extranjeros; y su Reglamento, el Decreto Supremo No. 014-92-TR

A continuación describiremos algunos de estos instrumentos a partir del contexto en el que fueron aprobados, y los principales alcances normativos que estos tienen sobre los derechos de las personas migrantes.

*Decreto Legislativo No. 1350 – Decreto Legislativo de Migraciones y Decreto Supremo No. 001-2017-IN – Reglamento del Decreto Legislativo de Migraciones*

El Decreto Legislativo No. 1350 fue aprobado el 6 de enero de 2017 en el gobierno del expresidente Pedro Pablo Kuczynski a partir de la delegación de facultades legislativas del Congreso de la República al Poder Ejecutivo en el marco de la Ley No. 30506. En marzo del mismo año, fue publicado su Reglamento mediante el Decreto Supremo No. 007-2017-IN.

Es importante recalcar que, en el marco de la delegación de facultades al Ejecutivo, se estableció como finalidad abordar la materia de la seguridad ciudadana, con el objetivo de “dictar normas necesarias para mejorar la política migratoria interna y externa, la Superintendencia Nacional de Migraciones, así como la regulación de seguridad fronteriza, respetando los derechos de los niños y niñas y adolescentes y sin que ello

implique la expulsión del país de uno o los dos progenitores por infracciones de carácter administrativo”. De esta manera, el Decreto Legislativo No. 1350, a diferencia de normas predecesoras, incorpora de manera explícita el enfoque de derechos humanos e integra a la política migratoria nacional una serie de principios<sup>52</sup>.

Por su parte, el Decreto Supremo No. 007-2017-IN fue aprobado el 24 de marzo de 2017. En él, se brindan mayores alcances respecto de las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo No. 1350. El Reglamento complementa este enfoque al establecer, en su art. 4, algunas definiciones clave, como la noción de refugiado, para la que considera tanto la Convención de 1951 como la definición ampliada de la Declaración de Cartagena. Del mismo modo, establece que los tratados y convenios internacionales de los cuales el Perú es parte y que traten sobre materia migratoria tienen efecto directo y primacía. Asimismo, consagra el principio pro persona al disponer que, en caso de duda, corresponde aplicar aquello que resulte más favorable a las personas nacionales o extranjeras (art. 5).

Bajo este marco, confiere autoridad en materia migratoria interna (referida al ingreso, permanencia, salida del territorio) a Migraciones, y en materia migratoria externa (protección y asistencia a nacionales en el exterior, y a nacionales de otros Estados en base a relaciones internacionales) al Ministerio de Relaciones Exteriores.

Por otro lado, la norma establece una lista de algunos grupos de personas extranjeras pueden enfrentar una situación de “vulnerabilidad”<sup>53</sup> y frente a los cuales Migraciones y el Ministerio de Relaciones Exteriores tienen las siguientes obligaciones: i) contactar con las autoridades competentes para la adopción de “acciones administrativas o jurisdiccionales” que contribuyan a la protección de sus derechos; ii) adoptar criterios para asistir a estos grupos de personas, incluyendo la posibilidad de emitir documentos y/o permisos de permanencia pertinentes.

Por otro lado, el Decreto Legislativo No. 1350 y su Reglamento determinan las calidades migratorias existentes. Es de destacar que las calidades migratorias se dividen en

---

<sup>52</sup> Respeto a los derechos fundamentales, principio de soberanía, principio de reconocimiento del aporte de los migrantes al desarrollo del país y del principio del libre tránsito, integración del migrante, unidad migratoria familiar, interés superior del niño y adolescente, no criminalización de la migración irregular, no discriminación, integralidad, unidad de acción administrativa y formalización migratoria.

<sup>53</sup> Víctimas de violencia familiar y sexual; víctimas de trata de personas y tráfico ilícito; situación migratoria irregular; personas privadas de libertad; personas con discapacidad; niños, niñas y adolescentes; mujeres embarazadas; población LGTBI; entre otros, incluyendo un supuesto general que engloba a toda persona que requiera protección frente a una grave amenaza o afectación de sus derechos fundamentales.

temporales y residentes<sup>54</sup>. En el art. 58 del Reglamento, se establecen restricciones para solicitar una calidad migratoria. Entre ellas, figuran el no contar con antecedentes policiales, penales o judiciales; y no estar en ninguno de los supuestos del art. 48 del Decreto Legislativo No. 1350<sup>55</sup>. Ahora bien, se establece como excepción para estos supuestos de no otorgamiento las “figuras de protección internacional” y, hasta marzo de 2021, también se incluía como excepción a la calidad migratoria humanitaria; sin embargo, esta disposición fue retirada mediante el Decreto Supremo No. 002-2021-IN.

Respecto del Control Migratorio, en el Decreto Legislativo No. 1350 y Reglamento, se dispone que Migraciones ejerce el control migratorio con las siguientes finalidades: i) regular la entrada y salida de personas; ii) facilitar la movilidad internacional; iii) proteger a poblaciones vulnerables; y iv) reducir riesgos en el orden interno, orden público y en la seguridad nacional (art. 107 del Reglamento). Para estas finalidades, dispone contar con el auxilio de la fuerza pública. Asimismo, dispone el impedimento del ingreso al territorio nacional, entre otros, cuando la persona suponga una “amenaza para la seguridad nacional, el orden público, el orden interno, protección de derechos y libertades de otras personas como mujeres, NNA, la prevención de infracciones penales

---

<sup>54</sup> Algunas calidades migratorias residentes son las siguientes: especial, designado, trabajador, familiar de residente, humanitaria, permanente, convenios internacionales. Por su parte, alguna de las calidades migratorias temporales son la especial, acuerdos internacionales, trabajador o designado temporal. Para mayor detalle, ver art. 29 del Decreto Legislativo No. 1350 y arts. 68 al 98.

<sup>55</sup> Artículo 48°.- Impedimentos de ingreso y medidas de protección

48.1 MIGRACIONES impide el ingreso al territorio nacional al extranjero, en las siguientes situaciones:

- a. Cuando tengan la condición de sancionados con Salida Obligatoria o Expulsión y que no se haya cumplido el plazo de la sanción.
- b. Que supongan una situación de peligro o amenaza para la seguridad nacional, el orden público, el orden interno, la protección de los derechos y libertades de otras personas, prevención de infracciones penales o las relaciones internacionales del Estado Peruano o de otros Estados, sobre la base de las obligaciones internacionales suscritas sobre la materia.
- c. Que hayan sido incluidos en las listas de sanciones, particularmente con impedimento de entrada y tránsito a través del territorio de los Estados Miembros de la Organización de las Naciones Unidas, establecidas conforme a las Resoluciones del Consejo de Seguridad de dicha organización internacional.
- d. A los prófugos de la justicia en otros Estados por delitos tipificados como comunes y delitos graves, como tráfico ilícito de drogas, trata de personas, tala ilegal, lavado de activos, terrorismo y su financiamiento, corrupción, crimen organizado o delitos conexos a la legislación peruana.
- e. Que pretendan ingresar al país con información falsa o documentos falsos, adulterados o fraguados.
- f. Que sean sorprendidos intentando evadir el control migratorio o ingresando por un lugar no habilitado.
- g. Cuando se detecten en el país sin justificar sus actividades en el Perú, al momento de efectuar el control migratorio.
- h. Carecer de boleto de retorno cuando corresponda.
- i. No contar con el visado requerido para el ingreso al país, de corresponder.

48.2 MIGRACIONES puede impedir el ingreso al territorio nacional a aquellos extranjeros:

- a. Cuando no cumplan con los requisitos de ingreso exigidos por la legislación vigente.
- b. Cuando la autoridad sanitaria del Perú determine que su ingreso al territorio nacional puede poner en riesgo la salud pública nacional.
- c. Cuando se cuente con información de organismos de inteligencia nacionales o extranjeros en la cual se califique a la persona como riesgosa para la seguridad nacional.

o las relaciones internacionales interestatales, sobre la base de las obligaciones internacionales en la materia (...)” (art. 48.1).

De igual forma, se señala que Migraciones puede impedir el ingreso de extranjeros si es que no cumplen con los requisitos exigibles por la legislación, cuando la autoridad sanitaria en Perú determine que el ingreso al territorio pone en riesgo la salud pública nacional, cuando se cuente con información que califique como riesgosa a la persona para la seguridad nacional, o cuando no haya cancelado una multa impuesta como consecuencia de un procedimiento sancionador en materia migratoria (art. 48.2).

Por otro lado, debe tenerse presente que el Reglamento de Migraciones posee un capítulo particular sobre "Seguridad Nacional, Orden Interno y Orden Público". En esta sección, se dispone que el Estado adopta las "acciones correspondientes prevenir o afrontar cualquier amenaza que ponga en peligro la seguridad nacional, el orden público o el orden interno"; mientras que a la par remarca el deber de personas extranjeras de "conducirse cumpliendo el ordenamiento jurídico, en especial en lo referido a la seguridad nacional, el orden público, orden interno, seguridad ciudadana, la protección de los derechos y libertades de otra persona". En esa misma línea, es importante remarcar que, en noviembre de 2023, se incorporó al Decreto Legislativo No. 1350, el Art. II-A-Principio de seguridad, que dispone que "El Estado garantiza el orden interno. Para tal efecto, se reserva el ingreso, la permanencia, la residencia y/o salida del territorio peruano de conformidad con el derecho nacional e internacional".

Asimismo, la regulación reglamentaria respecto al procedimiento administrativo sancionador establece que la etapa de investigación preliminar está a cargo de la Policía, que debe realizar actuaciones a fin de recabar información y documentación que sustenten el inicio del procedimiento, en cumplimiento de su "deber de colaborar con Migraciones en la identificación e intervención de personas extranjeras infractoras del Decreto Legislativo". Para este fin puede retener a la persona con el objetivo de identificarla y determinar su situación migratoria. En la misma sección, la norma se refiere ya no a ingresos irregulares sino a ingresos "clandestinos" para determinar que la Policía se encuentra facultada para capturar los datos biométricos de la persona.

De este modo, es posible evidenciar que en el Decreto Legislativo No. 1350 y su Reglamento, dos de los principales instrumentos que regulan la política migratoria en la actualidad, se mantiene una visión instrumental sobre la migración, tanto desde su perspectiva humanitaria/asistencialista, como desde el cinismo instrumental. En esa línea, se observan disposiciones que remarcan el asistencialismo a través del

establecimiento de mecanismos para la protección de grupos de personas considerados “vulnerables”. A la par, se establecen otros mecanismos y protocolos para asegurar un control migratorio destinado a restringir el ingreso y permanencia en el territorio a perfiles determinados.

### Política Nacional Migratoria 2017-2025

La Política Nacional Migratoria fue aprobada en 2015 bajo la rectoría del Ministerio de Relaciones Exteriores. Con la finalidad de “garantizar una eficiente articulación intersectorial e intergubernamental de la gestión migratoria” se estructura en cuatro ejes temáticos: i) peruanos y peruanas con voluntad de migrar, ii) población peruana que vive en el exterior, iii) connacionales que retornan al Perú, y iv) extranjeras y extranjeros que seleccionaron al Perú como un país de tránsito o de destino.

Frente a este último grupo, se reconoce a la discriminación y la violencia de género como dos de las grandes problemáticas que enfrenta la población migrante y que deben ser abordadas por el Estado peruano. Es importante señalar que en la Política se define discriminación bajo los siguientes términos:

- a) Es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales de los que un Estado es parte o de su normativa interna. La discriminación puede estar basada por motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infecto contagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra.

Por su parte, define género como un concepto que alude a diferencias socialmente contruidas entre hombres y mujeres a partir de sus rasgos biológicos.

La Política establece como objetivo específico, en relación con el grupo poblacional de personas migrantes, “Promover la integración de extranjeros y extranjeras en la sociedad peruana, garantizando la protección, atención y defensa de sus derechos humanos e identidad cultural”. En base a este, define cinco lineamientos:

- Fortalecer acciones de prevención, investigación y sanción contra toda forma de violencia, en especial la violencia de género, discriminación, xenofobia y racismo en la persona migrante.
- Desarrollar acciones que garanticen el acceso a la educación, salud y servicios sociales a la persona migrante extranjera en el Perú, sin importar su condición jurídica migratoria.

- Canalizar las capacidades de la inmigración calificada en el Perú, a fin de que cooperen con el desarrollo y la integración nacional.
- Respetar la identidad nacional de la población migrante extranjera, y fomentar acciones de intercambio social, económico y cultural.
- Establecer mecanismos y acciones que garanticen una atención oportuna, articulada y sostenida a personas en especial situación de vulnerabilidad y a personas que requieren protección internacional.

En consonancia con estos lineamientos, la Política Nacional Migratoria consagra al enfoque de derechos humanos como uno de los que guía la actuación estatal. De este modo, se señala que el propósito de este enfoque es “analizar las desigualdades que se encuentran en el centro de los problemas de desarrollo y corregir las prácticas discriminatorias y el injusto reparto del poder que obstaculizan el progreso en materia de desarrollo”. Así, añade que una política anclada en el enfoque de derechos humanos se sujeta a un sistema de derechos y deberes establecidos por el Derecho Internacional.

Adicionalmente, establece el enfoque de inclusión señalando que fomenta el ejercicio pleno de derechos de las y los migrantes, “considerando, inicialmente, la regularización migratoria y la residencia hasta garantizar el ejercicio de una ciudadanía y la transformación de la persona migrante como agente de desarrollo”. Finalmente, establece también el enfoque de género con el objetivo de analizar el proceso migratorio desde una perspectiva de género en relación con causas, consecuencia y experiencia migratoria propiamente dicha. Además, consagra diversos principios para garantizar el respeto y protección de los derechos de las personas migrantes<sup>56</sup>.

En suma, a diferencia de lo ocurrido con el Decreto Legislativo No. 1350 y su Reglamento, la Política Nacional Migratoria 2017-2025 parece estar más alineada con una visión política de las migraciones. Esto puede ser evidenciado a partir de la inclusión diversos enfoques para analizar el fenómeno migratorio -entre ellos, el enfoque de género, el enfoque de derechos humanos y el enfoque de inclusión-, pero también a través del establecimiento de lineamientos que no buscan únicamente asistir a grupos en estado de vulnerabilidad, sino también garantizar el ejercicio de diversos derechos -incluyendo los culturales y el derecho a no ser discriminado- y promover la integración.

---

<sup>56</sup> i) Respeto a los derechos humanos de personas migrantes y sus familias; ii) igualdad y no discriminación, señalando que promueve la inclusión social y productiva de las personas migrantes; y previene toda manifestación de violencia, xenofobia y racismo; iii) no criminalización de la persona migrante independientemente de su situación migratoria; iv) promoción de la movilidad segura, ordenada, informada, respetuosa de la soberanía y normativa interna; v) reconocimiento del aporte de personas migrantes al desarrollo de países de origen, tránsito y destino; vi) gobernanza migratoria como un factor que articula entre sí las políticas, procesos y actores nacionales e internacionales; vii) protección del interés superior de la niñez y unidad familiar.



Aun así, es posible observar también algunas disposiciones vinculadas a una visión instrumental de la migración, que buscan canalizar las capacidades de cierto sector de la migración, que establece como “calificada”, con fines de alcanzar un desarrollo nacional.

### Ley del Refugiado y su Reglamento

La Ley No. 27891, aprobada en 2022, tiene por finalidad regular el ingreso, reconocimiento y relaciones jurídicas del Estado peruano con la persona refugiada. En esa línea, reconoce los derechos y obligaciones del Estatuto de refugiados a quienes se otorgue tal calidad y “mantiene una posición humanitaria para con los que gocen de la protección del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados” (art. 2).

Bajo este marco, define a las personas refugiadas a partir de tres supuestos (art. 3):

- Persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.
- Persona que se ha visto obligada a huir de su país de nacionalidad o de residencia habitual por causa de la violación masiva de los derechos humanos, agresión extranjera, conflicto interno, ocupación o dominación extranjera; o en razón de acontecimientos que perturben gravemente el orden público.
- Persona que encontrándose legalmente en el territorio de la República, debido a causas sobrevinientes surgidas en su país de nacionalidad o de residencia, no puede o no quiere volver a dicho país debido al temor de sufrir persecución.

De este modo, la norma peruana recoge la definición clásica de la Convención de 1951, la definición ampliada por la Declaración de Cartagena y la definición de refugiado *sur place*. Es decir, al menos a nivel formal-normativo incorpora al ordenamiento una concepción amplia de la figura de persona refugiada, garantizando, en la teoría, un mayor grado de protección.

En esa misma línea, en el Reglamento de la norma es posible hallar una disposición que busca atender una vulnerabilidad particular en relación con ciertos grupos poblacionales. Así, el art. 5 del reglamento garantiza una protección especial “a la madre, al niño, al adolescente y al anciano”.

De este modo, resulta evidente que la normativa vinculada al refugio, en consonancia con el propio tema y la regulación internacional con la que se cuenta al respecto, tiene una visión instrumental de carácter humanitario/asistencialista hacia la movilidad en

tanto busca garantizar la protección internacional a personas que cumplen con las condiciones para ser reconocidas como refugiadas.

#### Decretos Supremos No. 002-2017-IN, 023-2017-IN, 001-2018-IN y 007-2018-IN

Este grupo de decretos supremos regularon el extinto Permiso Temporal de Permanencia (PTP). Este fue un mecanismo *ad hoc* para la población venezolana que el Estado peruano implementó para brindar una vía de estadía en regularidad migratoria, concediendo un permiso temporal de permanencia a las personas de dicha nacionalidad. De acuerdo con el Decreto Supremo No. 002-2017-IN, el PTP no es una calidad migratoria, sino un “documento emitido por MIGRACIONES (...) a través del cual se acredita la situación migratoria regular en el país” (art. 6). Para poder acceder a él, se necesitaba haber ingresado legalmente al país; encontrarse en el territorio nacional antes de la entrada en vigencia de la norma; encontrarse en una situación migratoria irregular, salvo que en caso de una situación migratoria regular se opte por el permiso; y no contar con antecedentes penales o judiciales a nivel nacional e internacional.

Asimismo, se establecían como requisitos, entre otros, el presentar copia simple del pasaporte o la cédula de identidad con la que ingresó al país y una Ficha de Canje Internacional de la Interpol, y el pago del trámite o una declaración jurada en la que se indicara no contar con los medios económicos para solventar dicha tasa (S/. 41.90). En el caso concreto de menores de edad, se requería además el acta o partida de nacimiento y declaración jurada de autenticidad del documento (art. 8). El plazo de vigencia del PTP era un año prorrogable y habilitaba a la persona beneficiaria a trabajar formalmente en el territorio nacional.

El posterior Decreto Supremo No. 023-2017-IN modificó temporalmente la posibilidad de obtener el PTP. Por otra parte, retira la posibilidad de presentar una declaración jurada para acreditar que no se cuenta con la condición económica necesaria para solventar el derecho a trámite por el PTP bajo sanción, aunque establece la posibilidad de diferir el pago hasta en 12 meses. Finalmente, establece que antes del vencimiento del PTP, que se dará en el plazo de un año, la persona debe optar por alguna de las calidades migratorias establecidas en la Ley de Migraciones.

Por su parte, el Decreto Supremo No. 001-2018-IN, amplió la posibilidad de solicitar PTP a quienes hubieran ingresado al país hasta el 31 de diciembre de 2018, y la solicitud podía interponerse hasta el 30 de junio de 2019. Aun así, estas disposiciones fueron modificadas por el Decreto Supremo No. 007-2018-IN, que limitó los márgenes

temporales del ingreso al 31 de octubre de 2018, y el plazo para interponer la solicitud hasta el 31 de diciembre de 2018.

Tal como ocurre con el Decreto Legislativo No. 1350, su Reglamento y la Política Nacional Migratoria 2017-2025, la normativa vinculada al PTP tiene un carácter mixto. De esta manera, por un lado, busca garantizar la regularidad migratoria de un grupo de personas que enfrentaba condiciones en su país de origen que acrecentaban una posible vulnerabilidad. De hecho, fue una expresión de una política receptiva hacia la migración venezolana.

No obstante, esta política dio un vuelco hacia una posición más restrictiva y de control frente al flujo migratorio creciente, con lo que empezaron a establecerse limitaciones y requisitos para acceder a este mecanismo. En suma, es posible encontrar en esta normativa una visión instrumental de la migración, que se traslada desde una perspectiva humana/asistencialista -e incluso podría debatirse si es que más bien se orientaba hacia una visión política- hacia una perspectiva cínica instrumental, que restringe las posibilidades de regularización enfocándose en un mayor control.

- Decreto Supremo No. 010-2020-IN, que aprueba medidas especiales, excepcionales y temporales para regularizar la situación migratoria de extranjeros y extranjeras; y Decreto Supremo No. 008-2022-IN, que amplía la vigencia del Carné de Permiso Temporal de Permanencia -CPP como consecuencia de la obtención del Permiso Temporal de Permanencia

Tras el PPT, el nuevo proceso de regularización migratoria implementado por el Estado peruano se dio a través del Decreto Supremo No. 010-2020-IN. Esta norma aprueba medidas excepcionales, especiales y temporales para facilitar y agilizar la regularización de la situación migratoria de personas extranjeras, no exclusivamente venezolanas, que se encontraban en situación irregular a la fecha de publicación de la norma; es decir, al 20 de octubre de 2020. Ahora, si bien fue aprobada el 20 de octubre de 2020, recién entró en vigencia a la publicación del TUPA de Migraciones (junio de 2021). Como consecuencia de este mecanismo de regularización, se emite el Carné de Permiso Temporal de Permanencia (CPP), que acredita la situación migratoria regular en el país y permite el desarrollo de actividades.

El CPP tiene una vigencia de 2 años (modificación introducida mediante el Decreto Supremo No. 008-2022-IN) y antes de su vencimiento, la persona debe optar por alguna de las calidades migratorias establecidas en la normativa migratoria del Estado peruano.

Es importante recalcar que de acuerdo con el TUPA de Migraciones, para su concesión, requiere la presentación de un documento de viaje (pasaporte o documento de identidad) reconocido por el Estado.

El CPP establece supuestos de cancelación adicionales a los que ya tenía regulados la figura del PTP, como el no actualizar en un plazo máximo de 30 días calendario cualquier variación en los datos proporcionados a Migraciones; o el realizar actividades que afecten al orden público, orden interno, seguridad nacional y seguridad ciudadana. Ahora bien, en la misma línea del Decreto Legislativo No. 1350, no establece una lista taxativa de cuáles serían estas actividades ni tampoco cuáles son los alcances de los conceptos como “orden público”, o “seguridad nacional”. Por otro lado, se establece la necesidad de pagar multas y tasas migratorias para poder acceder al CPP, aunque mantiene la posibilidad de fraccionarlas hasta en 12 meses.

Con todo ello, este mecanismo comparte características similares con el PTP, ya que responde a una necesidad humanitaria y al principio de regularización migratoria que rige el ordenamiento peruano. Además, establece un periodo de vigencia de 2 años, en contraposición al máximo de 1 año que otorgaba el PTP, con lo que brinda un rango mayor para el desarrollo de cualquier proyecto migratorio, aunque es evidente que este no es un mecanismo pensado en el largo plazo.

En esa línea, de manera muy similar a lo ocurrido con la normativa referida al PTP, en el caso de estos Decretos Supremos, que regulan el CPP, se observan rasgos de un enfoque en el control migratorio, que establecen pautas de cancelación basadas en la seguridad nacional, el orden interno o el orden público; y, al mismo tiempo, estas normas son por sí mismas un intento de una política que busca garantizar algunos derechos de cierto sector de la población migrante.

Tomando en cuenta las diferentes visiones presentes en los principales instrumentos que componen la política migratoria en el Perú, es claro que esta es una política de carácter mixto, en donde se conjugan principalmente las dos perspectivas que dan cuenta de una visión instrumental, aunque también hay rasgos que parecen acercarse a una visión política. Al mismo tiempo, debe tenerse presente que, si bien a nivel formal, en los instrumentos principales, no se observan normativas ni disposiciones que den cuenta de una visión reactiva hacia la migración, se han reportado diversas iniciativas legislativas que buscan, entre otros, criminalizar la migración; normas de rango infralegal que establecen restricciones discriminatorias en el acceso a determinados

derechos basadas en la nacionalidad de las personas; o actuaciones administrativas basadas en estereotipos y estigmatizaciones que vulneran los derechos a las personas en situación de movilidad (Grupo de Movilidad Humana Perú, CEAS, Clínica Jurídica para Migrantes y Refugiados Pedro Arrupe S.J., CNDDHH & IDEHPUCP, 2020).

En esa línea, partiendo del concepto de Domenech, la política migratoria peruana podría ser catalogada efectivamente como una política de control con rostro humano. De esta manera, a pesar de que los derechos humanos son referidos e incluso postulados a partir de principios clave vinculados a la protección de personas en movilidad, su referencia no es constante a nivel de las propias normas que los contienen, ni sistémica a nivel del ordenamiento en general: es decir, no es posible afirmar que la política migratoria peruana consagra uniformemente un enfoque de derechos humanos. Por el contrario, coexisten aún en esta miradas que priman el control o, para algunos casos, la asistencia humanitaria.

En esa línea, amparada en un teórico enfoque de derechos y garantizando parcialmente el ejercicio de estos a determinados grupos de personas, implementa al mismo tiempo mecanismos para el control de flujos migratorios en base a aspectos como la seguridad y la utilidad para el “desarrollo” del país. A la par, tolera manifestaciones y prácticas que son abiertamente contrarias hacia la migración. Por ejemplo, a nivel del Decreto Legislativo No. 1350 y su Reglamento, aunque incorpora de forma explícita un enfoque de derechos humanos, surgió en un contexto de preocupación por una mayor regulación en torno a la seguridad ciudadana y no exclusivamente a la inquietud de respetar y garantizar los derechos de las personas en situación de movilidad. Por otro lado, es posible observar que esta normativa regula diversas calidades que tienen una finalidad económica y productiva clara: turista, rentista, negocios, investigador, trabajador, entre otras. En esa misma línea, la normativa regula calidades por motivos humanitarios, como la calidad migratoria especial y la humanitaria, teniendo en cuenta la concepción de vulnerabilidad estipulada previamente. No obstante, el plazo de vigencia otorgado para ambas es menor al de otras calidades migratorias “utilitarias” (Blouin, Zamora, & Palla, 2023).

Asimismo, observan contradicciones y complejidades en la manera en que la normativa regula las restricciones al otorgamiento de calidades migratorias: por un lado, se establecen algunos requerimientos que vinculan a la migración con ilegalidad y criminalidad, como no tener antecedentes de ningún tipo, no suponer una “amenaza” para la seguridad nacional, no ser prófugos por delitos tipificados; no ser sorprendidos

intentando evadir el control migratorio; entre otros. Por el otro lado, se establece salvaguardas y excepciones a estas restricciones para resguardar los derechos humanos de las personas que requieran protección internacional. A esto se suma el cuestionable retroceso de retirar a la figura de la calidad migratoria humanitaria<sup>57</sup> como una de las excepciones a estos impedimentos.

Con respecto al control migratorio, también vemos combinadas dos finalidades: una que implica una visión humanitaria de protección y otro en el que más bien prima el enfoque securitista y acompaña procedimientos administrativos con la posibilidad del uso de la fuerza pública. Aun así, la normativa profundiza en el enfoque securitista al disponer que se puede limitar el ingreso y tránsito de personas extranjeras “por motivos de seguridad nacional, salud pública, orden interno, orden público y seguridad ciudadana (...) de conformidad con el principio de proporcionalidad y soberanía” (art. 45.3).

El Reglamento también parece evidenciar que, aunque el enfoque securitista y el enfoque de derechos humanos coexisten, en tanto señala que el procedimiento impedimento de ingreso debe respetar el principio de no devolución y no rechazo en frontera para solicitantes de asilo, y que se debe aplicar el principio de interés superior del niño para el control migratorio de menores de edad; dispone más medidas para el control migratorio cuya finalidad no parece ser la protección de los derechos de las personas en movilidad, sino más bien el control y la reducción de ingresos no deseados a través de las fronteras<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> Calidad migratoria otorgada por el Ministerio de Relaciones Exteriores a personas extranjeras solicitantes de la condición de refugiado que no reúnan los elementos para ser consideradas como tales, pero se encuentran en situación de vulnerabilidad, peligro de vida en caso de abandono del territorio peruano o requiere protección frente a una grave amenaza a sus derechos; así como a personas venezolanas titulares de la visa humanitaria.

<sup>58</sup> Artículo 111.- Actividades de MIGRACIONES para el control migratorio

En el ejercicio del control migratorio, MIGRACIONES podrá efectuar las siguientes acciones:

- a) Admitir o impedir el ingreso o salida del territorio nacional, según las disposiciones contenidas en la normativa vigente, debiendo respetarse el Principio de No Devolución y no rechazo en frontera para el caso de solicitudes de refugio y asilo.
- b) Entrevistar a las personas que pretenden ingresar o salir del territorio nacional a través de un puesto de control y verificar su documentación.
- c) Poner en conocimiento de las autoridades competentes aquellos casos de impedimento de ingreso al territorio nacional, cuando corresponda por mandato legal, judicial, tratados o convenios internacionales de los cuales el Perú es parte u otros análogos.
- d) Expedir y entregar el Acta de Inadmisión a la persona impedida de ingresar al territorio nacional, poniéndola a disposición de los operadores o medios de transporte internacional o de las autoridades policiales.
- e) Aplicar el Principio de protección del interés superior del niño, niña y adolescente para el control migratorio de menores de edad, tomando en cuenta lo establecido en el artículo 52 del Decreto Legislativo y este Reglamento.
- f) Inscribir en el RIM los ingresos y salidas, alertas de impedimento de ingreso e impedimentos de salida, sanciones administrativas impuestas y otros datos relacionados al movimiento migratorio.
- g) Exigir la presentación de la visa expedida por Relaciones Exteriores o verificar la exoneración de este requisito.

Ahora bien, como se podrá analizar a continuación, este carácter mixto complejiza la incorporación y aplicación plena de estándares de DIDH en la normativa nacional. De este modo, si bien están presentes algunos de los estándares desarrollados en torno a los principios de no discriminación y no devolución en la normativa, estos no han sido acogidos por completo o se mantienen regulaciones contrarias a estos estándares, restringiendo la protección que pueden brindar frente a la vulneración de derechos.

De la misma forma, desde una perspectiva legal feminista, se observará cómo, aunque algunos componentes consignan el enfoque de género, no se llegan a consolidar, a nivel de regulación en la política migratoria, perspectivas dirigidas a que las mujeres migrantes se posicionen como sujetas plenas de derecho y, por el contrario, existen disposiciones que conllevan a resultados contrarios a este objetivo.

### 3.1.3. Incorporación de los estándares del DIDH sobre personas en movilidad humana en la política migratoria peruana

Como definimos en el acápite anterior, la política migratoria peruana es compleja, debido a la mezcla de perspectivas y visiones que coexisten en ella. Aun así, es posible observar que se consagra cierta perspectiva de derechos humanos. A continuación, detallaremos cómo los estándares desarrollados desde el DIDH en torno al principio de no discriminación y al principio de no devolución han sido incorporados en el ordenamiento nacional.

#### 3.1.3.1. Incorporación de estándares de protección en materia del principio de no discriminación

El principio de no discriminación es uno de los principios centrales que, al menos teóricamente, rige la política migratoria peruana. De este modo, aparece consagrando en el Título Preliminar del Decreto Legislativo No. 1350 en los siguientes términos: “El Estado promueve la abolición de todo tipo de discriminación y la eliminación de todo tipo de prejuicio en materia migratoria y rechaza de manera especial la xenofobia y el racismo” (Artículo VIII). Por su parte, el art. 6 del Reglamento de esta norma reconoce que “la persona extranjera, una vez admitida en el territorio nacional por

---

h) Verificar la autenticidad de las visas expedidas por Relaciones Exteriores. En consideración a lo establecido en el Artículo 48 del Decreto Legislativo, MIGRACIONES podrá impedir el ingreso al territorio nacional de la persona extranjera, aun cuando la persona extranjera cuente con visa válida o esté exonerada de ella.

i) Las demás que correspondan de acuerdo al Decreto Legislativo, al Decreto Legislativo que crea la Superintendencia Nacional de Migraciones - MIGRACIONES, Decreto Legislativo N° 1130, y/o a la normatividad vigente.

MIGRACIONES, es sujeto de obligaciones y derechos contenidos en el ordenamiento jurídico nacional e internacional, en igualdad de condiciones que la persona nacional, salvo las prohibiciones y limitaciones establecidas en la normativa vigente” (subrayado propio).

A partir de ambas disposiciones, es posible señalar, en rasgos generales, que el ordenamiento interno nacional apunta al respeto del principio de no discriminación teniendo en cuenta a la nacionalidad (o procedencia extranjera) como motivos prohibidos en la medida en que reconoce el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad con las personas de nacionalidad peruana. Ahora bien, en línea con lo desarrollado desde el DIDH se establece la posibilidad de consolidar prohibiciones y limitaciones con relación al ejercicio de derechos entre nacionales y no nacionales, siempre que no constituyan una distinción arbitraria.

En esa línea, se debe tener presente que los estándares desarrollados por los distintos órganos de protección consolidan que, en tanto los derechos son inherentes a la condición humana y no derivan de un determinado atributo como la nacionalidad, se presume que todos deben ser ejercidos en igualdad de condiciones, especialmente los derechos a la vida, integridad personal, igualdad ante la ley y acceso a la justicia. Aun así, ciertos tratos diferenciados son admisibles si están vinculados, por ejemplo, a derechos políticos o ingreso a fronteras siempre que sean objetivos, razonables y proporcionales.

En la política migratoria peruana, no se observan a grandes rasgos tratos diferenciados arbitrarios basados en la nacionalidad; por el contrario, se observan medidas afirmativas en función de determinadas nacionalidades -como el PTP o la calidad migratoria humanitaria con la población venezolana- que atienden a una particular situación de desigualdad material.

Aun así, el cumplimiento de este estándar puede cuestionarse sobre todo en lo referido a la normativa laboral migratoria. De este modo, el Decreto Legislativo No. 689 – Ley para la contratación de trabajadores extranjeros, y su Reglamento, el Decreto Supremo No. 014-92-TR, normativa amparada en el art. 42<sup>59</sup> de la Constitución de 1979,

---

<sup>59</sup> Artículo 42.-El Estado reconoce al trabajo como fuente principal de la riqueza. El trabajo es un derecho y un deber social. Corresponde al Estado promover las condiciones económicas y sociales que eliminen la pobreza y aseguren por igual a los habitantes de la República la oportunidad de una ocupación útil y que los protejan contra el desempleo y el subempleo en cualquiera de sus manifestaciones.



establece límites a las posibilidades de contratación de personal extranjero en “beneficio” de personal nacional. Es importante tener presente que la norma fue aprobada en un contexto que coincide con la promulgación del Decreto Legislativo 703, un periodo que ya habíamos definido previamente como restrictivo hacia la migración.

De este modo, aunque la normativa previa -el Decreto Ley No. 22452 también dispone algunas distinciones particulares para trabajadores extranjeros, la actual ley establece de forma directa, en su art. 1, que “los empleadores cualquiera fuere su actividad o nacionalidad, darán preferencia a la contratación de trabajadores nacionales”. Asimismo dispone que las empresas podrán contratar a personal extranjero en una proporción de hasta 20% del total de trabajadores de la planilla; y, además, que sus remuneraciones no podrán exceder el 30% del total de planilla de sueldos y salarios. La motivación y finalidad de la norma son claras en plasmar una visión instrumentalista de la migración, donde se promueve el ingreso y contratación de personal extranjero ajustado a la cuota que el Estado considera viable para el “desarrollo” del país. Incluso, las excepciones que establecen para este criterio están, en su mayoría, relacionadas a parámetros económicos y utilitarias, en la medida en que corresponden o bien a perfiles técnicos o profesionales elevados, o bien a personas que aportarán en términos económicos al país, como el caso de inversionistas, o culturales, en el caso de artistas y deportistas.

De esta manera, establece distinciones con respecto al acceso al trabajo entre personas nacionales y extranjeras que, aunque pueden estar fundadas para alcanzar un objetivo legítimo -garantizar que los y las trabajadoras nacionales tengan acceso al mercado laboral- no necesariamente son proporcionales al logro de este objetivo. Por el contrario, en la práctica, este tipo de normativa desincentiva la contratación formal e impulsa un mercado informal con sueldos por debajo del promedio a personas extranjeras, lo que perjudica a su vez a los y las trabajadoras nacionales.

Asimismo, incluso aun partiendo de la consideración de que dicha distinción es legítima, no puede pasarse por alto que, en consecuencia de su aplicación, se producen situaciones de discriminación indirecta en perjuicio de las personas migrantes, incluso en situación regular, y, en particular, por mujeres migrantes. Así, si bien la norma no

---

En toda relación laboral queda prohibida cualquier condición que impida el ejercicio de los derechos constitucionales de los trabajadores o que desconozca o rebaje su dignidad.

El trabajo en sus diversas modalidades, es objeto de protección por el Estado, sin disminución alguna y dentro de un régimen de igualdad de trato.

La ley señala la proporción preferente que corresponde a los trabajadores nacionales tanto en el número como en el monto total de remuneraciones de la empresa, según el caso.

restringe totalmente que las personas extranjeras accedan al derecho al trabajo; las limitaciones establecidas tienen un impacto, como se mencionó previamente, en la reducción del acceso al empleo formal. Esto, a su vez, tiene una mayor repercusión en las mujeres migrantes que tienen mayor preponderancia a encontrarse con dificultades para ejercer su derecho al trabajo, sobre todo en sectores formales, por factores diversos como las tareas de cuidado, la presencia de estereotipos en empleadores/as, la dificultad de convalidar títulos, entre otros (IDEHPUCP & CARE, 2020). De esta forma, se contraviene a la prohibición de discriminación por sexo o género, que abarca también situaciones de discriminación indirecta.

En un segundo nivel, son admisibles ciertas diferenciaciones en base a la condición migratoria de la persona. Así, desde el DIDH se establece que algunos derechos están reservados para las personas en situación migratoria regular como el derecho a la libertad de circulación y residencia, o el acceso a determinados servicios sociales. No obstante, la disposición contenida en el Reglamento del Decreto Legislativo No. 1350 reserva el principio de no discriminación para el ejercicio de todos los derechos en igualdad de condiciones a las personas que hayan sido admitidas en el territorio nacional, con lo que las personas que hayan ingresado de forma irregular quedan al margen de esta disposición.

La interpretación literal de esta normativa contraviene abiertamente el principio de no discriminación que establece que, en principio, todos los derechos son para todos y cualquier distinción debe ser justificada y proporcional. En este sentido, en principio, todas las personas migrantes sujetas a la jurisdicción del Estado peruano deben gozar de los mismos derechos, independientemente de su condición migratoria, salvo exista alguna causa justificada y proporcional para establecer restricciones en algunos de ellos, teniendo en cuenta que existen derechos que no pueden responder a limitaciones basadas en el estatus migratorio como el acceso a la justicia, el derecho a la vida, entre otros. Bajo esta lógica, cualquier diferencia de trato basada en la condición migratoria debe estar establecida por ley, perseguir un fin legítimo, ser necesarias para dicho fin y se proporcionales.

En consonancia, si bien un estándar claro desde el DIDH respecto al principio de no discriminación es no introducir en el ordenamiento jurídico interno regulaciones discriminatorias, recientemente, en el marco de la Ley No. 31689, se han incorporado modificaciones en el Decreto Legislativo No. 1350 que exigen que cualquier persona o empresa que se dedique al arrendamiento de inmuebles soliciten documentación que

acredite situación migratoria regular a las personas extranjeras arrendadores y quienes conformen el mismo grupo arrendador; y que informen sobre los datos recopilados a Migraciones. De acuerdo con el fundamento de la norma, estas modificaciones se realizaron en el marco de la seguridad ciudadana.

No obstante, no existe un correlato real entre la finalidad de la norma y la medida establecida, toda vez que llevar un registro de personas extranjeras en situación regular no tiene un efecto sobre la prevención o abordaje de la delincuencia o situaciones de violencia; y, por el contrario, impedir el arrendamiento a personas en situación irregular, las sitúa en una posición precaria, viéndose limitados de acceder a una vivienda o arrendando una bajo condiciones no óptimas. De esta manera, en la política migratoria peruana se establecen tratos diferenciados, en base a la condición migratoria, que tienen un efecto discriminatorio indirecto hacia población migrante en situación irregular.

De otro lado, en línea con lo anterior, es preciso recordar que, entre los estándares detallados en el capítulo previo, se encontraba la obligación de abstenerse de implementar leyes, medidas o políticas que criminalicen la migración, así como emplear o fomentar la presencia de estereotipos y estigmatizaciones que asocien a las personas migrantes con delincuencia. Si bien el principio de no criminalización de la migración aparece recogido en el Decreto Legislativo No. 1350, su Reglamento, y en la Política Nacional Migratoria 2017-2025, las limitaciones al ingreso y permanencia en el territorio nacional vinculadas a la seguridad nacional y/o ciudadana son una constante en la política migratoria peruana.

De esta forma, en línea con el enfoque securitista, se mantienen a nivel normativo estereotipos que vinculan la noción de la migración con un posible riesgo de amenaza frente a la cual hay que tomar medidas restrictivas. En ese sentido, también se incumple con la obligación de adoptar medidas positivas para prevenir y eliminar actitudes que causen o perpetúen discriminación de hecho, en tanto el enfoque securitista se ve reforzado y contribuye a la persistencia de discursos mediáticos y sociales que criminalizan la migración.

Por otro lado, la cuestión de género solo aparece de forma explícita en la Política Nacional Migratoria 2017-2025, mientras en otras normas se consideran casos de especial vulnerabilidad aquellos que involucren a víctimas de violencia de género o mujeres embarazadas aunque no hay una incorporación a nivel formal de la cuestión del género. Ello a pesar de que uno de los estándares revisados implica incorporar la

perspectiva de género al entender y buscar soluciones a la problemática de la discriminación basada en género en el trayecto migratorio, lo que supone tener en cuenta el enfoque de género para reglamentar todos los aspectos y fases de la migración y/o asilo con una participación activa de las mujeres en situación de movilidad

Ahora bien, en línea con los estándares establecidos respecto de la no discriminación por sexo o género en contextos migratorios, es importante resaltar que no existe ninguna prohibición explícita basada en género o sexo, o restricciones a la migración de mujeres basadas en su edad, estado civil, embarazo, autorización de marido o tutor masculino. Tampoco existen disposiciones que impidan contraer matrimonio con nacionales o residentes en el país, o normas que las obliguen a someterse a reconocimientos médicos. Asimismo, a diferencia de la Ley de Migraciones previa, la política migratoria actual no establece que, tras la separación o muerte de la persona, no es posible mantener la calidad migratoria y no se necesita un aval, con lo que se han reducido disposiciones discriminatorias.

De igual forma, se evidencia en la política migratoria nacional algunas acciones afirmativas que buscan erradicar la discriminación. Entre ellas, la Política Migratoria Nacional establece como uno de sus lineamientos el “fortalecer acciones de prevención, investigación y sanción contra toda forma de violencia, en especial la violencia de género (...)”. Asimismo, recientemente se introdujeron modificaciones al numeral 11.3 al art. 11 del Decreto Legislativo No. 1350, que dispone que no se expulsa ni se obliga a salir del territorio nacional a la mujer migrante con hijas e hijos en situación de vulnerabilidad que sean víctimas de violencia familiar y sexual, víctimas de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes<sup>60</sup>.

Por otro lado, si bien la política migratoria nacional cuenta, formalmente, con un enfoque de derechos humanos, como hemos establecido previamente, el verdadero alcance de estos enfoques es limitado. En esa línea, es notoria la ausencia de disposiciones que aseguren la transparencia y rendición de cuentas sobre gobernanza migratoria desde una perspectiva de género; así como la generación de data e investigación en general que permita adoptar disposiciones más acordes a dicha perspectiva.

### 3.1.3.2. Incorporación de estándares vinculados al principio de no devolución

---

<sup>60</sup> Cabe precisar que a raíz del Decreto Legislativo No. 1582, publicado el 14 de noviembre de 2023, el término “mujer migrante” fue variado a “persona migrante”.

A diferencia de lo que ocurre con el principio de no discriminación, el principio de no devolución no aparece consagrado de forma expresa en la Ley de Migraciones ni en su Reglamento, salvo en lo referido al art. 11.3 del Decreto Legislativo No. 1350 que dispone la no expulsión ni salida obligatoria de mujeres migrantes con hijas e hijos en situación de vulnerabilidad que hayan sido víctimas de violencia familiar y sexual, de trata de personas o de tráfico ilícito de migrantes. Aun así, su incorporación en la normativa nacional, como veremos a continuación, ha sido menor.

A nivel general, más allá del grupo especificado, es importante remitirnos nuevamente al art. 6 del Reglamento de la Ley de Migraciones, que dispone que “la persona extranjera, una vez admitida en el territorio nacional por MIGRACIONES, es sujeto de obligaciones y derechos contenidos en el ordenamiento jurídico nacional e internacional, en igualdad de condiciones que la persona nacional (...)” (subrayado propio). Esta disposición establece que los derechos son reconocidos una vez dentro del territorio nacional, con lo que presenta una visión de jurisdicción estatal restringida y contraria a la aplicación extraterritorial del principio de no devolución, que debe ser respetado incluso cuando la persona no haya ingresado al territorio.

En esa misma línea, el mismo Decreto, al regular los impedimentos de ingreso al país en su art. 48 o las causales de salida obligatoria (art. 57) o expulsión (art. 58), no considera ninguna atenuación ni excepción vinculada a los riesgos frente a los cuales se requeriría la aplicación del principio de no devolución.

Asimismo, si bien se establece la posibilidad de que Migraciones emita salvoconductos cuando se encuentran en situación de vulnerabilidad por ser personas apátridas o por razones humanitarias; cuando no cuentan con documentación y se encuentran impedidas de obtenerla por carecer de representación y protección diplomática o consular; este salvoconducto tiene una vigencia de 30 días hábiles como máximo y su objetivo es facilitar la salida del país, no el ingreso (art. 25-A). Además, está restringido a quienes se encuentren en una situación migratoria regular. Asimismo, en el Reglamento se menciona que Migraciones no autoriza el ingreso al territorio a persona extranjera con documentación de viaje irregular o no vigente, salvo en caso de personas solicitantes de refugio o niños, niñas y adolescentes no acompañados (arts. 130 y 146).

Teniendo ello en cuenta, es importante recalcar que la política migratoria peruana no establece excepciones para el ingreso al territorio de aquellas personas que no cuenten o no puedan acceder a mecanismos para una estancia regular ni tampoco para aquellas personas que no cuenten con documentos de identidad bien por ser apátridas, por

haberlos perdido, porque su tránsito migratorio inició de forma abrupta o porque se encuentran ante la imposibilidad de tramitarlos en su Estado de origen. Ello es contrario con el principio de no devolución, bajo el cual una persona debería ser admitida en el territorio nacional prima facie y, a partir de una evaluación individualizada del riesgo que pueda presentar para sus derechos, ser devuelto o no hacia otro territorio. Incluso, de acuerdo con el Reglamento, los principios que rigen la potestad sancionadora de Migraciones para aplicar sanciones como la expulsión o la salida obligatoria están vinculados a la unidad familiar y al interés superior del niño, pero no a la protección de posibles riesgos frente a cualquier acto de devolución.

Ahora bien, la Ley sí tiene en cuenta los alcances extraterritoriales del principio de no devolución en relación con las personas refugiadas. De este modo, en su art. 39 establece que los solicitantes de los estatutos jurídicos de asilo y refugio no requieren ni visa ni calidad migratoria para su admisión al territorio nacional. Asimismo, en el art. 111 del Reglamento se dispone que, en las actividades de control migratorio, debe respetarse el principio de no devolución y rechazo en frontera para el caso de solicitantes de refugio y asilo. Esto es acorde con el estándar desarrollado por la Corte IDH que establece que no cabe rechazo en frontera o expulsión de personas solicitante de la condición de refugiado sin un análisis individual y adecuado de su petición.

Disposiciones en similar sentido aparecen consagradas en la Ley del Refugiado y su Reglamento. En su art. 5, esta norma consagra el Derecho a la no devolución, estableciendo que toda persona que invoque la condición de persona refugiada puede ingresar al territorio nacional y no puede ser rechazada o devuelta o sujeta a alguna medida que pueda significar el retorno hacia el país donde su vida, integridad o libertad esté amenazada.

Asimismo, establece que la solicitud de refugio puede ser presentada en fronteras, puestos de control migratorio, reparticiones militares o policiales y ante la Comisión Especial. De esta forma, se señala que el ingreso al territorio nacional debe ser permitido por la autoridad migratoria, policial o militar en respeto al principio de no devolución ( art. 20 del Reglamento), aunque establece la posibilidad de que la persona solicitante de la condición de refugiado quede a disposición de la autoridad policial “hasta el esclarecimiento de la situación ”.

Ahora bien, es importante hacer énfasis en que no hay ningún desarrollo respecto al principio de tercer país seguro ni cuáles serían los protocolos a seguir en caso el Estado considere que una persona admitida bajo la presunción del principio de no devolución

debe ser expulsada del territorio nacional. Únicamente se establece en la Ley de Migraciones que esta entidad puede emitir salvoconductos en los casos explicados previamente, pero sin una mención a las garantías del debido procedimiento que deberían regir en casos de repatriación o devolución.

Por otra parte, el Reglamento de la Ley del Refugiado delimita la aplicación del principio de no devolución, en el caso de riesgos a la integridad, a la integridad física de la persona. Al respecto, debe recordarse que el principio de no devolución, de acuerdo a los estándares de DIDH, debe ser aplicado en relación a riesgos frente a la vida, integridad o libertad interpretados de manera extensiva, incluyendo así, entre otros, riesgos a la integridad no solo física, sino también mental; y, por su puesto, en materia de mujeres en situación de movilidad, también la discriminación por razón de género y violencia de género, que no siempre tienen manifestaciones físicas al producir vulneraciones.

Otro punto importante de señalar es que, ante situaciones de afluencia masiva por canales irregulares en busca de protección, la ley y el reglamento habilitan el ingreso bajo la concesión de un estatuto temporal tras una calificación prima facie<sup>61</sup> y registro. A esta protección temporal se aplica el principio de no devolución y la prohibición de rechazo en frontera, así como la no sanción por ingreso irregular. Además, el Estado debe garantizar atención a necesidades vitales básicas, así como el mantenimiento del núcleo familiar básico. Esta obligación de implementar condiciones es compatible con la prohibición del constructive refoulement, que implica que en la práctica el Estado debe implementar medidas para evitar que la persona a quien se le concedió protección bajo el principio de no devolución se vea obligado a retornar a su país de origen.

Finalmente, en el art. 16 de la Ley del Refugiado se establece que, en caso de existir dudas sobre elementos probatorios, el órgano encargado de la evaluación podrá resolver de forma favorable a la persona solicitante. Esto se refuerza en el art. 2 del Reglamento de la norma, que señala que cualquier interpretación o la aplicación de la norma, primará la posición más favorable para la persona solicitante de la condición de refugiado o refugiada. Ambas disposiciones, son consonantes con estándares vinculados a cómo debe ser evaluada la prueba frente a personas que aleguen necesidad de protección internacional; especialmente en el caso de mujeres en

---

<sup>61</sup> De acuerdo con el ACNUR, el reconocimiento prima facie implica el reconocimiento de la condición de refugiado con base a circunstancias evidentes en el país de origen o residencia habitual para el caso de personas apátridas. Suele ser aplicada en situaciones grupales a gran escala cuando la determinación individual es imposible, impracticable o innecesaria (ACNUR, 2015).

situación de vulnerabilidad, en dónde el propio testimonio adquiere un análisis relevante así como un análisis contextual de la situación de género del país de origen, entre otros elementos.

De este modo, se puede considerar que la política migratoria peruana consagra estándares del DIDH vinculados al principio de no devolución, aunque los restringe con exclusividad a los casos de refugio, solicitudes de refugio y a mujeres víctimas de violencia de género, trata de personas o tráfico de migrantes, en situación de vulnerabilidad. Teniendo en cuenta que, de acuerdo con los propios estándares, especialmente los desarrollados desde el SIDH, el marco de protección del principio de no devolución recae sobre toda persona extranjera -no únicamente refugiados o solicitantes de dicha condición- y además debe regir todas las medidas de gobernanza adoptadas en fronteras internacionales, no se estarían respetando la mayor parte de los estándares desarrollados en torno a él. En particular, se contraviene el hecho de que el principio de no devolución debe regir todas las medidas de gobernanza adoptadas en frontera, incluyendo aquellas que tienen como finalidad abordar la migración irregular.

### 3.2. Política migratoria peruana: análisis desde la crítica feminista al Derecho

Como fue señalado previamente, la política migratoria peruana puede ser considerada una política migratoria de control con rostro humano. A partir de este concepto, se explican sus características mixtas que involucran normativas y disposiciones restrictivas, instrumentalistas y/o basadas en un enfoque de derechos humanos. De ahí que se incluyan disposiciones vinculadas al principio de no discriminación y, en menor medida, del principio de no devolución, que garantizan el cumplimiento de ciertos estándares, aunque en realidad se observen diversos vacíos y contravenciones en ese sentido.

Ahora bien, tal cómo hemos evaluado en los dos capítulos previos, el hecho de que la política migratoria peruana incluya ciertas regulaciones que apuntan a cumplir estándares internacionales no implica necesariamente que esta sea adecuada para abordar la situación de las mujeres y sus derechos. De esta manera, corresponde analizar la política migratoria también desde una mirada feminista en función a la metodología propuesta para el capítulo anterior, que integra las perspectivas de Faccio y Bartlett.



En esa línea, es posible afirmar que, aunque no son explícitos ni establecen distinciones abiertas del tratamiento de hombres y mujeres en situación de movilidad, se mantienen rasgos de sexismo en la política migratoria. Esto se ve reflejado desde el prototipo a quién va dirigida las normas que la componen: en el caso de la normativa vinculada trabajo y la referida a los mecanismos particulares de regularización, el lenguaje empleado dirige las disposiciones hacia un falso neutro masculino.

En el caso concreto del Decreto Legislativo No. 1350, hay un uso de lenguaje masculino y, en menor medida, inclusivo o neutro (haciendo alusiones a persona extranjera en lugar de extranjero). Sin embargo, hay dos únicas secciones que incorpora a la mujer como sujeto destinatario: la relativa a la reunificación familiar y la vinculada a situaciones de vulnerabilidad. De este modo, dispone la posibilidad de solicitar la calidad migratoria de residente a “quien tenga vínculo familiar con extranjero o extranjera” o la aplicación del principio de no devolución en el caso de víctimas madres de hijos o hijas peruanos. Una situación similar ocurre con el Reglamento de este Decreto. Por su parte, la normativa referida a refugio, particularmente el Reglamento, refiere únicamente a la mujer madre para reconocer la necesidad de una protección especial.

Así, es claro que estas normas se proyectan, principalmente, hacia una persona migrante masculina, quien es titular de los derechos, deberes y destinatario principal de las disposiciones contenidas en ella. En contraposición, incluye a la mujer pero desde su rol familiar, como acompañante de los procesos migratorios. Incluso, es posible interpretar que las mujeres extranjeras son titulares del derecho a la unidad familiar no por su condición de tales o de seres humanos, sino en virtud de su matrimonio o vínculo con un titular masculino de dichos derechos. Por otro lado, las contempla en el rol de víctimas y/o madres de familia.

También es relevante enfatizar que la interpretación en las normas de núcleo familiar es restrictiva: reconoce como integrantes a el o la cónyuge (o persona integrante de la unión de hecho de acuerdo a nuestro Código Civil), al hijo o hija menores de edad; hijo o hija mayores de edad hasta los 28 años, soltero o soltera, que curse estudios superiores; hijo o hija mayor de edad con alguna discapacidad física o mental que impidan subsistencia autónoma; hijo o hija menor de edad de cónyuge o integrante de unión de hecho; ascendientes en primer grado propios o del cónyuge o integrante de la unión de hecho. A esto se añade la remisión de la interpretación de unión de hecho al Código Civil peruano, que regula únicamente uniones de carácter heterosexual. Con

ello, la política migratoria peruana deja afuera a familias homoparentales, integradas por personas del mismo sexo o no binarias.

Por otro lado, en el acápite previo, se observó que el abordaje a la experiencia femenina, cuando se especifica, se hace en torno a la idea de vulnerabilidad por razón de ser víctima de violencia o por encontrarse gestando. Como es posible observar, en línea con lo propuesto por Domenech y Magliano, al incorporar este discurso y este enfoque en las políticas migratorias, se configuran normativas y prácticas que repercuten en problemáticas que alinean los procesos migratorios de las mujeres a determinados roles, por lo general, estereotipados y discriminatorios.

(...) el hecho de que se las conciba como personas vulnerables, dependientes y pasivas y que no se las perciba como trabajadoras, dificulta la obtención de la documentación exigida por el propio Estado, situación que las somete a la irregularidad y la informalidad, y también a la dependencia de la familia, cuando la reunificación familiar es la única vía para acceder a la 'residencia permanente'" (Magliano M. J., 2009, pág. 80).

De igual forma, al estipular determinadas calidades migratorias así como ciertos requisitos para la regularización que apuntan a determinados perfiles, generalmente por razones utilitarias, se establece un estándar en teoría válido por igual para ambos sexos pero que tiene repercusiones más restrictivas en mujeres pobres, racializadas, con menor acceso a la educación, entre otras características, que dificultan que sus actividades puedan calzar en los perfiles requeridos por el Estado. Una situación similar se desprende de la normativa laboral, que restringe las posibilidades de acceso al trabajo a personas migrantes en general a partir de una disposición en teoría neutra -la limitación porcentual a trabajadores extranjeros contratados por las empresas- pero que tiene efectos particulares en función del género. Esto restringe las posibilidades de las mujeres migrantes para ingresar o permanecer en el territorio estatal de forma regular, lo que las expone a un reconocimiento limitado de derechos, por un lado, y a una posición de mayor predisposición a vulneraciones y riesgos.

Por otra parte, respecto al principio de no discriminación, aunque como hemos visto previamente, han sido incorporados algunos estándares, resulta insuficiente para garantizar el ejercicio pleno de los derechos de las mujeres migrantes. Esto debido, básicamente, a los fundamentos presentados a continuación.

Un primer punto está relacionado a una falencia del principio de no discriminación -y del DIDH en general- para abordar situaciones contextuales en donde no existen

propriadamente tratados diferenciados imputables o un sujeto cuyos derechos hayan sido vulnerados a través de actos determinables. En esa línea, situaciones estructurales que sitúan en una posición de subordinación a determinados grupos no son abordadas por completo a partir de este principio, a pesar de que hay ciertos estándares que apuntan a la erradicación de situaciones de discriminación indirecta o de facto.

Bajo este marco, se hace evidente una de las críticas feministas hacia el principio es que no busca o no pretende variar el panorama social marcado por relaciones jerárquicas de género, sino garantizar que los mismos derechos ya existentes y desarrollados desde una perspectiva androcéntrica sean reconocidos, de una forma igualitaria, para todos; independientemente de si la configuración actual de esos derechos mantiene una relación de asimetría u opresión. En esa línea, se continúa “alterizando” a las mujeres sin reconocer formalmente o garantizar de forma plena derechos que podrían contribuir a variar las situaciones de vulnerabilidad que suelen enfrentar.

Un ejemplo de ello puede observarse en la tolerancia a las diferencias que responden al principio de proporcionalidad y buscan garantizar fines en apariencia legítimos -como el principio de soberanía-. Sin embargo, como hemos anotado previamente, algunos fines en apariencia proporcionales tienen un impacto diferenciado en función al género de las personas. En esa línea, el establecimiento de determinados requisitos para el ingreso o permanencia regular al territorio basadas, por ejemplo, en la nacionalidad, si bien son un ejercicio del principio de soberanía, terminan generando una discriminación tolerada con un efecto particular en el caso de las mujeres.

Asimismo, en la política migratoria peruana no se establecen ni contemplan medidas que permitan e incentiven que las mujeres migrantes tengan participación en la toma de decisiones sobre políticas públicas que impacten en el ejercicio de sus derechos.

En el caso del principio de no devolución, por un lado, se ha integrado a la política migratoria pero de forma limitada. Por un lado, se encuentra en el Decreto Legislativo No. 1350, donde la persona titular es la mujer con hijos o hijas en situación de vulnerabilidad que además sean víctimas de violencia de género. Por el otro lado, se ubica en la normativa con respecto al refugio. Respecto a este último punto, se debe recordar que la inclusión de la categoría género como una de las variables que podría originar el reconocimiento de la condición de persona refugiada no ha sido tan delimitada en el ámbito del DIR al no haber sido incluida de forma explícita en la Convención de

1951. Esto implica que, en tanto exista una limitación del reconocimiento del estatuto de refugiados a mujeres que sufren persecución basada en género – bien sea vinculada a uno de los motivos clásicos de persecución o a su propia condición de mujer, el nivel de protección brindado por el principio de no devolución hacia mujeres también será limitado.

Por otro lado, el abordaje de las situaciones de violencia de género como causales para la aplicación del principio de no devolución resulta positivo en tanto se reconoce como un problema público prácticas que, históricamente, han sido relegadas al ámbito privado. No obstante, debe destacarse que esta protección está reservada únicamente a las mujeres que además son madres de familia; es decir, se identifica tras esta normativa la imagen de una mujer-madre y es exclusivamente a esta representación a la cual desde la política migratoria garantiza la aplicación de este principio. Todo ello aún cuando problemáticas señaladas en la disposición como violencia familiar, sexual, trata de personas o tráfico ilícito de migrantes son delitos que afectan de manera particulares a todas las mujeres en general.

Asimismo, si bien es relevante reconocer los riesgos que las mujeres pueden enfrentar a raíz de las situaciones de violencia referidas, desde una perspectiva feminista podría contemplarse al principio de no devolución de forma más amplia para garantizar protección frente a vulneraciones a derechos conexos a la vida, integridad o libertad, o que estén relacionados a otras formas de violencia enfrentados por las mujeres, como derechos sexuales y reproductivos, por ejemplo.

Finalmente, debe tenerse presente que, en el marco de la política migratoria nacional, aplica el principio de no devolución en relación con las mujeres pero enfocado en la concepción de vulnerabilidad. De esta forma, no contribuye a erradicar la concepción de las mujeres como víctimas que necesitan tutela y protección, y los estereotipos vinculados a esta mirada que suelen requerir posiciones muy marcadas de cómo debería ser una víctima que solicita protección internacional.

En esa medida, es posible señalar que los intereses de las mujeres, y especialmente los de las mujeres que tienen menor acceso a las cuotas de poder, no están reflejados en la política migratoria. Por el contrario, la política migratoria peruana contiene disposiciones neutras que afectan de forma particular a las mujeres y cuando abandona la neutralidad y les concede medidas específicas de protección por razón de su género,

lo hace a partir de sus roles familiares o de víctima, reconfigurando así un discurso de vulnerabilidad en torno a ellas.

De este modo, si bien es innegable que las mujeres pueden afrontar situaciones de vulnerabilidad particular debido a su género y otros factores, la política migratoria no promueve ni garantiza el ejercicio de derechos por parte de las mujeres migrantes de forma autónoma.

### 3.3. Aportes desde la perspectiva feminista a los estándares del DIDH sobre personas migrantes para el abordaje de las problemáticas en la política migratoria peruana

Teniendo en cuenta lo desarrollado en los acápites previos, es evidente que la política migratoria peruana, aunque incorpora formalmente un enfoque de derechos humanos y un enfoque de género, presenta falencias para hacer efectivos y transversales dichas perspectivas. Como resultado, en los últimos años, en el Perú se han producido una serie de vulneraciones hacia los derechos humanos de las mujeres migrantes: desde abusos y hostigamientos en sectores laborales, hasta feminicidios y desapariciones, pasando por las propias actuaciones estatales que son contrarias a los estándares desarrollados.

Entre ellas, se propone analizar dos casos que permiten ilustrar cómo la ausencia de una perspectiva feminista en la política migratoria repercute en los derechos de las mujeres migrantes. El primero de ellos está vinculado a un operativo de fiscalización migratoria llevado a cabo en abril de 2022 que tuvo como resultado la expulsión de decenas de mujeres migrantes que se dedicaban al trabajo sexual. El caso en concreto involucra tanto la aplicación del principio de no discriminación, en tanto las personas intervenidas son migrantes, en su mayoría mujeres en situación migratoria irregular y que se dedican a un trabajo precarizado; así como la aplicación del principio de no devolución, que implica la realización de un análisis frente a los riesgos que puede correr una persona cuando abandona el territorio nacional por una decisión administrativa.

El segundo caso, por su parte, se refiere al procedimiento administrativo sancionador dirigido contra la activista venezolana Paulina Facchin. En el marco de este procedimiento, que devino en una decisión de expulsión posteriormente declarada nula, se pueden observar nuevamente cómo una comprensión desde una perspectiva no feminista de los principios de no discriminación y no devolución generan una situación perjudicial para los derechos de esta mujer migrante.

Operativo que culminó en la expulsión de un grupo de mujeres venezolanas que ejercían trabajo sexual en Piura

El 27 de abril de 2022, el alcalde de la Municipalidad Provincial de Piura encabezó un operativo denominado “Extranjeros irregulares-USEG Piura 2022- junto a la Superintendencia Nacional de Migraciones y la Unidad de Seguridad del Estado de Policía Nacional del Perú en Piura, en el cual intervino a 40 mujeres migrantes que, de acuerdo con las declaraciones de las autoridades, se dedicaban a la prostitución. Al día siguiente, se ejecutaron sanciones de salida obligatoria de 29 ciudadanas y ciudadanos de nacionalidad ecuatoriana y venezolana pertenecientes a ese grupo (Defensoría del Pueblo, 2022).

Según lo estipulado por la Jefatura Zonal de Migraciones, en Piura, durante el operativo, se informó hasta en dos oportunidades a las personas intervenidas sobre su derecho a comunicarse con un representante consular; sin embargo, ninguna de ellas manifestó su deseo de hacerlo. Adicionalmente, se les informó sobre la posibilidad de contar con asistencia legal si lo requerían; no obstante, esta también fue desestimada. Por otro lado, el momento de la ejecución, tras las alegaciones de arraigo familiar de una ciudadana, y en atención al principio de unidad migratoria familiar y del interés superior del niño, se dejó sin efecto la sanción (Defensoría del Pueblo, 2022). Finalmente, se consultó a cada persona si habían solicitado refugio ante el Ministerio de Relaciones Exteriores: uno de ellos informó ser solicitante de refugio y, tras la confirmación de este hecho con la CEPR, no se dio inicio a un procedimiento sancionador en su contra. En coordinaciones con dicha entidad, se verificó posteriormente otros cuatro ciudadanos con dicha condición; sin embargo, en este caso, la CEPR informó que la sanción fue ejecutada (Defensoría del Pueblo, 2022).

Aun así, más allá de las declaraciones de la Jefatura Zonal, de acuerdo con un informe de la Defensoría del Pueblo (2022), son varias las posibles vulneraciones de derechos de las mujeres detenidas. Según información recabada por este órgano, al 100% de las mujeres intervenidas se les requirió realizar sus descargos el mismo día de la intervención, pese a que la normativa concede un plazo de cinco días para hacerlo; 23 de los procedimientos administrativos sancionatorios concluyeron en un plazo máximo de 13 horas; el 100% no tuvo oportunidad de interponer un recurso impugnatorio en tanto la sanción de salida obligatoria se ejecutó sin que el acto hubiera quedado firme.

Teniendo en cuenta los alcances del caso, es posible afirmar que las actuaciones estatales no fueron acordes al principio de no discriminación. De este modo, el accionar del Estado peruano no fue sensible a la discriminación estructural e interseccional que podían atravesar las personas intervenidas en función a su género, a su condición migratoria y a las labores que realizaban. Por el contrario, el hecho de que en el marco de un operativo implementado por una entidad avocada a la seguridad estatal se decidiera fiscalizar un prostíbulo para intervenir a las mujeres de nacionalidad extranjera que allí laboraban refleja una visión estereotipada de la migración y de la prostitución, que implica repercusiones por su género, por su condición migratoria y por ejercer el trabajo sexual.

En esa misma línea, el hecho de que se cumplieran algunas garantías del debido proceso en el marco del procedimiento sancionador migratorio no implica por sí solo que se garanticen los derechos humanos de las personas intervenidas. Una muestra de ello es el ofrecimiento de contactar con la asistencia consultor sin tener en cuenta el contexto particular que atraviesan las personas de nacionalidad venezolana, que está influenciado por un Gobierno que incluso ha calificado como traidoras a las personas retornantes (Avendaño, 2020).

Se debe tomar en cuenta, además, que el hecho de que la mayor parte de mujeres intervenidas se encontrara en una condición migratoria irregular y ejerciendo la prostitución en ambientes no seguros, podría responder a las diversas disposiciones contenidas en la normativa peruana que tienen un impacto diferenciado por género y que dificultan la regularización e inserción de las mujeres migrantes. En este sentido, el hecho de reconocer que existen garantías y derechos reservados para migrantes regulares, tal como es avalado desde el DIDH, permite que el Estado desconozca algunos derechos de personas en situación de irregularidad y que incluso cuando sean derechos no susceptibles de limitación alguna se terminen vulnerando.

De este modo, aunque la política migratoria peruana incluye diversas disposiciones en torno al principio de no discriminación, no incorpora el enfoque de género de forma transversal en cada procedimiento regulado, y por supuesto no integra voces diversas para definir los diversos aspectos y fases de la migración. Particularmente, a raíz del caso, esto se refleja en la política migratoria en la medida en que tiene una perspectiva restringida de lo que debe sustentar una calidad migratoria laboral, en donde el trabajo sexual -altamente feminizado- o cualquier otra forma de ejercicio de trabajo independiente queda fuera del marco normativo.

En ese sentido, es claro que las mujeres migrantes no están consideradas como sujetos plenos de derecho para la política migratoria, salvo atraviesen por algún factor de vulnerabilidad o que esté concebida bajo su rol reproductivo o familiar. Esto explica, por ejemplo, porque el Estado se abstuvo de aplicar la sanción en el caso de la mujer que acreditó arraigo familiar: si bien en la práctica pudo permanecer en el Perú, esta decisión no se fundamentó en sus derechos, sino en el principio de unidad familiar e interés superior del niño.

Asimismo, debe tenerse presente que la ausencia de un consenso sobre el reconocimiento del derecho a migrar desde el DIDH permite que al interior de los Estados se implementen medidas y tratos diferenciados que, en tanto no están vinculadas a un derecho reconocido -como el de ingresar al territorio-, no constituirían una vulneración al principio de no discriminación.

Por otro lado, la concepción androcéntrica del principio de no devolución, que surge sobre todo frente a situaciones consagradas en la definición clásica y convencional de refugio vinculadas a actividades públicas generalmente ejercidas por hombres, o al marco de la tortura; parece influenciar en la política migratoria peruana. En esa línea, si bien desde el DIDH se han realizado esfuerzos posteriores para una mejor y mayor interpretación de los alcances del principio de no devolución, al observar la práctica, es posible inferir que dichos desarrollos no han sido suficientes para garantizar que los Estados efectivamente respeten su aplicación desde un marco amplio.

De este modo, el hecho de reservar la aplicación del principio de no devolución para casos de refugio y no garantizarla a toda persona extranjera sin exigir la presentación de una solicitud de refugio, supone una falta de comprensión respecto a los riesgos que puede enfrentar por se una mujer migrante que se encuentra en situación irregular y que además se inserta en un sector económico precarizado y que la expone a posibles vulneraciones por razón de su género.

Así, la falta de una perspectiva más amplia del principio de no devolución permite que en operativos como el referido no se analice, de oficio, si alguna de las personas intervenidas requiere protección internacional, si es víctima de algún delito como trata de personas o explotación sexual, que en muchos casos suelen ser transnacionales, y si de ser devuelta a otro territorio enfrentarían riesgos a su vida, integridad, libertad, salud, entre otros derechos.



Ahora bien, se debe tener en cuenta que incluso en el caso de las mujeres que eran solicitantes de refugio, se terminó aplicando la sanción de salida obligatoria a pesar de que la propia normativa interna dispone que, en estos casos, la CEPR es la única autoridad que puede determinar la expulsión de una persona, y que las personas solicitantes de refugio están amparadas por el principio de no devolución.

Por otro lado, la introducción de conceptos como el *constructive refoulement* en el DIDH permitirían reforzar obligación de evitar adoptar políticas que en la práctica obligen a las personas a retornar a territorios donde sus vidas u otros derechos enfrenten riesgos. De esta manera, se evitarían, por ejemplo, la realización de operativos como el referido, que al estar dirigido en conjunto a la PNP y especialmente enfocado en prostíbulos y bares; contribuye a estigmatizar y formentar estereotipos en torno a la población migrante y la población que ejerce la prostitución, dificultando su inserción en la sociedad de acogida. A la par, también contribuiría a erradicar disposiciones – como la normativa laboral – que limitan el acceso a derechos esenciales para una vida digna, y a promover políticas y prácticas que, por el contrario, faciliten su ejercicio.

#### *Procedimiento administrativo sancionador contra la activista venezolana Paulina Facchin*

La activista de nacionalidad venezolana, Paulina Facchin, reside en el Perú desde 2011, fecha en la que dejó su país tras sufrir diversas acciones de hostigamiento y persecución debido a su actividad política en contra del régimen de Hugo Chávez. En 2018, inició un procedimiento de nacionalización por naturalización en el país. Sin embargo, su solicitud, recaída en el expediente administrativo N° LM 180181990, fue denegada en tanto Migraciones consideró, entre otras razones, que había presentado declaraciones no ajustadas a la verdad y no cumplía con el requisito de tener buena conducta y solvencia moral.

De acuerdo con el razonamiento seguido por Migraciones para emitir dicha decisión, Facchin había falseado información respecto al vínculo laboral que supuestamente mantenía en Perú, que habría culminado en 2018. Ahora bien, según la activista no estaba acreditado su arraigo laboral porque no tenía un contrato formal con una empresa, sino que trabaja por orden de servicio, como suele hacerse en diversos estudios de abogados en el país.

En este marco, se inició un procedimiento sancionador por, supuestamente, haber infringido el inciso a) del art. 58.1 del Decreto Legislativo No.1350<sup>62</sup>. Dicho procedimiento sancionador culminó con una resolución que ordenó la expulsión de Facchin y la prohibición de reingreso al territorio nacional por 15 años. Ahora bien, tras una serie de medidas y reclamos mediáticos de parte de la activista, en 2022, Migraciones declaró la nulidad que ordenaba su expulsión bajo la consideración de que no se habría tomado en cuenta el principio de no devolución, consagrado en el art. 27 de la CADH.

En este caso, es posible observar cómo se ven confrontados los principios de no discriminación y de no devolución presentes en la política migratoria. Por un lado, se reflejan problemáticas abordadas en acápite previos respecto a cómo la política migratoria peruana no toma en cuenta algunos rasgos estructurales de la discriminación por género y, en esa medida, genera impactos diferenciados sobre las mujeres migrantes que resultan discriminatorios. Esto se observa, en concreto, en los requerimientos para la regularización -o en el caso de Facchin, la naturalización- establecidos en la política: el mantener un estatus laboral ajustado a determinados parámetros que, en la práctica, resultan ilusorios en tanto buena parte de mujeres migrantes, y de personas migrantes en general, no pueden acceder a un contrato de trabajo formal o prefieren optar por otro tipo de vínculo laboral o la autosostenibilidad. Asimismo, no son reconocidas como trabajo actividades que son productivas -aunque no necesariamente en términos económicos- como el activismo político.

Por otro lado, la resolución que determinó la expulsión del país de la activista venezolana no contempló la necesidad de aplicar el principio de no devolución. De hecho, como se especificó previamente a excepción de los casos de refugio y mujeres madres víctimas de violencia de género, dicho principio no aparece como límite o tan siquiera un criterio de evaluación en las sanciones establecidas en la política migratoria. Esto deriva en situaciones como la mencionada, en la que, aunque la propia Facchin aseguró que su vida y libertad en Venezuela corrían riesgos y ya había presentado pruebas de persecución que sufrió cuando aún estaba en el país, inicialmente todo ello no fuera tomado en cuenta para evaluar su situación.

---

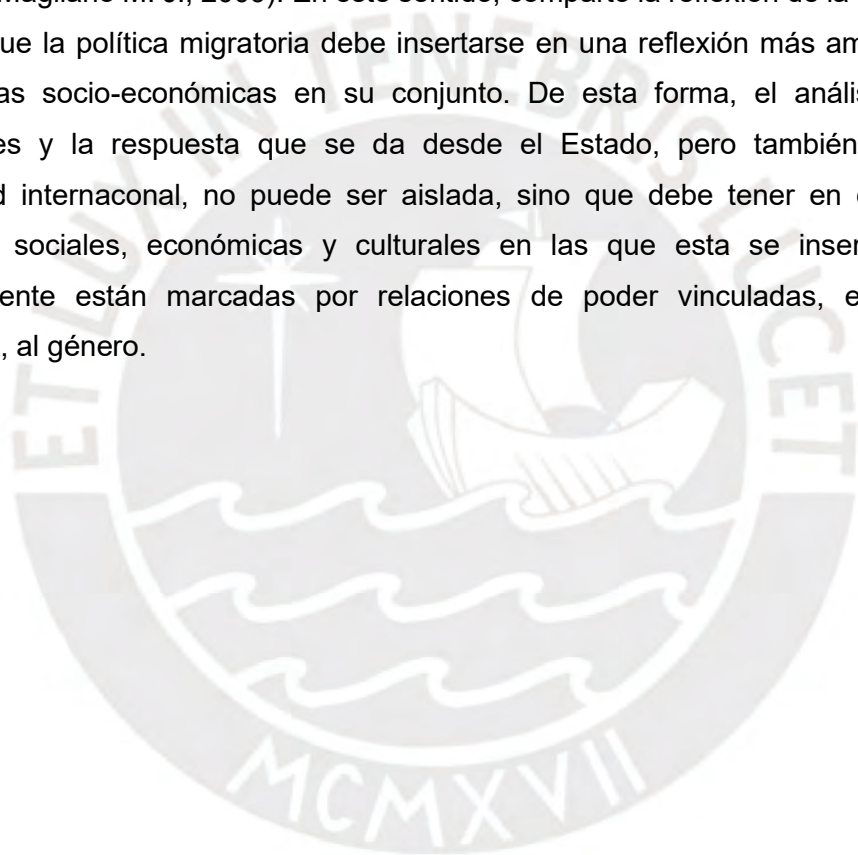
<sup>62</sup> Artículo 58°.- Expulsión

58.1. Serán expulsados los extranjeros que estén incurso en los siguientes supuestos:

a. Realizar trámites migratorios mediante la presentación de documentación falsa o haber proporcionado datos o información falsa.

Incluso, resulta paradigmático que, aunque recientemente se haya reconocido la aplicación del principio de no devolución hacia mujeres concebidas desde un rol de madres y un rol de vulnerabilidad, no se tome en cuenta otros roles que también desempeñan las mujeres para garantizar la protección del principio de no devolución: como en este caso, el activismo político.

Para concluir, es pertinente tener en cuenta que la política migratoria, aun la que incorpore perspectivas feministas, no tiene una vocación de transformación social poderosa; es decir, “por sí sola, no puede modificar un sistema social y económico que ha constituido, reproducido y se ha nutrido de múltiples formas de desigualdades sociales” (Magliano M. J., 2009). En este sentido, comparto la reflexión de la autora que sostiene que la política migratoria debe insertarse en una reflexión más amplia sobre las políticas socio-económicas en su conjunto. De esta forma, el análisis de las migraciones y la respuesta que se da desde el Estado, pero también desde la comunidad internacional, no puede ser aislada, sino que debe tener en cuenta las dinámicas sociales, económicas y culturales en las que esta se inserta, y que evidentemente están marcadas por relaciones de poder vinculadas, entre otras categorías, al género.



## Conclusiones

- A lo largo de la historia, ciertos grupos han enfrentado situaciones de sometimiento o subordinación colectiva que se manifiestan a través de actos discriminatorios reproducidos gracias a un sistema sostenido en normas, políticas públicas, prácticas culturales, entre otros. Esta situación, que genera privilegios para unos y desventajas para otros en relación con el acceso a derechos, ha sido denominada por algunos autores como discriminación estructural. Este tipo de discriminación constituye uno de los principales obstáculos que enfrentan las mujeres para ejercer sus derechos y libertades, y tiene fundamento en el género.
- De este modo, hombres y mujeres enfrentan diversos escenarios a nivel social, político, económico y ético, debido a un sistema jerárquico de género, que tiene como efecto perpetuar la opresión de las mujeres. Ahora bien, el género no es el único factor de discriminación estructural que moldea la experiencia de las mujeres. Por el contrario, la construcción de una identidad “femenina” se entrecruza con variables como la edad, clase, raza, etnia, entre otros. Esto implica que la experiencia de discriminación que enfrenta cada mujer sea particular y tenga impactos diferenciados, aunque es preciso tener en cuenta que el sistema de opresión por género tiene un alcance generalizado y universal.
- El Derecho es una institución que ha contribuido a perpetuar la situación de discriminación estructural hacia las mujeres en tanto tiene un efecto prescriptivo que crea una conciencia sobre lo que es el mundo. Se evidencian a través de él manifestaciones de sexismo como el androcentrismo, sobregeneralización y/o sobreespecificación, insensibilidad al género, doble parámetro, deber ser de cada sexo, dicotomismo sexual y familismo. Esta característica del Derecho ha sido abordada por la crítica feminista a través de diversas fases.
- En el caso concreto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en virtud del principio de no discriminación, se han tenido algunos avances particulares vinculados a la adopción de la Convención sobre la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), o la constitución de la Comisión Interamericana de Mujeres (CMI), o la adopción de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belem do Pará). Aun así, a pesar de estos desarrollos, los feminismos jurídicos han cuestionado algunos rasgos que caracterizan el DIDH como la supuesta universalidad de los derechos

humanos, la dicotomía entre esferas públicas y privadas; y la ausencia de mujeres en el desarrollo de instrumentos y estándares.

- A pesar de estos cuestionamientos y ciertas posiciones doctrinarias que cuestionan al Derecho Internacional como un canal para una mejora en la situación de las mujeres, es innegable el potencial del DIDH para contribuir al reconocimiento de derechos de las mujeres si es que es desarrollado desde una perspectiva feminista y reconozca las disparidades basadas en el género y otras categorías. Para ello, es relevante la introducción de instrumentos jurídicos con una mirada feminista y la aplicación de métodos legales feministas al DIDH. De este modo, métodos como la pregunta por la mujer, el razonamiento práctico feminista, la toma de conciencia o la metodología planteada por Faccio, son de utilidad para analizar el abordaje que el DIDH tiene respecto a la situación de las mujeres migrantes.
- En esa línea, el fenómeno migratorio, producido por factores multicausales, implica en diversas situaciones múltiples vulneraciones a derechos humanos. Dichas vulneraciones están moldeadas por instituciones, políticas y procesos migratorios, que tienen un carácter sexualmente construido. Así, el género impacta en la esfera subjetiva de una mujer que decide migrar, pero también a nivel institucional y global, al determinar qué mujeres pueden migrar, si son admitidas, qué derechos se les reconoce, entre otros.
- El DIDH, a partir del desarrollo de instrumentos, principios y estándares, ha dado algunas respuestas frente a esta situación que contribuyen a entender cómo el género moldea el proceso migratorio. Entre ellos, destacan los avances en torno al principio de no discriminación y el principio de no devolución.
- El principio de no discriminación es uno de los pilares del DIDH, tiene fundamento en la dignidad humana, y ha sido categorizado como una norma de ius cogens. Es posible considerar que, en el ámbito del DIDH, el principio de no discriminación es cualquier acto de distinción, exclusión, restricción y/o preferencia (si es que esta última no busca garantizar el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad), basado en criterios como raza, género o condición migratoria -entre otros-, que busque, intencionalmente o no, anular, destruir o alterar el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad en ámbitos tanto públicos como privados.
- A nivel del DIDH, el origen nacional y la nacionalidad han sido considerados motivos prohibidos de discriminación. Aún así, se permiten ciertas restricciones en

cuanto al ejercicio de ciertos derechos, como derechos políticos, entre nacionales y extranjeros; sin embargo, hay derechos que no son susceptibles de aplicarse bajo diferenciaciones como el acceso a la justicia, derecho a la vida, integridad personal, igualdad ante la ley, debido proceso. En esa línea, las políticas, leyes y prácticas migratorias que impliquen cualquier distinción deben respetar los criterios de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad.

- Bajo este marco, también se admiten distinciones en relación con la condición migratoria. De esta manera, órganos como el Comité CMW han establecido que el acceso a servicios sociales y de salud, deben ser garantizados, en principio, a los trabajadores migratorios en situación irregular. Asimismo, se establece que el derecho a la libre circulación y residencia están reservados para las personas en situación regular.

- Por su parte, la categoría sexo integra el núcleo duro de los motivos prohibidos de discriminación en tanto aparece consagrada en todos los instrumentos que contienen alguna disposición vinculada a la prohibición de discriminación. Esto implica que cualquier distinción basada en ella es altamente sospechosa de ilegalidad y da lugar a un examen minucioso. Si bien la categoría género no aparece con la misma frecuencia, a partir de los desarrollos jurisprudenciales de los diversos órganos de derechos humanos, es preciso interpretar que esta se incluye en el manto de la discriminación por sexo.

- De acuerdo con la CEDAW, la prohibición de discriminación por sexo abarca tanto situaciones de discriminación directa como indirecta; y no vincula únicamente a agentes Estatales sino también a terceros. Asimismo, bajo el marco del principio, las acciones afirmativas son una medida válida de tratos diferenciados.

- Se derivan diversas obligaciones estatales de la prohibición de discriminación basada en sexo o género: abstenerse de incurrir en actos discriminatorios y velar porque autoridades públicas actúen conforme a esta obligación; adoptar medidas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por personas, organizaciones o empresas; proteger a través de la promulgación de leyes y mecanismos para prevenir y denunciar vulneraciones vinculadas a la prohibición de discriminación; rendir cuentas ante el incumplimiento de estas obligaciones.

- En el caso del SIDH, se ha abordado de manera más profunda el vínculo entre la discriminación y la violencia de género a partir del reconocimiento del derecho a la vida libre de violencia a partir de la adopción de la Convención Belem do Pará. En relación con este derecho, los Estados tienen una obligación de debida diligencia en cuanto a la prevención, investigación y sanción de este tipo de acciones.
- Las mujeres migrantes son titulares de todos los derechos humanos reconocidos y los estándares desarrollados en torno a ellos. Adicionalmente, se han desarrollado algunos estándares específicos para este grupo: i) derogar prohibiciones basadas en sexo y restricciones discriminatorias a la migración de mujeres; revocar normas relativas al VIH que resulten discriminatorias; velar porque no se obligue a las trabajadoras migratorias a someterse a reconocimientos médicos sin consentimiento informado, incluidas pruebas de embarazo y de infección por VIH.
- Se debe tener en cuenta que políticas de migración que establecen medidas como mayor control de fronteras, denegación de entrada, devolución sumaria, expulsión o detención, limitan la circulación de mujeres y niñas. Asimismo, aunque los Estados en alianza con algunas organizaciones internacionales, promuevan una migración segura y regular a nivel formal, en la práctica, las alternativas planteadas y las disposiciones neutras en cuanto a género en políticas migratorias contribuyen a limitar el acceso de las mujeres y niñas a este tipo de migración. De este modo, aunque los Estados tengan la potestad de determinar su política migratoria, deben hacerlo con arreglo a sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, incluyendo el respeto al principio de no discriminación.
- Si bien la protección brindada por el principio de no discriminación hacia las mujeres migrantes proviene de múltiples esferas; esta puede ser limitada por diversos factores, entre ellos, i) la forma en la que este principio fue constituido y desarrollado; ii) al hecho de que los estándares vinculados a este también presentan sesgos de género; o iii) las ausencias o vacíos relevantes en los estándares desarrollados para situar a las mujeres migrantes como sujetas plenas de derecho.
- En relación con la forma en que el principio de no discriminación fue constituido, se debe tener en cuenta que en una etapa temprana fue concebido para garantizar una igualdad formal bajo un parámetro androcéntrico. De este modo, la vocación del principio de no discriminación no estaba vinculada a cambiar el panorama social caracterizado por relaciones jerárquicas de género, sino a garantizar que en el plano

jurídico las personas pudieran acceder a los mismos derechos que eran ejercidos por un grupo privilegiado.

- La propia naturaleza del principio de no discriminación, evidenciada a través de las acciones que recogen los instrumentos que lo consagran (distinguir, preferir o excluir) presupone siempre un comparativo y, en esa línea, se ve limitado su potencial para reconocer la situación particular de una persona o colectivo. De este modo, contribuye a que diversos grupos sociales se posicionen como una alteridad al prototipo sujeto de derecho que suele ser masculino o incluso femenino, pero bajo ciertas características; estableciéndolo como un parámetro al cual alcanzar.

- Por otro lado, en tanto el principio de no discriminación apunta a solucionar una situación jurídica o material de desventaja que posiciona a un individuo en relación con otro, suele ser más efectivo para corregir injustos individuales, mas no para revertir situaciones de opresión. Bajo este contexto, nociones como la discriminación estructural permiten visibilizar mejor estas situaciones, aún así, la introducción de esta noción no ha sido suficiente para superar inequidades y garantizar que las mujeres sean consideradas sujetos de derecho plenas, probablemente debido a la falta de análisis interseccional y a principios fundamentales del Derecho que contribuyen a mantener la jerarquía de género, como el principio de seguridad jurídica o el principio de soberanía.

- Hay algunos estándares desarrollados en torno al principio de no discriminación que resultan compatibles con una perspectiva feminista. Aun así, hay estándares que tienen un efecto particular sobre las mujeres, que lejos de posicionarlas como agentes de sus propios procesos migratorios las relegan a una posición de vulnerabilidad. Por ejemplo, la posibilidad de excepciones en relación con el ejercicio de derechos a partir de la nacionalidad o situación migratoria, basada en el principio de soberanía, mantiene un sesgo androcéntrico. En esa línea, las mujeres migrantes encuentran barreras particulares para obtener estatus migratorios regulares bien sea por estereotipos de género o también por la visión utilitaria de la migración que determina un perfil, también en apariencia neutro, como beneficioso.

- En esa línea, la supresión de restricciones discriminatorias impuestas a la migración de las mujeres debe incluir la supresión de requisitos que indirectamente establecen una discriminación a las mujeres para acceder a mecanismos de regularización, como contar con un nivel mínimo de ingresos, mantener un contrato laboral o un nivel mínimo de estudios.

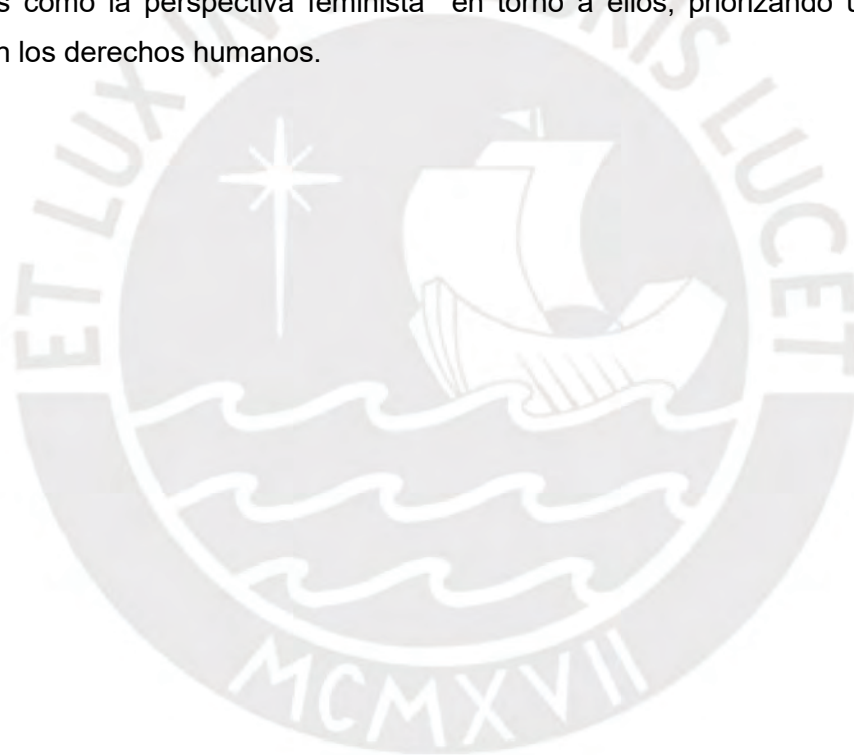
- Persisten algunos vacíos en cuanto al desarrollo de estándares del principio de no discriminación. De momento, no existe ninguna norma convencional que prohíba de forma expresa la discriminación contra mujeres migrantes; ni tampoco está consagrado explícitamente el derecho a migrar o el derecho a hacerlo sin sufrir ninguna forma de



violencia o discriminación. Los estándares vinculados a contextos migratorios se centran en acceso a territorio, cuestiones de control migratorio, entre otros, sin tomar en cuenta que la experiencia migratoria es un proceso continuo y que el género es una categoría presente en cada una de sus etapas.

- Por su parte, el desarrollo respecto al principio de no devolución evidencia que este no se centra únicamente en personas refugiadas o solicitantes de la condición de refugiado, sino a toda persona extranjera que puede enfrentar algún riesgo en base a los términos que abarca el principio de no discriminación.
- De este modo, es considerado una norma consuetudinaria en tanto es una práctica estatal generalizada y hay una noción de vinculatoriedad al respecto. Si bien para algunos órganos es una norma *ius cogens*, no hay un consenso al respecto, salvo en lo que corresponde a la tortura, en cuyo caso la prohibición de devolución es absoluta.
- En el caso de la política migratoria peruana, considerándola como la posición estatal respecto a lo que se pretende hacer o no hacer (incluyendo leyes, reglamentos, decisiones u ordenes) en relación con la selección, admisión, asentamiento, deportación y ejercicio de derechos de ciudadanos y ciudadanas extranjeras residentes en el país”. es posible calificarla como una política de “control con rostro humano”. Este rasgo se evidencia a partir de su aparente inclusión del enfoque de derechos humanos, sumado a rasgos desde visiones instrumentalistas y reactivas, que dan cuenta de un sólido componente de control migratorio desde una perspectiva securitista y utilitarista.
- Este rasgo de la política migratoria peruana permite comprender por qué, aunque el principio de no discriminación y el principio de no devolución estén presentes en ella, su cumplimiento se da con ciertos matices. Esto también evidencia la limitada incorporación de los estándares desarrollados desde el DIDH en la propia política migratoria.
- En el caso concreto del principio de no discriminación, desde una perspectiva feminista, una de las principales problemáticas de su inclusión en la política migratoria tiene que ver con el establecimiento de tratos diferenciados en lo que respecta al ámbito laboral entre personas nacionales y extranjeras. Asimismo, estos mismos tratos diferenciados se mantienen entre personas migrantes en situación irregular y personas migrantes con estatus regular, lo que genera un efecto particular sobre las mujeres migrantes.
- Por su parte, el principio de no devolución es incluido en la política migratoria de forma limitada. De este modo, está destinado únicamente a personas refugiadas o solicitantes de refugio, o a mujeres en situación de vulnerabilidad, que sean madres y que hayan sido víctimas de diversas formas de violencia de género.

- Como resultado, la forma en la que son concebidos los principios y cómo son plasmados en la política migratoria nacional, por un lado, consagran una imagen de las mujeres migrantes ligadas, sobre todo a la vulnerabilidad, y a algunos roles de género asignados; por el otro, no garantizan que sus derechos puedan ser ejercidos con plenitud.
- De esta manera, los estándares desarrollados desde el DIDH en relación a los principios abordados no son suficientes para que la posición de las mujeres migrantes permita un ejercicio pleno de derechos así como agencia en el marco de su proceso migratorio. Para que esto pueda darse, es necesario, en primer lugar, que dichos estándares sean complementados con una perspectiva feminista, que sitúe a las mujeres migrantes como el centro de las medidas y disposiciones a adoptar; y, en segundo lugar, que la propia política migratoria adopte de forma integral tanto los estándares como la perspectiva feminista en torno a ellos, priorizando un enfoque acorde con los derechos humanos.



## Referencias

- Abramovich, V. (2010). Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso "Campo Algodonero" en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derechos Humanos*, 167-182.
- ACNUR. (1996). *Considerations on the "Safe Third Country" Concept*.
- ACNUR. (2002). *Directrices sobre protección internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967*.
- ACNUR. (2018). *Legal considerations regarding access to protection and a connection between the refugee and the third country in the context of return or transfer to safe third countries*.
- Acosta, D., & Freier, F. (2015). Discursos y políticas de inmigración en Sudamérica: ¿hacia un nuevo paradigma o la confirmación de una retórica sin contenido? *REMHU: Revista Interdisciplinaria de Movilidad Humana*(44), 171-189.
- Aguilar García, M. T. (2008). El sistema sexo-género en los movimientos feministas. *Annis: Revue de Civilisation Contemporaine de l'Université de Bretagne Occidentale*(8), 1-11.
- Allain, J. (2002). The jus cogens Nature of non-refoulement. *International Journal of Refugee Law*, 13(4), 533-558.
- Amnistía Internacional. (2022). *Desprotegidas. Violencia basada en género contra mujeres venezolanas refugiadas en Colombia y Perú*. Amnistía Internacional.
- Asthana, D. (2011). Gender Politics: Refugee Definition & The Safe Third Country Agreement. *Georgetown Journal of Gender and the Law*, 12(1), 1-42.
- Ávila Santamaría, R. (2009). a propuesta y la provocación del género en el derecho. En R. Ávila Santamaría, J. Salgado, & L. Valladares, *El género en el derecho. Ensayos críticos* (págs. xiii-xxx). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Balaguer, M. L. (2005). *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*. Madrid: Cátedra.
- Barrère, M. (2001). Problemas del Derecho antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus discriminación inversa. *Revista Vasca de Administración Pública*(60), 145-166.
- Barrère, M. (2003). Problemas del Derecho antidiscriminatorio. *Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho*(9), 1-26.
- Barrère, M. (2008). Feminismo y derecho antidiscriminatorio: hacia la igualdad por la discriminación. En R. M. (Coord.), *Mujeres, derechos, ciudadanía*s (págs. 45-71). Valencia: Tirant lo blanch.
- Bartlett, K. (1990). Feminist Legal Methods. *Harvard Law Review*, 103(4), 829-888.
- Bayefsky, A. (1990). El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional. *Human Rights Law Journal*, 11(1-2), 1-34.
- Blouin, C., Zamora, C., & Palla, I. (2023). Las políticas migratorias en Perú entre inicios de 2000 y 2021: una evolución del control migratorio del Estado y el rol de las organizaciones internacionales. En E. Domenech, G. Herrera, & L. Rivera, *Movilidades, control fronterizo y luchas migrantes* (págs. 356-382). Siglo XXI Editores y CLACSO.

- Bjerre, L., Helbling, M., Römer, F., & Zobel, M. (2015). Conceptualizing and Measuring Immigration Policies: A Comparative Perspective. *International Migration Review*, 49(3), 555-600.
- Butler, J. (2001). Fundamentos contingentes: el feminismo y la cuestión del "postmodernismo". *La Ventana*(13), 7-41.
- Butler, J. (2007). *El género en disputa*. Barcelona: Paidós.
- Çali, B., Costello, C., & Cunningham, S. (2020). Hard Protection through Soft Courts? Non-Refoulement before the United Nations Treaty Bodies. *German Law Journal*(21), 355-384.
- Calavita, K. (2006). Gender, Migration, and Law: Crossing Borders and Bridging Disciplines. *International Migration Review*, 40(1), 104-132.
- Cano, L. (2022). Protección de mujeres en contextos de movilidad humana. En S. F. UN Committee on Migrant Workers, *Acceso a la Justicia de las Personas Migrantes, Refugiadas y otras sujetas de Protección Internacional en Las Américas* (págs. 183-188). Ciudad de México: CICR.
- Castles, S. (2004). Why migration policies fail. *Ethnic and Racial Studies*, 27(2), 205-227.
- Castillo, R. A. (2020). Indignación y compasión. Sentires apropiados e inapropiados en la participación política de mujeres migrantes. *Alteridades*, 30(59).
- CCPR. (1989). *Observación General No. 18. No discriminación*.
- CCPR. (1992). *Observación general N° 20. Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7)* .
- CCPR. (1994). *Comentario general 23 (50) al artículo 27*.
- CCPR. (2004). *Observación general No. 31. Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*.
- CCPR. (2019). *Observación general núm. 36. Artículo 6: derecho a la vida* .
- CCPR. (2020). *Ioane Teitiota v. New Zealand (advance unedited version)*. CCPR/C/127/D/2728/2016.
- Cea D'Ancona, M. Á. (2006). La exteriorización de la xenofobia. *REIS*, 197-230.
- Iriarte, C. (2018). La discriminación estructural de género y su recepción sistémica en el sistema de derechos humanos. *Anuario de Derechos Humanos*, 55-76.
- CEDAW. (2019). *R.S.A.A. y otros v. Dinamarca*. CEDAW/C/73/D/86/2015. 10 de septiembre de 2019.
- Ceriani, P. (2009). Control migratorio europeo en territorio africano: la omisión del carácter extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos. *Sur - Revista Internacional de Derechos Humanos*(10), 189-216.
- Charlesworth, H., Chinkin, C., & Wright, S. (1991). Feminist Approaches to International Law. *The American Journal of International Law*, 85(4), 613-645.
- Charlesworth, H. (1997). ¿Qué son los "derechos humanos internacionales de la mujer"? En R. (. Cook, *Derechos humanos de la mujer. Perspectivas nacionales e internacionales* (págs. 55-80). Bogotá: Profamilia.
- Charlesworth, H. (2014). Talking to Ourselves? Feminist Scholarship in International Law. En S. Kuovo, & Z. Pearson, *Feminist Perspectives on Contemporary International Law: Between Resistance and Compliance* (págs. 17-32). Hart Publishing.
- Charlesworth, H., & Chinkin, C. (2017). El género del jus cogens. *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional (LADI)*, 31-46.

- Chodorow, N. (1997). Género, relación y diferencia desde la perspectiva psicoanalítica. (Traducción E. Neyra). *Materiales de enseñanza del Diploma en Estudios de Género*.
- CIDH. (1997). *Informe No. 51/96. Caso 10.675. Estados Unidos, 13 de marzo de 1997.*
- Comité CEDAW. (2008). *Recomendación general No. 26 sobre las trabajadoras migratorias.*
- CIDH. (13 de abril de 2000). *Informe Anual de la CIDH 1999. OEA/Ser.L/V/II.106, doc. 3.* Recuperado el 20 de marzo de 2022, de sitio web de la CIDH: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/indice.htm>
- CIDH. (2001). *Informe de Fondo No. 4/01, Guatemala, 19 de enero de 2001.*
- CIDH. (2002). *Informe sobre terrorismo y derechos humanos.*
- CIDH. (2007). *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68.*
- CIDH. (2008). *Informe No. 63/08. Caso 12.534. Admisibilidad y fondo. Andrea Mortlock. Estados Unidos, 25 de julio de 2008.*
- CIDH. (2009). *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Valentina Rosendo Cantú y otra (Caso 12.579) contra los Estados Unidos Mexicanos.*
- CIDH. (2010). *Informe sobre inmigración en Estados Unidos: detenciones y debido proceso.*
- CIDH. (2010). *Informe No. 174/10. Caso 12.688. Fondo. Nadege Dorzema y otros o Masacre de Gauyubin. República Dominicana. 2 de noviembre de 2010.*
- CIDH. (2011). *Informe No. 78/11. Caso 12.586. Fondo John Doe y otros (Canadá). 21 de julio de 2011.*
- CIDH. (2013). *Informe No. 81/13. Caso 12.743. Fondo. Homero Flor Freire. Ecuador. 4 de noviembre de 2013.*
- CIDH. (2014). *Informe No. 5/14. Caso 12.481. Fondo. Ángel Alberto Duque. Colombia. 2 de abril de 2014.*
- CIDH. (2015). *Hacia el cierre de Guantánamo.*
- CIDH. (2015). *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.*
- CIDH. (2016). *Informe No. 8/16. Caso 11.661. Fondo. Manickavasagam Suresh. Canadá. 13 de abril de 2016.*
- CIDH. (2019). *Compendio sobre la igualdad y no discriminación: estándares interamericanos.*
- CIDH. (2020). *Informe No. 29/20. Caso 15.865. Fondo. Djamel Ameziane. Estados Unidos de América, 22 de abril de 2020.*
- CIDH. (2021). *Informe No. 459/21. Caso 12.071. Ciudadanos cubanos y haitianos detenidos en el centro de detención de Carmichael Road y deportados en el Commonwealth de las Bahamas.*
- CMW. (2011). *Observación general No 1, sobre los trabajadores domésticos migratorios.*
- CMW. (2013). *Observación general No 2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares. CMW/C/GC/2.*
- CMW y CRC. (2017). *Observación general conjunta núm. 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus*

- Familiares y núm. 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos huma.*
- Comité CAT. (2005). *Decisión. Comunicación No 245/2004. S.S.S. vs. Canadá.*
- Comité CAT. (2017). *Observación general núm. 4 (2017), relativa a la aplicación del artículo 3 de la Convención en el contexto del artículo 22.*
- Comité CEDAW. (1999). *Recomendación general No 24. Artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - La mujer y la salud.*
- Comité CEDAW. (2010). *Recomendación general No. 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.*
- Comité CEDAW. (2014). *Recomendación general núm. 32 sobre las dimensiones de género del estatuto de refugiada, el asilo, la nacionalidad y la apatridia de las mujeres.*
- Comité CEDAW. (2020). *Recomendación general núm. 38 (2020), relativa a la trata de mujeres y niñas en el contexto de la migración mundial.*
- Comité CERD. (1996). *Observación General No. XX relativa al artículo 5 de la Convención.*
- Comité CERD. (2003). *Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. CERD/C/63/CO/11.*
- Comité CERD. (2005). *Recomendación general N° XXX sobre la discriminación contra los no ciudadanos .*
- Comité DESC. (2009). *Observación General No. 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).*
- Corte IDH. (2002). *Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.*
- Corte IDH. (2003). *Opinión Consultiva OC-18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.*
- Corte IDH. (2013). *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013.*
- Corte IDH. (2013). *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Estado plurinacional de Bolivia. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.*
- Corte IDH. (2015). *Caso Wong Ho Wing vs. Perú. Sentencia de 30 de junio de 2015. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.*
- Corte IDH. (2015). *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.*
- Corte IDH. (2018). *Opinión consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección.*
- Corte IDH. (2020). *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.*
- Corte IDH. (2020). *Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador. Sentencia de 24 de junio de 2020. Fondo, reparaciones y costas.*
- Cortina, A. (2017). *Aporofobia, el rechazo al pobre.* Barcelona: Paidós.

- CRC. (2005). *Observación General No. 6. Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen.*
- Crenshaw, K. (1989). Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics. *University of Chicago Legal Forum*(1), 139-167.
- Crenshaw, K. (2012). Cartografiando los márgenes. Interseccionalidad, políticas identitarias y violencia contra las mujeres de color. En *Intersecciones: cuerpos y sexualidades en la encrucijada* (págs. 87-122). Barcelona: Bellaterra.
- De las Heras, S. (2009). Una aproximación a las teorías feministas. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*(9), 45-82.
- De Lucas, J. (2002). La herida original de las políticas de inmigración. A propósito del lugar de los derechos humanos en las políticas de inmigración. *ISEGORÍA*(26), 59-84.
- De Lucas, J. (2004). La inmigración, como res política. En U. d. Deusto, *Movimientos de personas e ideas y multiculturalidad* (Vol. 2). Bilbao: Universidad de Deusto.
- Defensoría del Pueblo. (2 de junio de 2022). Oficio No. 136-2022-DP/AAE.
- Díaz Crego, M. (2010). El derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad: ¿un derecho de los extranjeros? *Revista Española de Derecho Constitucional*(89), 115-155.
- Díaz Marchi, G. (2020). Género y Migración. En C. (. Ferrero, *Buenos Aires, ciudad migrante* (págs. 85-101). Buenos Aires: Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Domenech, E. (2008). La ciudadanización de la política migratoria. En S. Novick, *Las migraciones en América Latina* (págs. 53-72). Buenos Aires: Catálogos & CLACSO.
- Domenech, E. (2013). "Las migraciones son como el agua": Hacia la instauración de políticas de "control con rostro humano". *Polis Revista Latinoamericana*(35), 1-20.
- Dulitzky, A. (2007). El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana. *Anuario de Derechos Humanos*, 15-32.
- Eguiguren, F. (1997). Principio de igualdad y no discriminación. *Ius et veritas*, 63-72.
- Elkayam-Levy, C. (2021). A Path to Transformation: Asking "The Woman Question" in International Law. *Michigan Journal of International Law*, 429-477.
- Facio, A. (1992). *Cuando el género suena cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*. San José: ILANUD.
- Facio, A. (1998). La Carta Magna de todas las mujeres. Módulo sobre la CEDAW. En ILANUD. San José de Costa Rica.
- Facio, A., & Fries, L. (2005). Género, Derecho y Patriarcado. *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*(6), 259-294.
- Facio, A. (2009). El derecho a la no discriminación. En I. I. Humanos, *Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación para los derechos de las mujeres en los instrumentos del Sistema Interamericano* (págs. 11-26). San José: IIDH.
- Facio, A. (2009). El derecho a la igualdad entre hombres y mujeres. En I. I. Humanos, *Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación para los derechos humanos de las mujeres en los instrumentos del Sistema Interamericano* (págs. 65-80). San José : IIDH.
- Fernández López, M. F. (2009). Las causas de la discriminación o la movilidad de un concepto. *Temas laborales*, 11-57.

- Fernandez, M. (2013). El sistema internacional de derechos humanos en clave antidiscriminación: reglas comunes y obligaciones estatales. En N. (. Lacrampette, *Derechos humanos y mujeres: teoría y práctica* (págs. 113-145). Santiago de Chile: Universidad de Chile.
- Fiss, O. M. (1993). ¿Qué es el feminismo? *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*(14), 319-335.
- Font, J. (2004). Participación ciudadana y políticas sociales en el ámbito local. En A. (. Ziccardi, *Participación ciudadana y políticas sociales del ámbito local* (págs. 23-41). Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Nacional de Desarrollo Social, Consejo Mexicano de Ciencias Sociales.
- Fries, L., & Lacrampette, N. (2013). Feminismos, Género y Derecho. En N. Lacrampette, *Derechos humanos y mujeres: teoría y crítica* (págs. 33-65). Santiago de Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos.
- García, A., Vives Riera, A., Expósito Molina, C., Pérez-Rincón Fernández, S., & López, L. (2011). Velos, burkas... moros. Estereotipos y exclusión de la comunidad musulmana desde una perspectiva de género. *Investigaciones feministas*, 283-298.
- Gatens, M. (1983). A critique of the sex/gender distinction. En J. Allen, & P. Patton, *Beyond Marxism? Interventions after Marx* (págs. 142-161). Sydney: Intervention Publications.
- Garretón, R. (1995). Principio de no devolución: fuerza normativa, alcances, aplicación en los países no partes de la Convención. *Memorial Coloquio Internacional. 10 años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados* (págs. 209-232). San José de Costa Rica: IIDH-ACNUR.
- Geddes, A., & Scholten, P. (2016). *The politics of migration & immigration in Europe*. New Delhi: SAGE.
- Gilligan, C. (2013). *La ética del cuidado*. Barcelona: Fundació Víctor Grífols i Lucas.
- González, F. (2022). Las barreras al acceso a la justicia de las personas en contexto de movilidad. En S. F. UN Committee on Migrant Workers, *Acceso a la justicia de las personas migrantes, refugiadas y otras sujetas de protección internacional en las Américas* (págs. 17-22). Ciudad de México: CICR.
- Goodwin-Gill, G., & McAdam, J. (2007). *The refugee in international law*. New York: Oxford University.
- Herrera, G. (2012). Género y migración internacional en la experiencia latinoamericana. De la visibilización del campo a una presencia selectiva. *Política y sociedad*, 35-46.
- Herrera, G. (2021). Subjetividades. En I. Ceja, S. Álvarez Velasco, & U. D. Berg, *Migración* (págs. 21-27). Buenos Aires: CLACSO.
- Huaita, M. (2021). Políticas públicas, familias y reunificación en el contexto de la migración venezolana en Perú. En E. Salmón, *Trayectorias migrantes: la juventud venezolana en el Perú* (págs. 95-114). Lima: PUCP.
- IDEHPUCP & CARE. (2020). *Las mujeres migrantes y refugiadas venezolanas y su inserción en el mercado laboral peruano: dificultades, expectativas y potencialidades*. Lima.
- Jaramillo, I. C. (2018). *La crítica feminista al Derecho*. Obtenido de Revista Pensamiento Penal: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/04/doctrina46462.pdf>



- Jaramillo, V. (2019). Acceso a la justicia: trabajadoras domésticas migrantes de la ciudad de Buenos Aires. *Estado & comunes, revista de políticas y problemas públicos*, 1(8).
- Jolly, S., & Reeves, H. (2005). *Gender and Migration. Overview Report*. Brighton: Bridge.
- Kelly, N. (1993). Gender-Related Persecution: Assessing the Asylum Claims of Women. *Cornell International Law Journal*, 26(3), 625-674.
- Kneif, A. (2006). Gender Bias in Asylum Law: Recognizing Persecution Against Women and Girls. *ABA Commission on Domestic Violence Annual Law Student Writing Competition*, 1-8.
- Lacrapette, N., & Lagos, C. (2013). Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. En N. (. Lacrapette, *Derechos humanos y mujeres: teoría y práctica* (págs. 69-111). Santiago de Chile: Universidad de Chile.
- Mackinnon, C. (1993). Hacia una teoría feminista del Derecho. *Derecho y humanidades*, 155-168.
- Mackinnon, C. (1995). *Hacia una teoría feminista del Estado*. Madrid: Ediciones Cátedra.
- Magliano, M. J. (2009). Mujeres migrantes, Estado y Desigualdad social: la política migratoria argentina desde un enfoque de género. En E. Domenech, *Migración y política: el Estado interrogado. Procesos actuales en Argentina y Sudamérica* (págs. 71-102). Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.
- Magliano, M., & Domenech, E. (2009). Género, política y migración en la agenda global. Transformaciones recientes en la región sudamericana. *Migración y desarrollo*, 53-68.
- Money, J., & Ehrhardt, A. (1972). *Man & woman, boy & girl : the differentiation and dimorphism of gender identity from conception to maturity*. Baltimore; London: Johns Hopkins University Press.
- Mudgway, C. (2021). Can International Human Rights Law Smash the Patriarchy? A Review of 'Patriarchy' According to United Nations Treaty Bodies and Special Procedures. *Feminist Legal Studies*, 67-105.
- Nogueira Alcalá, H. (2006). El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas . *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 799-831.
- Oloka-Onyango, J., & Tamale, S. (1995). "The Personal Is Political," or Why Women's Rights Are Indeed Human Rights: An African Perspective on International Feminism. *Human Rights Quarterly*, 17(4), 691-731.
- Pelletier, P. (2014). La "discriminación estructural" en la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista IIDH*, 60, 205-215.
- Petit Pérez, A. (2005). La participación desde el enfoque de género. *Cuadernos electrónicos de filosofía*, 1-15.
- Piedra Guillén, N. (2003). Feminismo y postmodernidad: entre el ser para sí o el ser para otros. *Ciencias Sociales*, 43-55.
- Pitch, T. (2010). Sexo y género de y en el Derecho: el feminismo jurídico. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*(44), 435-459.
- Rabossi, E. (1990). Derechos humanos: el principio de igualdad y la discriminación. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 175-192.
- Ramírez Huaroto, B., & Llaja Villena, J. (2011). *Los Lentes de género en la justicia internacional: tendencias de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos relacionada a los derechos de las mujeres*. LIMA: Cladem.

- Ricoy, R. (2015). Teorías jurídicas feministas. En J. Fabra, & A. Núñez, *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (págs. 459-499). Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Rubin, G. (1975). The traffic in women : notes on the political economy of sex. En R. Reiter, *Toward and Anthropology of Women* (págs. 157-210). New York: Monthly Review Press.
- Rubin, G. (1998). El tráfico de mujeres: notas sobre la "economía política del sexo". En M. Navarro, & C. Stimpson, *¿Qué son los estudios de mujeres?*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Ruiz, A. (2009). Cuestiones acerca de mujeres y Derecho. *Aportes para el debate*(25), 115-121.
- Salem, S. (julio-diciembre de 2014). Feminismo islámico, interseccionalidad y decolonialidad. *Tábula Rasa*(21), 111-122.
- Sales Gellabert, T. (2017). Repensando la interseccionalidad desde la teoría feminista. *Ágora*, 36(2), 229-256.
- Salgado, J. (2009). Género y derechos humanos. En *El género en el Derecho. Ensayos críticos*. (págs. 165-177). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Salomé, L. (2017). *El concepto 'discriminación estructural' y su incorporación al Sistema interamericano de protección de los derechos humanos [trabajo de fin de máster]*. Máster Universitario en Estudios Avanzados en Derechos Humanos Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" Curso académico 2016/2017.
- Sassen, S. (2003). *Contra geografías de la globalización. Género y ciudadanía en los circuitos transfronterizos*. Madrid: Traficantes de Sueños.
- Schrover, M., & Moloney, D. (2013). Introduction. Making a difference. En & D. M. Schrover, *Gender, Migration and Categorisation. Making Distinctions between Migrants in Western Countries, 1945-2010* (págs. 7-54). Amsterdam: Amsterdam University Press.
- Scott, J. (1990). El género: una categoría útil para el análisis histórico. En J. S. Amelang, & M. Nash, *Historia y género. Las mujeres en la Europa moderna y contemporánea* (págs. 23-58). Valencia: Diputación de Valencia = Diputació de València, Institució Alfons el Magànim.
- Simeon, J. C. (2019). What is the future of non-refoulement in international refugee law? En S. S. Juss, *Research Handbook on International Refugee Law* (págs. 183-206). Glos: Edward Elgar Publishing Limited.
- Stoller, R. (1968). *Sex and Gender: On the Development of Masculinity and Femininity*. New York: Science House.
- Vandenhoe, W. (2005). *Non-Discrimination and Equality in the View of UN Human Rights Treaty Bodies*. Antwerpen-Oxford: Intersentia.
- Vigo, C. (2019). *Estándares jurídicos para garantizar el derecho a la no devolución en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: especial atención a algunos grupos en situación de vulnerabilidad*.
- Willer, S. (2016). Migración y violencia: las experiencias de mujeres migrantes centroamericanas en tránsito por México. *Sociológica*, 31(89).
- Young, I. M. (2000). *La justicia y la política de la diferencia*. Madrid: Princeton University Press & Ediciones Cátedra.
- Zamora, C. (2022). Well-founded fear in International Refugee Law: A feminist approach. *The Age of Human Rights Journal*(19), 271-291.

Zamora, C., Palla, I., & Blouin, C. (2023). Las políticas migratorias en Perú entre inicios de 2000 y 2021: una evolución del control migratorio del Estado y el rol de las organizaciones internacionales. En L. Rivera Sánchez, G. Herrera, & E. Domenech, *Movilidades, control fronterizo y luchas migrantes* (págs. 356-382). Buenos Aires: Siglo XXI.

