

# AEQUALITAS

REVISTA JURÍDICA DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES

NÚMERO 38

ENERO-JUNIO 2016

PERIODICIDAD SEMESTRAL

ISSN: 1575-3379

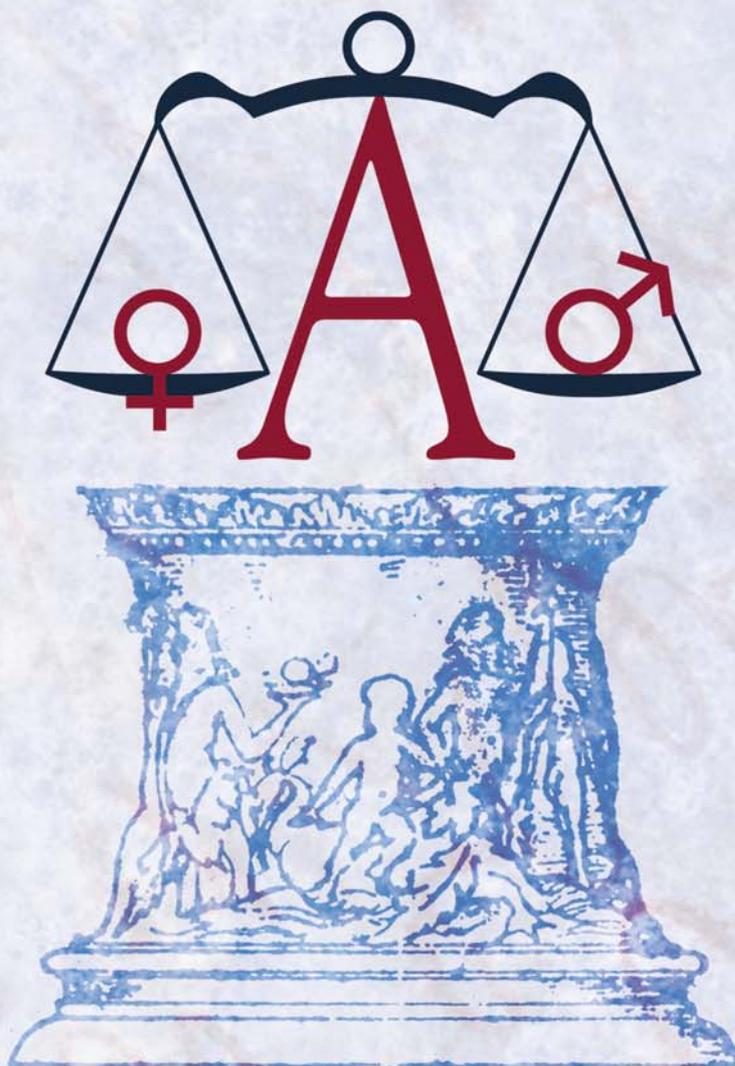


La publicación de la revista se engloba dentro de las actuaciones a desarrollar en el Convenio de Colaboración que anualmente suscriben el Instituto Aragonés de la Mujer y la Universidad de Zaragoza, para el mantenimiento y realización de actividades de la “Cátedra sobre Igualdad y Género”.

La Revista **AEQUALITAS** tiene por objeto fomentar la igualdad de oportunidades hombre-mujer desde una perspectiva jurídica interdisciplinar, informando de manera actualizada a los operadores jurídicos, desde un enfoque práctico e incluyendo estudios doctrinales y problemas de fundamentación.

Está dirigida a personas con formación jurídica, académicos, abogados en ejercicio, al personal de administraciones públicas, de ámbito local, autonómico y estatal, organismos de igualdad, y a ciudadanos con formación universitaria. Versa sobre temas de igualdad jurídica entre mujeres y hombres, centrados en el derecho español vigente.

La igualdad de oportunidades se afronta desde las distintas ramas del saber jurídico, desde el derecho constitucional, laboral, internacional, comunitario, civil, desde la filosofía del derecho, etc. En cada ámbito se estudia la legislación y jurisprudencia. En muchos casos, la revista supone un foro de sugerencias para la mejora de la legislación, y un punto de encuentro entre quienes legislan y las operadoras y los operadores jurídicos. Se publican dos números al año, ambos en formato digital. Están disponibles gratuitamente en la web del Gobierno de Aragón ([www.aragon.es](http://www.aragon.es)) y en la web de la universidad de Zaragoza de la “Cátedra sobre Igualdad y Género”, así como en el buscador DIALNET, en el que se reproduce la totalidad de los números de la revista, siendo posible su búsqueda por el nombre de los autores.



## CONSEJO DE REDACCIÓN

### DIRECTORA

#### MARÍA ELÓSEGUI ITXASO

Catedrática de Filosofía del Derecho.  
Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.

### SUBDIRECTORA

#### NATALIA SALVO CASAÚS

Directora del Instituto Aragonés de la Mujer.  
Departamento de Ciudadanía y Derechos Sociales.  
Gobierno de Aragón.

### SECRETARIA TÉCNICA

#### Documentación y Publicaciones del Instituto Aragonés de la Mujer.

Departamento de Ciudadanía y Derechos Sociales.  
Gobierno de Aragón.

### VOCALES

#### ■ GABRIEL GARCÍA CANTERO

Catedrático de Derecho Civil.  
Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.

#### ■ ALTAMIRA GONZALO VALGAÑÓN

Abogada.  
Miembro del Consejo Rector  
del Instituto Aragonés de la Mujer.

#### ■ JOSÉ M.<sup>a</sup> ORÚS RUIZ

Abogado.  
Coordinador en Huesca del Servicio Jurídico de Atención  
a la Mujer del Instituto Aragonés de la Mujer.  
Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia.  
Gobierno de Aragón.

#### ■ M.<sup>a</sup> JESÚS AZUARA ADÁN

Abogada.  
Coordinadora en Teruel del Servicio Jurídico de Atención  
a la Mujer del Instituto Aragonés de la Mujer.  
Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia.  
Gobierno de Aragón.

#### ■ CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE

Catedrático de Derecho Civil.  
Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.

#### ■ MARÍA JOSÉ LOPERA CASTILLEJO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.

#### ■ ANTONIO J. MUÑOZ GONZÁLEZ

Abogado.  
Coordinador del Servicio de Atención a la Mujer  
del Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.

### EDITA:

#### ■ Instituto Aragonés de la Mujer.

Departamento de Ciudadanía y Derechos Sociales.  
Gobierno de Aragón.

Paseo María Agustín, 16, 5<sup>ª</sup> planta. 50071 Zaragoza  
Tel. 976 716 720  
E-mail: iam@aragon.es

#### ■ Universidad de Zaragoza.

Plaza San Francisco, s/n. 50009 Zaragoza  
Tel. 976 761 000  
E-mail: elosegui@unizar.es

DISEÑO Y MAQUETACIÓN: Marcos Cortés.  
cortes.serviciosgraficos@gmail.com

DEPÓSITO LEGAL: Z-1508-99

ISSN: 1575-3379

■ [www.unizar.es/gobierno/vr\\_institucionales/catedras/genero/aequalitas/aequalitas38.pdf](http://www.unizar.es/gobierno/vr_institucionales/catedras/genero/aequalitas/aequalitas38.pdf)

■ <http://www.aragon.es/IAMaequalitas>

## CONSEJO ASESOR

#### ■ M.<sup>a</sup> VICTORIA BROTO COSCULLUELA

Consejera de Ciudadanía y Derechos Sociales del Gobierno de Aragón.

#### ■ PILAR ALEGRÍA CONTINENTE

Consejera de Innovación, Investigación y Universidad del Gobierno de Aragón.

#### ■ FERNANDO GARCÍA VICENTE

Justicia de Aragón.

#### ■ MANUEL BELLIDO ASPAS

Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

#### ■ JOSÉ MARÍA RIVERA HERNÁNDEZ

Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

#### ■ VITELIO MANUEL TENA PIAZUELO

Director General de Servicios Jurídicos.  
Gobierno de Aragón.

#### ■ ANTONIO MORÁN DURÁN

Decano del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.

#### ■ ÁNGEL GARCÍA BERNUÉS

Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Huesca.

#### ■ MANUEL GÓMEZ PALMEIRO

Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Teruel.

#### ■ MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Consejero de Estado.  
Ex-presidente del Tribunal Constitucional.

#### ■ DOLORES DE LA FUENTE VÁZQUEZ

Inspectora. Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

#### ■ ELISA SIERRA

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Facultad de Derecho. Universidad Pública de Navarra.

#### ■ CARMEN ORTÍZ LALLANA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Magistrada Suplente del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja.

#### ■ MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Facultad de Derecho. Universidad de Sevilla.

#### ■ ROBERT ALEXY

Catedrático de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional. Christian-Albrechts Universität. Kiel.

#### ■ ALFONSO RUIZ MIGUEL

Catedrático de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad Autónoma de Madrid.

#### ■ TERESA PÉREZ DEL RÍO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Facultad de Derecho. Universidad de Cádiz.

#### ■ FERNANDO REY MARTÍNEZ

Catedrático de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho. Universidad de Valladolid.

#### ■ PALOMA DURÁN Y LALAGUNA

Profesora Titular de Filosofía del Derecho.  
Universidad Complutense de Madrid.

#### ■ AMPARO BALLESTER PASTOR

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Facultad de Derecho. Universidad de Valencia. Magistrada Suplente del Tribunal de lo Social.

#### ■ MARÍA ÁNGELES BARRERE UNZUETA

Profesora Titular de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad País Vasco-Donostia.

#### ■ BEATRIZ QUINTANILLA NAVARRO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Facultad de Ciencias Políticas. Universidad Complutense.

#### ■ MARÍA PILAR DE LUIS CARNICER

Profesora Titular de Organización de Empresa. Centro Politécnico Superior. Universidad de Zaragoza.

#### ■ LUIS NAVARRO ELOLA

Profesor Titular de Organización de Empresa. Centro Politécnico Superior. Universidad de Zaragoza.

#### ■ CARMEN SÁEZ LARA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de Córdoba

#### ■ ASUNCIÓN VENTURA

Profesora Titular de Derecho Constitucional.  
Facultad de Derecho. Universidad Jaime I de Castellón.

#### ■ CRISTINA SAN ROMÁN GIL

Administradora Superior del Gobierno de Aragón.

#### ■ ROGELIO ALTISENT

Médico de Familia. Centro de Salud Actur. Profesor Asociado de Medicina de Familia.  
Facultad de Medicina. Universidad de Zaragoza.

#### ■ AURORA LÁZARO

Médica Pediatra. Hospital Clínico Universitario Lozano Blesa.  
Profesora Asociada de Pediatría. Facultad de Medicina. Universidad de Zaragoza.

#### ■ MARÍA JOSÉ COLL TELLECHEA

Especialista en Psicología Jurídica.

#### ■ JOSÉ MARÍA CIVEIRA

Médico Psiquiatra. Hospital Universitario Miguel Servet. Zaragoza.

#### ■ ANA CARMEN MARCUELLO

Médica Ginecóloga. Hospital Universitario Miguel Servet. Zaragoza.

#### ■ RICARDO RON LATAS

Catedrático de Derecho Laboral y de la Seguridad Social. Universidad de La Coruña.

# AEQUALITAS

REVISTA JURÍDICA DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES

## ENVÍO DE ORIGINALES Y NORMAS DE PUBLICACIÓN

La revista se ajustará en la selección de los artículos a los criterios de calidad informativa y de calidad del proceso editorial, indicados en el BOE núm. 266, de 7 de diciembre de 2005, apéndice I, para que sus artículos cumplan con los requisitos exigidos para la obtención de evaluaciones positivas en los sexenios de la Actividad Investigadora (Resolución de 30 de noviembre de 2015, de la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora, por la que se publican los criterios específicos aprobados para cada uno de los campos de evaluación, BOE, núm. 286, Sec.III, pág. 113071. Campo 9. Derecho y jurisprudencia).

Catalogada en LATINDEX:

<http://www.latindex.unam.mx/buscador/ficRev.html?opcion=1&folio=11683>.

Catalogada en RESH.CINDOC así como en el índice elaborado por el CSIC, denominado DICE (Difusión y Calidad Editorial de las Revistas españolas de Humanidades, Ciencias Sociales y Jurídicas).

Nº	Título de revista	Año C-F	Área de conocimiento	Val. DI	% IC	Ap. AU	Eval. ext.	Crit. LAT	ANEP	CARHUS	ERIH	BB.DD.
N1	Aequalitas	C 1999-			11.76	Sí	Sí	27	C			

**1**

AEQUALITAS aceptará para su publicación todos aquellos artículos que sean inéditos y versen sobre el tema central de la revista, tras el proceso de evaluación por pares.

El Consejo de Redacción atenderá cualquier sugerencia o consulta previa, para evitar reiteraciones en las posibles colaboraciones (Teléfono 976 762 117. Departamento de Derecho Público).

**2**

Los originales serán remitidos a la directora de la revista:

La Catedrática María Elósegui.

Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza. 50009 Zaragoza (España).

Los trabajos no excederán de diez hojas DIN A4, de 30 líneas de texto.

Los artículos se enviarán por e-mail en archivo word (elosegui@unizar.es), indicando a qué sección de la revista van destinados, teniendo en cuenta que las citas se incluirán a pie de página, según el siguiente modelo:

AUTOR o AUTORA del LIBRO, N. *Título*, lugar de edición, editorial, año, página. AUTOR o AUTORA. REVISTA, N. "Título del artículo de la revista", *Revista*, n.º, vol. (año), pp. 1-31.

Los originales deben ir precedidos de un sumario de 10 líneas en español, y 10 líneas en inglés. El título del artículo y las palabras clave deben ir tanto en español como en inglés.

**3**

Se indicará el autor, lugar de trabajo, dirección, teléfonos y, necesariamente, el e-mail. No se devolverán los originales. Se acusará recibo de todas las colaboraciones recibidas.

**4**

La selección se hará según criterios científicos, solicitando la lectura de los artículos a dos evaluadores externos al Consejo de Redacción, (revisión por pares, *peer reviewed*) respetando el anonimato de los autores y de los evaluadores (*double blind review*). También y en su caso se solicitará la lectura a miembros del Consejo Asesor u otras personas especialistas cuando se estime oportuno. El Consejo de Redacción tendrá la decisión última a la luz de las evaluaciones y, en consecuencia los artículos, podrán ser aceptados o rechazados para su publicación, decisión que se comunicará personalmente por escrito a los autores.

**5**

AEQUALITAS no se hace responsable de las opiniones de las autoras y autores de los artículos publicados.



**E**n este número de la revista se afrontan en la parte dedicada a Derecho Internacional, concretamente a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dos temas de creciente actualidad. Dado el aumento de la inmigración, el derecho debe de buscar nuevas respuestas jurídicas en ambos casos. Por un lado, se expone una sentencia concreta de la jurisprudencia del Tribunal Europeo referente a la trata de personas, el caso *Rantsey contra Chipre*. Debido a la inmigración ilegal, éste es un delito en continuo crecimiento. Como afirma en su artículo Ascensión Lucea, doctora en Derecho por la Universidad de Zaragoza, “la Trata de Personas es un delito que viola todos los derechos humanos, cuyo número de víctimas aumenta exponencialmente. Si bien en un principio se vinculó con las formas modernas de esclavitud, como evolución de la histórica trata de blancas, hoy se constituye como un delito autónomo, controlado por las mafias del crimen organizado”.

Por otro lado, el aumento de la inmigración hacia Europa en estos últimos años ha vuelto a plantear los problemas jurídicos que suscita el derecho a disfrutar de una vida familiar y concretamente el derecho a la reagrupación familiar. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha sido siempre homogénea en este punto. La doctora Araceli Martín Villegas nos ofrece una investigación sobre su reciente evolución y la interpretación del TEDH sobre la concepción de “vida familiar” que contempla el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En la sección dedicada al derecho español, se publican tres artículos que se complementan entre sí. Tratan desde diversos ángulos algunos aspectos jurídicos y de salud relacionados con las personas mayores. En primer lugar, la doctora Marina Pérez Monge, profesora de Derecho Civil en la Universidad de Zaragoza, aporta datos estadísticos fiables sobre la situación del envejecimiento activo, la calidad de vida y el cuidado de la mujer en España. La investigación ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación (financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación) “Entre la guarda y el apoyo en el ejercicio de la capacidad: la reforma del sistema legal de atención a personas con discapacidad y a menores” (DER2013-41566-R).

La larga esperanza de vida de las mujeres en España y su rol tradicional conduce a dos situaciones diversas, con consecuencias sociales y jurídicas. A saber, primero, en relación con su longevidad, las mujeres viven más años que los varones y en los últimos años de su vida sufren deterioros que las convierten en personas necesitadas de cuidado y dependientes física y psíquicamente. En ocasiones, no en todas, pero con frecuencia esos años van unidos a una pérdida de su capacidad en la toma de decisiones que son sustituidas por las de la familia, tutores legales y/o de las instituciones en las que están ingresadas. En estos casos, entran en juego distintos operadores sociales y jurídicos, como la familia, los jueces en el caso de incapacitaciones judiciales y de los ingresos no voluntarios, y las residencias de ancianos o distintos cuidadores en el domicilio. Un segundo problema diferente al anterior, pero que afecta también en mucha mayor medida a la mujer que al varón es que por su rol tradicional las mujeres españolas siguen haciéndose cargo de las personas enfermas de la familia y especialmente de las personas mayores. Esto sucede tanto a nivel privado, dentro de las familias, como cuando ese trabajo se externaliza y/o profesionaliza. En España, tres de cada cuatro mayores que viven solos son mujeres. Las personas contratadas como cuidadoras de ancianos en los domicilios son en su mayoría mujeres. Según se recoge en el artículo: “El número de personas a quienes se aplica el Convenio especial de cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia a fecha 31-1-2016 es predominantemente femenino: 1.141 hombres frente a 9.884 mujeres en el año 2016”. En el caso de residencias de ancianos, como se refleja en el siguiente artículo de la abogada María Jesús Germán, los centros especializados en cuidado de ancianos tienen en su mayoría mujeres como cuidadoras. Precisamente la mujer cuida más a los demás que a sí misma por lo que su calidad de vida es peor que la de los varones.

Las etapas del final de la vida plantean los problemas jurídicos relacionados con los procesos de incapacitación, así como el proceso de ingreso no voluntario en residencias de mayores. Este último tema, conectado con el anterior es tratado por la Abogada de la Fundación Rey Ardid y Doctora en Derecho, María Jesús Germán. El tema se analiza también desde la perspectiva de género. Es decir, si bien las normas de derecho civil aplicables son neutrales, las personas afectadas por las mismas vuelven a ser en su mayoría mujeres, por los motivos antes indicados. En el artículo se analiza la teoría y la práctica de los ingresos en residencias de personas mayores cuando no tienen suficiente capacidad para otorgar el consentimiento, haya o no previamente una sentencia judicial de incapacitación. Por ello, “Dado que la decisión de ingresar a una persona en un centro residencial puede afectar a su libertad, su adopción sólo puede llevarse a cabo por el afectado o, en su defecto, por el juez”. Se desarrollan en el artículo los problemas prácticos que ello conlleva. Además, en ambas aportaciones se exponen los diversos instrumentos legales de protección para facilitar que la persona organice anticipadamente el modo y las personas que desean que tomen las decisiones personales y patrimoniales para el eventual momento en que ella no pueda. Como se tratará en un futuro número de la revista, de hecho, el mayor número de testamentos vitales o voluntades anticipadas están realizados por mujeres.

Un tercer artículo, escrito por el Doctor Jorge Gracia Ibañez, profesor visitante de la escuela de criminología FDUP, de la Universidad de Oporto, e investigador del laboratorio de sociología jurídica de la Universidad de Zaragoza, plantea una panorámica sobre la violencia familiar y de género contra las mujeres mayores. Como resume el autor en el abstract: “El maltrato familiar hacia las personas mayores es un fenómeno con diferentes manifestaciones, complejo y multicausal. Las mujeres mayores, debido entre otras razones a la feminización del envejecimiento, se ven especialmente afectadas. No obstante, durante mucho tiempo, se ha construido teóricamente como un fenómeno neutral en relación con el género. La intersección entre edadismo y sexismo es patente en situaciones de maltrato o negligencia tanto en contextos de cuidado, como en casos de violencia de género contra mujeres mayores dentro de la pareja. Es preciso, por lo tanto, abarcar toda esa complejidad para proponer políticas de intervención adecuadas que integren mejor la perspectiva de género en un abordaje global y eficaz del fenómeno”. El doctor Gracia propone en sus conclusiones unas pautas concretas de intervención social que son interdisciplinarias y que deberían de tenerse muy en cuenta por parte de los actores sociales, personal sanitario, operadores jurídicos y en el propio entorno familiar.

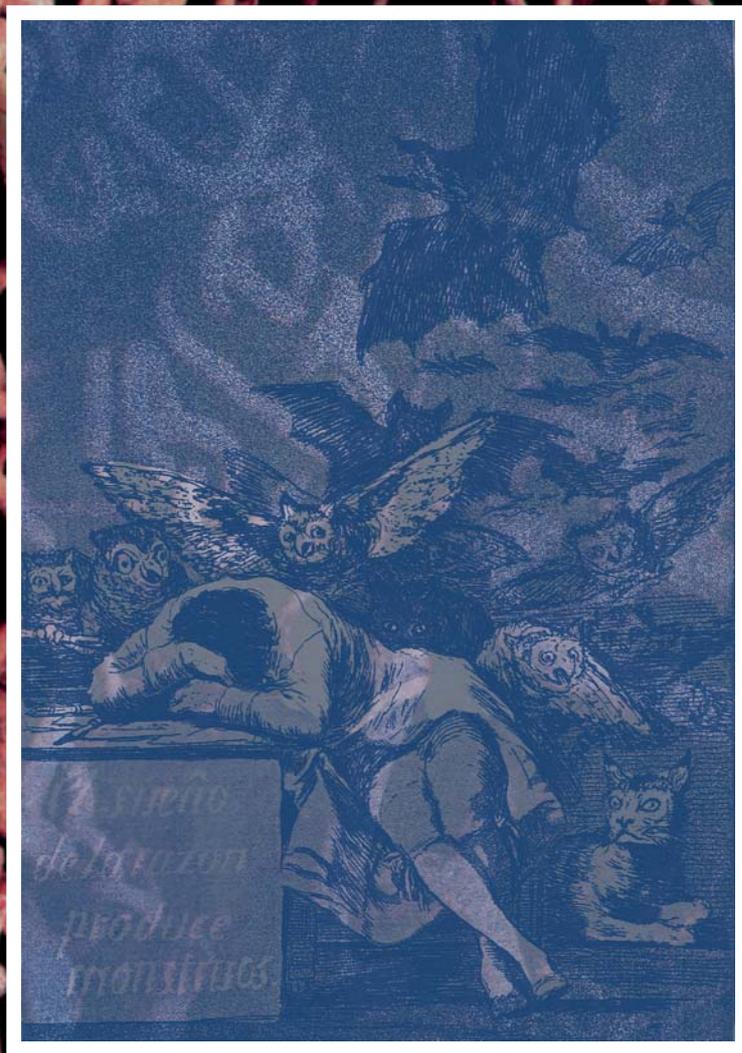
Por último, en el foro de debate publicamos una aportación resultado de otro trabajo de investigación, que ha recibido el premio “Concepción Gimeno de Flaquer” en la convocatoria del año 2015, otorgado por el Seminario Interdisciplinar de Estudios de la Mujer (SIEM) de la Universidad de Zaragoza. Su autora es Laura Pedernera, licenciada en Pedagogía, especializada en estudios de género y políticas de igualdad por la universidad de la Laguna, así como en intervención social. El estudio presenta un análisis de la demanda de prostitución por parte de varones estudiantes universitarios, realizado entre junio de 2014 y mayo de 2015 en la Laguna. El artículo pone en evidencia que los usuarios-clientes son varones cercanos, incluso con educación universitaria. En él queda patente como se banaliza la figura de la mujer y la falta de dignidad en el trato de la misma. Ello entronca con el artículo que abre este número de la revista porque queda patente la relación en este caso entre prostitución y trata de personas con fines de explotación sexual, incluso en unas generaciones de españoles jóvenes y que se supone que deberían haber asumido unos roles igualitarios entre mujeres y hombres. Los resultados del artículo hablan por sí solos y sería aconsejable su lectura en ámbitos universitarios.

**María Elósegui Itxaso**

Catedrática de Filosofía del Derecho.  
Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.  
Directora de la Revista *Aequitas*  
<http://intercultural.unizar.es>

# Trata de personas o esclavitud moderna. La importancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la trata de mujeres en el caso Rantsev. Claves jurídicas

ASCENSION LUCEA.  
Doctora en Derecho.  
Programa de Doctorado de Derechos  
Humanos y Libertades Fundamentales  
de la Universidad de Zaragoza





## RESUMEN

La Trata de Personas es un delito que viola todos los derechos humanos, cuyo número de víctimas aumenta exponencialmente. Si bien en un principio se vinculó con las formas modernas de esclavitud, como evolución de la histórica trata de blancas, hoy se constituye como un delito autónomo, controlado por las mafias del crimen organizado. Jurídicamente, son incalculables los esfuerzos llevados a cabo con la finalidad de su erradicación, sin embargo, esto no se ha traducido en un aumento en el número de las denuncias ni el enjuiciamiento de casos. No obstante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado la jurisprudencia más relevante en el tema, especialmente en la argumentación referida al caso *Rantsev*, en que por primera vez se condena por trata de mujeres. Del fallo emitido para este asunto, podemos inducir las claves jurídico-sociales fundamentales que están apoyando la persecución de un delito que popularmente y sin lugar a dudas, podemos calificar como uno de los peores del siglo XXI.

**Palabras clave:** Trata de personas, esclavitud, formas modernas de esclavitud, trata de blancas, tribunal europeo de derechos humanos, *Rantsev*.

<sup>1</sup> En base a los distintos informes emitidos por la Organización de las Naciones Unidas para la Droga y el Delito (Informe 2012), la Organización Internacional del Trabajo (Informe de 1 de junio de 2012: *Ganancias y pobreza: aspectos económicos del trabajo forzado*), y el Departamento de Estado de los Estados Unidos (Informe Anual 2015), podemos afirmar que la trata de seres humanos afecta a 21 millones de personas, estimándose en más de 150.000 millones de dólares las ganancias ilegales que reporta. Territorialmente, se expande a prácticamente todos los Estados de todas las regiones del planeta; si bien la mayoría de las víctimas son extranjeras en el país donde se identifican, en muchas ocasiones entrañan movimientos geográficos reducidos, llevándose a cabo en una única región o subregión, a menudo entre países vecinos, además de detectarse cada vez más casos a nivel nacional. De hecho, en uno de cada tres casos, la explotación se produce en el país de nacionalidad de la víctima, lo que supone abandonar la percepción popular que vincula la trata necesariamente a la inmigración.

<sup>2</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas (1948). Resolución 217 A (III) de 10 de diciembre. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículo 4: *Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.*

<sup>3</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas (1966). Resolución 2200 A (XXI). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976. Artículo 8: 1. *Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.* 2. *Nadie estará sometido a servidumbre.* 3. A) *Nadie será constraído a ejecutar un trabajo forzado u obligatorio.*

<sup>4</sup> Tardif, Eric. (2012). "Trata de personas: Un acercamiento desde el Derecho Internacional". *Revista Amicus Curiae*. Segunda Época. Número 2. Volumen 1. Citando a: Ferrajoli, Luigi (2006). *Criminalidad y globalización*. Boletín mexicano de Derecho comparado, nú. 115, enero-abril.

## ABSTRACT

Trafficking is a crime that violates all human rights, the number of victims increases exponentially. While at first it was linked to modern forms of slavery, such as the historical evolution of white slave traffic, today it is constituted as an autonomous offense, controlled by organized crime gangs. Legally, are inmeasurable efforts carried out with the aim of eradication, however, this has not been translated into an increase in the number of its complaints and the prosecution of cases. Although, the European Court of Human Rights has developed the most relevant case law on the subject, especially in the case referred to *Rantsev* argument, in which for the first time some people have been condemned due to trafficking of women. From the rulling on this matter, we can induce that the fundamental legal and social keys that are preventing the expansión of a crime which popularity without a doubt, we can describe as the one of the worst in S. XXI.

**Keywords:** Trafficking, slavery, modern forms of slavery, white slave traffic, European Court of Human Rights, *Rantsev*.

## 1. INTRODUCCIÓN

La utilización de los seres humanos para generar beneficios ha estado vinculada históricamente a la esclavitud y otras vetustas prácticas como la servidumbre de la gleba, la servidumbre por deudas, el trabajo forzado, la trata de blancas, la prostitución o el matrimonio forzado, para cuya erradicación fueron adoptándose diferentes instrumentos jurídicos desde principios del siglo XX.

Hoy sin embargo, podemos afirmar que las formas mencionadas persisten, si bien han evolucionado al ritmo de los tiempos, constituyéndose en una verdadera mercantilización del negocio con las personas, que genera incalculables beneficios económicos. Esto es un hecho documentado que aumenta exponencialmente<sup>1</sup>, especialmente para mujeres y niñas, desarrollándose en nuestro en-

torno más próximo como algo ajeno a la vida cotidiana e impune al derecho.

Jurídicamente, las citadas prácticas habrían quedado abolidas en el Derecho Internacional con la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), que las prohíbe en su artículo 4<sup>2</sup>, y como norma vinculante, con la aprobación y entrada en vigor del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que confirma el contenido de la DUDH en su artículo 8<sup>3</sup>.

Si bien, resulta un hecho que esto no ha sido así, y hoy, como bien resalta la doctrina más reciente, la trata de personas "constituye uno de los desafíos suscitados por la globalización, al presentarse como una fuente de crecimiento del crimen organizado, un riesgo sanitario global, y un tema de seguridad que afecta a todos los países, que precisa de respuestas idóneas"<sup>4</sup>.



## 2. TRATA DE PERSONAS O ESCLAVITUD MODERNA

Paralela y progresivamente a la adopción de los distintos textos que proclamaban la abolición de las prácticas mencionadas, fueron detectándose formas de explotación del ser humano que, sin ajustarse exactamente a las tradicionales, seguían patrones tan similares que comenzó a considerarse la evolución de aquéllas hacia una denominada *esclavitud moderna*, también conocida como *formas análogas o contemporáneas de esclavitud, o esclavitud del siglo XXI*. Por su parte, la trata de blancas<sup>5</sup> se expandió más allá de sus víctimas originarias, dando lugar a la actual *trata de personas o trata de seres humanos*, delito diferenciado, aunque complementario, de la esclavitud.

Para la mejor comprensión jurídica de la evolución mencionada, resulta crucial la argumentación seguida por el Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia, en la Sentencia dictada para el caso *Kunarac, Kovac y Vukovic*, de 12 de junio de 2002<sup>6</sup>. En éste, los jueces encontraron culpables a los demandados, por la violación de mujeres y niñas bosnias, a la vez que los condenó por crimen de esclavitud.

El Tribunal estimó que el crimen incluía elementos de control y de propiedad, como la restricción o vigilancia de la autonomía del individuo y de su libertad de movimiento, sin consentimiento o libre albedrío de las víctimas, lo que no obstante, se consideraba irrelevante, puesto que el uso de amenazas, la fuerza o de otras formas de coerción hubieran anulado su validez. La Sala de Apelación del mismo tribunal respaldó la definición dada por el Tribunal de Primera Instancia, confirmando así una similitud irrefutable entre el crimen de esclavitud y el de trata.

Si bien es cierto que ambas prácticas pueden confundirse por las semejanzas señaladas, también lo es que en la evolución ya indicada, encontramos otras formas de sometimiento de las víctimas con fines sin duda

mercantilistas, que sin embargo, no suponen necesariamente una explotación propiamente dicha, entendida como sometimiento ejercido con fuerza y coacción que se prolonga indefinidamente en el tiempo, como la que entrañan los atributos de propiedad para la esclavitud<sup>7</sup>.

En este sentido, coincido con el argumento de la doctora *Chiara Marinelli*<sup>8</sup> que explica cómo “la trata de personas y la esclavitud no son lo mismo. La trata de personas se define desde la conducta del sujeto activo del delito, es decir, la captación, traslado y recepción de una víctima, utilizando medios de coerción y con la finalidad de explotarla. La esclavitud en cambio, es definida desde la posición del sujeto pasivo, es decir, desde la situación de no libertad

que tiene una víctima sobre la que se ejercen los atributos del derecho de propiedad. Ambas instituciones pueden darse al mismo tiempo, si la víctima de trata de personas se encuentra durante el proceso en alguna situación de esclavitud, o de forma subsiguiente, cuando la esclavitud es el fin de explotación del proceso de trata de personas”.

En relación con lo anterior, ha sido abundante la legislación promulgada al respecto a partir de la DUDH hasta el año 2000, en que por Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas se adoptó la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, incluyendo como Anexo II el *Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas*, es-

<sup>5</sup> Como trata de blancas se conoció el tráfico de mujeres europeas que eran llevadas a diferentes países de Europa del Este, Asia y África, para su explotación sexual, a finales del S. XIX. Hoy, la utilización de este término no es correcta, pues hablamos de trata de personas, que integra también a hombres y mujeres de cualquier raza y edad, con finalidad de explotación sexual, prostitución, esclavitud, trabajo forzado o extracción de órganos, entre otras.

<sup>6</sup> Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia (2002), Sentencia de 12 de junio para el caso *Fiscalía v. Kunarac, Kovac y Vukovic*. “ III. Grounds of appeal to the Trial Chamber’s definition of the offences: A. Definition of the crimen of enslavement, pág. 4. En ésta, el Tribunal observa (traducción propia) que... el concepto tradicional de esclavitud, tal como se define en la Convención de la Esclavitud de 1926, ha evolucionado hasta abarcar las diversas formas contemporáneas de esclavitud, que se basan en el ejercicio de cualquiera o todos los atributos del derecho de propiedad. En estos casos, las víctimas no están sujetas al ejercicio de los derechos absolutos de propiedad asociados a la esclavitud, pero en todos los casos, como consecuencia del ejercicio de cualquiera de los mismos, se produce una destrucción de la personalidad jurídica, por lo que un fenómeno en particular se considera forma de esclavitud, dependiendo de factores como el control del movimiento de la víctima, de su entorno físico, psicológico, que se traducen en medidas tomadas para impedir o disuadir de una huida, la amenaza de la fuerza, la coacción, la violencia, la sujeción a un trato cruel y el abuso, el control de la sexualidad y el trabajo forzado”. Disponible en: [http://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/020612\\_Kunarac\\_Kovac\\_Vukovic\\_summary\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/020612_Kunarac_Kovac_Vukovic_summary_en.pdf) [Última visita: 30-04-2016].

<sup>7</sup> La mayoría de las víctimas siguen siendo objeto de explotación sexual, pero cada vez se detectan con más frecuencia otras formas de explotación. Especialmente, la trata con fines de trabajo forzado o trata laboral (como la que se

produce en las cadenas de suministros) que ha aumentado de manera incesante en los últimos años (cuando en ésta, las víctimas son mujeres, lo son por partida doble, tripe o infinita, pues además de los trabajos forzados, prácticamente en la totalidad de los casos se suman abusos sexuales y violaciones repetidas por parte de los empleadores, que si bien no conducen a la prostitución, constituyen formas de explotación sexual), sin olvidar otras formas de explotación importantes, como la que tiene como finalidad la extracción de órganos, o la de niñas y niños utilizados en los conflictos armados, para la comisión de delitos menores o la mendicidad forzada, el turismo sexual, las novias por catálogo, los bebés y niños utilizados para cruzar fronteras (*niños ancla*) que posteriormente son abandonados, la trata para adopciones ilegales, la utilización de mujeres como vientres de alquiler, o la forma más moderna de las detectadas, en relación con las nuevas tecnologías, el grooming. En algunos de los supuestos mencionados, la explotación es puntual, y especialmente en los niños abandonados, casos de mujeres utilizadas como vientres de alquiler o para dar a luz niños que posteriormente serán vendidos a través de las redes de adopción ilegal, las víctimas no tienen por qué ser maltratadas, sino que incluso se procuran sus cuidados; una vez producido el alumbramiento, las víctimas quedan a su libre albedrío. También podríamos añadir otros supuestos en que no queda clara la explotación, como la realidad de la utilización de los *niños ancla*, después abandonados, conocidos como Menores Abandonados (los MENA).

<sup>8</sup> Marinelli, Chiara (2015). *La trata de personas en el derecho internacional de los derechos humanos, un proceso en doble vía: de la esclavitud a la autonomía, de la represión penal a la protección de las víctimas*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho, pp. 62-63.. Disponible en: Repositorio Digital de Tesis PUCP <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/6316?show=full> [última visita: 30-04-2016].



pecialmente *Mujeres y Niños*<sup>9</sup>, que la reconoce como delito específico e incluye en su artículo 3<sup>10</sup> una definición del mismo que ha sido aceptada internacionalmente. Por primera vez, la trata se diferencia de la

<sup>9</sup> El Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños fue adoptado en Palermo, Italia, en diciembre de 2000, como complemento a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Entró en vigor el 25 de diciembre de 2003. Es el primer texto que regula la trata de personas como figura delictiva independiente de la esclavitud. Disponible en: [http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ProtocolTraffickingInPersons\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ProtocolTraffickingInPersons_sp.pdf) [Última visita: 10-04-16].

<sup>10</sup> Ibid. Art. 3. Definiciones. Para los fines del presente Protocolo: “a) Por ‘trata de personas’ se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.

<sup>11</sup> Los procedimientos especiales son mecanismos establecidos por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas para hacer frente a situaciones concretas en los países o a cuestiones temáticas en todo el mundo. La mayoría de éstos reciben información sobre quejas concretas de violaciones de los derechos humanos y hacen llamamientos urgentes o envían cartas de denuncias a los gobiernos para solicitar aclaraciones.

<sup>12</sup> Lucea Sáenz, A (2015). *El estado actual de la Trata de Personas: Una aproximación desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Tesis defendida el 26 de enero de 2016. Universidad de Zaragoza, Facultad de Derecho. Directora: Gamarra Chopo, Y. Próxima publicación en Teseco: Base de datos del Ministerio de Educación de las Tesis realizadas en universidades españolas. [Última visita: 30-04-2016].

<sup>13</sup> Entre los motivos que pudieran explicar –que no justificar– esta grave realidad, se encuentran la crisis de los ingresos y la pobreza, que constituyen los principales factores económicos que empujan a las personas a situaciones de vulnerabilidad, colocándolas en posición de riesgo como víctimas potenciales de trata. Otros factores importantes que la favorecen comprenden la discriminación contra la mujer y las minorías, la falta de educación, el analfabetismo, el uso indebido de los medios, la corrupción y las migraciones.

esclavitud, integrando ésta y sus prácticas análogas como formas de manifestarse, y aborda el delito desde la perspectiva de los derechos humanos, más allá de la visión penal y criminológica, del derecho migratorio o del laboral. Esto supone que la trata sea reconocida como una vulneración de los mismos, que los estándares logrados a nivel internacional se apliquen a los deberes estatales contra la trata de personas y que las víctimas puedan utilizar los mecanismos jurisdiccionales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) para su protección y reparación.

No obstante, el debate sobre la consideración de algunas conductas como esclavitud o trata, continúa. En esto, es importante señalar la relevancia de los Tribunales de Derechos Humanos internacionales y regionales, y los procedimientos especiales<sup>11</sup>, numerosos, personalmente demasiados<sup>12</sup>, que para los distintos ámbitos y sectores de población vulnerables, han ido estableciéndose al efecto desde la aprobación de la DUDH, al objeto de favorecer las denuncias y quejas de las víctimas o sus representantes. Pese a ello no obstante, como coinciden en señalar todos los informes sobre el tema ya mencionados, no se ha producido un aumento cierto

en el número de denuncias, la jurisprudencia sigue siendo escasa y apenas se encuentran fallos condenatorios, lo que constituye una grave preocupación a nivel mundial. A esto se añade la creciente participación de la delincuencia organizada, que utiliza métodos cada vez más sofisticados, aprovechando las múltiples situaciones de vulnerabilidad en que se encuentran hoy millones de personas en todo el mundo<sup>13</sup>, además de prevalerse de los vacíos legales y por tanto, ausencia de control jurídico efectivo, que provoca el desarrollo vertiginoso de las nuevas tecnologías.

A pesar de lo anterior, si bien no contamos con una jurisprudencia exhaustiva, encontramos en la misma algunas resoluciones relevantes, que se constituyen en un importante punto de partida. Este artículo se refiere al fallo más notable hasta la fecha, pronunciado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Rantsev*.

### 3. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LA TRATA DE PERSONAS

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) es el órgano principal que más casos ha enjuiciado en hechos relacionados con





la violación del artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)<sup>14</sup>. El texto de la Convención, adoptada por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950, como ocurre con la DUDH, no recoge de manera expresa la prohibición respecto de la trata de personas, por lo que podría cuestionarse si los casos en que ésta se produzcan estarían amparados por el TEDH, lo que ocurría hasta el 2010, cuando se emitió la primera condena por trata de personas, en el caso *Rantsev v. Chipre y Rusia* (App. 25965/04), de 7 de enero de 2010<sup>15</sup>.

Éste es el único fallo donde la cuestión principal se centra en la trata y la competencia del Tribunal sobre la misma, aunque hay otros casos donde el tema ha sido circunstancial<sup>16</sup>. Anteriormente, aunque en relación al trabajo forzado y la servidumbre, también destacó la importante resolución del asunto *Siliadin v. Francia* (App. 73316/01), de 26 de julio de 2005<sup>17</sup>, en la que el Tribunal examinó el artículo 4 de la Convención Europea de Derechos Humanos, analizando los conceptos de esclavitud, servidumbre y trabajo forzado, resultando el primer pronunciamiento en reconocer una violación a dicho artículo, aunque también se ha pronunciado en otras ocasiones<sup>18</sup>.

En este momento, lo más importante es señalar que el TEDH entiende en *Rantsev* que la trata de personas, en este caso mujeres, está incluida en el artículo 4 y por tanto, a partir del mismo momento de su publicación, se abren las puertas a otras denuncias, además de advertir del cumplimiento de sus obligaciones a los Estados, entre otras cuestiones importantes que vamos a desglosar, como que “las políticas migratorias estatales pueden necesitar ser revisadas para proteger adecuadamente y cumplir con las obligaciones del CEDH”<sup>19</sup>, como advierte la profesora Ruth Mestre.

#### 4. TRATA DE MUJERES. SENTENCIA RANTSEV V. CHIPRE Y RUSIA (Nº25965/04) DE 7 DE ENERO DE 2010

La Sentencia representa un avance muy notable en el proceso que conduce a la consideración, en Europa, de la trata de personas desde la perspectiva de los derechos humanos. Interés que aumenta si tenemos en cuenta, como se nos indica en el fallo, que es escasa la jurisprudencia sobre la interpretación y aplicación del artículo 4 del CEDH en el contexto de casos de trata, de tal manera que para el Tribunal resultará especialmente relevante pronunciarse sobre si el artículo 4 impone medidas positivas para proteger a las víctimas.

Siguiendo al profesor *Díaz Barrado*<sup>20</sup>, al hilo de la lectura del texto cabría resaltar, por una parte, el aumento que viene experimentando el fenómeno de la trata de personas, la gravedad del mismo, así como la necesidad de adoptar medidas para combatirlo, entre las que se incluirían, con toda seguridad, las de carácter normativo. Por otra parte, en calidad de *amicus curiae*, la organización Interights destacó, a lo largo del proceso, cómo se tenía, en la sociedad internacional, mucha más conciencia de la gravedad de la trata de seres humanos y, asimismo, cómo se había procedido a la adopción de diversos instrumentos internacionales y regionales cuyo objetivo era prevenirla y erradicarla. Además, se indicó que, en ocasiones, las políticas y medidas en el plano nacional para acabar con la trata de personas resultaban insuficientes e ineficaces, por lo que se abogaba por un *enfoque multidisciplinario* de este fenómeno, teniendo muy en cuenta la *cooperación entre los Estados, y un marco legal integrado de los derechos humanos*.

El Tribunal afirma que, sin ningún género de dudas, *la trata de seres humanos es contraria al espíritu y la finalidad del artículo 4 del*

<sup>14</sup> Consejo de Europa (1950). Convención Europea de Derechos Humanos. “Artículo 4. Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado. 1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre. 2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio. 3. No se considera como trabajo forzado u obligatorio, en el sentido del presente artículo: a) Todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del presente Convenio, o durante su libertad condicional; b) Todo servicio de carácter militar, o en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio; c) Todo servicio exigido cuando alguna emergencia o calamidad amenacen la vida o el bienestar de la comunidad; d) Todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales”. Disponible en: [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf) [Última visita: 07-05-2016].

<sup>15</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2010). *Rantsev v. Chipre y Rusia*. App. 25965/04, de 7 de enero. Disponible en: [https://www.coe.int/t/dgbl/cooperation/economiccrime/corruption/Projects/CAR\\_Serbia/ECtHR%20Judgements/English/RANTSEV%20v%20CYPRUS%20%20RUSSIA%20-%20%20ECtHR%20Judgment%20-English\\_.pdf](https://www.coe.int/t/dgbl/cooperation/economiccrime/corruption/Projects/CAR_Serbia/ECtHR%20Judgements/English/RANTSEV%20v%20CYPRUS%20%20RUSSIA%20-%20%20ECtHR%20Judgment%20-English_.pdf) [Última visita: 30-04-16].

<sup>16</sup> Como tema secundario llegaron ante el Tribunal por dilación indebida del proceso TEDH Lelièvre c. Bélgica, Aplicación nº 11287/03, sentencia de 8 de noviembre de 1997; juez imparcial, Elezi contra Alemania, Aplicación nº 26771/03 sentencia de 12 de junio de 2008; confiscación de bienes por uso ilícito, Tas contra Bélgica, Aplicación nº 44614/06, sentencia de 12 de mayo de 2009.

<sup>17</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2005). *Siliadin v. Francia*. App. 73316/01, de 26 de julio. Disponible en: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["002-3763"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) [V. 30-04-16].

<sup>18</sup> En este sentido, el Tribunal también ha realizado interesantes argumentaciones sobre el tema para los casos *C.N. y V. v. Francia* (nº 67724/09), de 11 de octubre de 2012, y *C.N. v. Reino Unido* (nº 4239/08), de 13 de noviembre de 2012. *L.R. v. Reino Unido* (nº 49113/09), de 14 de junio de 2011, *M. and Others v. Italy and Bulgaria* (nº 40020/03) *D.H. v. Finlandia* (nº 30815/09), de 28 de junio de 2011 o *M. y otros. v. Italia y Bulgaria* (nº 40020/03), de 31 de julio de 2012.

<sup>19</sup> Mestre i Mestre, Ruth. (2011) La protección cuando se trata de trata en el Estado español. *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*. Pág.30.

<sup>20</sup> Díaz Barrado, Castor. (2013) “La lucha contra la Trata de Seres Humanos en la Unión Europea: Los componentes para una política propia”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Núm. 45, Madrid, pp 461-498.



definir los tipos señalados provoca una dispersión importante, que se solucionarí con adaptar el concepto de trata a la realidad de los tiempos, sin dejar lugar a dudas sobre lo mismo.

#### 4.1

#### Síntesis de los hechos<sup>25</sup>

El demandante presentó una querrela ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos contra la República de Chipre y la Federación de Rusia el 26 de mayo de 2004, por violación del artículo 4 (prohibición de la esclavitud y el trabajo forzado), entre otros<sup>26</sup>, de la CEDH, fundamentando su demanda en la muerte de su hija, que estimaba provocada por la falta de protección adecuada de la policía chipriota mientras vivía, además del fracaso de las autoridades en tomar medidas para castigar a los responsables de su maltrato y muerte posterior, y la incompetencia de las autoridades rusas en investigar la presunta trata y decidir acciones para protegerla de tal riesgo.

Oxana Rantseva llegó a Chipre el 5 de marzo de 2001 con una visa y permiso de trabajo de artista, obtenido en Rusia por el dueño de un cabaret en *Limassol*<sup>27</sup>. Comenzó a trabajar en el mismo el 16 de marzo de 2001, abandonándolo el 19 de marzo. Este hecho provocó que su empleador la condujera a la policía el 28 de marzo, para su deportación. La chica no se encontraba en el registro de personas buscadas, por lo que los oficiales debieron haber procedido a su liberación. Sin embargo, avisaron a su contratante para que la recogiera.

El dueño del cabaret la recogió efectivamente, junto con su pasaporte y otros documentos, llevándola después al apartamento de un empleado. Oxana no podía salir del mismo sin pasar por la sala en que se encontraba el hombre.

Sobre las 06,30 hs. del 28 de marzo de 2001, fue encontrada muerta en la calle, justo debajo del apartamento, con el bolso en su hombro. La policía encontró una colcha retorcida sobre la baranda del balcón, lo que indicaba un intento de huida.

<sup>21</sup> Ibid. Pág. 479. La Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos (CEDH), también conocida como Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDHLLF), siendo esta última opción la utilizada por el profesor Díaz Barrado.

<sup>22</sup> Consejo de Europa (2005). *Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, de 16 de mayo. Varsovia*. “Artículo 4 (a): La expresión “trata de seres humanos” designa la contratación, el transporte, el traslado, el alojamiento o la acogida de personas mediante amenazas de recurrir a la fuerza, recurso a la fuerza o cualquier otra forma de obligación, mediante rapto, fraude, engaño, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad o mediante la oferta o la aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación. La explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena o bien otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”. Disponible en: <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168008371d> [Última visita: 30-04-2016].

<sup>23</sup> “[...] A la vista de su obligación de interpretar el Convenio a la luz de las condiciones de hoy en día, el Tribunal considera innecesario identificar si el trato por el que reclama el demandante constituye esclavitud, servidumbre o trabajo forzado. En su lugar, el Tribunal concluye que la trata en sí misma se integra en el ámbito del artículo 4 del Convenio [...]” [282].

<sup>24</sup> Piotrowicz, Ryszard. (2009). The Legal Nature of Trafficking in Human Beings. *Intercultural Human Rights Law Review*, vol. 5, p.178.

<sup>25</sup> Op.cit. Sentencia *Rantsev*. [12 a 78].

<sup>26</sup> Además de por violación de los derechos contenidos en los artículos 2 (derecho a la vida), 3 (prohibición de la tortura o tratos inhumanos o degradantes), 5 (derecho a la libertad y la seguridad) y 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar).

<sup>27</sup> Ciudad de Chipre.

*CEDHLLF*<sup>21</sup> y que, por lo tanto, los comportamientos que supongan trata de personas entrarían dentro del ámbito de aplicación de las garantías ofrecidas por dicho artículo, sin necesidad de examinar cuál de los tres tipos de comportamientos prohibidos estarían presentes en cada caso particular. *Díaz Barrado* concluye que enfocar jurídicamente el fenómeno de la trata de seres humanos presenta cierta complejidad, aunque los esfuerzos que se han realizado en esta dirección, son muy relevantes y han dado sus frutos, especialmente en la progresiva autonomía conceptual y normativa de la trata de seres humanos (refiriéndose a la Unión Europea).

El Tribunal no considera necesario determinar si el tratamiento sobre el que el demandante interpone la queja constituye esclavitud, servidumbre o trabajo forzado, sin perjuicio de determinar que el supuesto planteado, en el sentido del artículo 3 (a) del Protocolo de Palermo y en el artículo 4 (a) del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos<sup>22</sup>, está comprendida en el ámbito del artículo 4 de la CEDH<sup>23</sup>.

En este sentido, los actos desglosados por el tribunal pueden ser claramente equiparados al patrón de comportamiento y los actos involucrados en el reclutamiento, control y explotación de personas que se presentan en el caso de la trata<sup>24</sup>.

No obstante, y aunque se ha logrado la judicialización del primer caso de trata de personas ante un Tribunal de Derechos Humanos, personalmente considero que el sólo hecho de prestar atención a la necesidad o no de



El cuerpo de la chica fue trasladado a Rusia el 8 de abril de 2001. El 5 de agosto del mismo, el demandante visitó la estación de policía de Lissol con un abogado, solicitando ser parte en el proceso, y su derecho a la asistencia gratuita.

El veredicto de la Corte chipriota declaró que el fallecimiento se había producido como consecuencia del intento de huida del apartamento, sin evidencias de responsabilidad criminal o tercera persona involucrada.

El padre presentó una demanda ante el TEDH, contra la República de Chipre y la Federación de Rusia el 26 de mayo de 2004. El 28 de octubre de 2005, solicitó a las autoridades rusas que obtuvieran testimonio de dos mujeres, en esos momentos residentes en Rusia, que habían trabajado con su hija en el mismo cabaret, y que podrían testificar sobre la explotación sexual a que eran sometidas, lo que nunca se llevó a cabo.

#### 4.2

### Referencia a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos

La Sentencia revisa en su argumentación la legislación aplicable al caso en Chipre y Rusia, detectándose carencias en cuanto a la legislación específica del delito de trata, pasando posteriormente a examinar la legislación internacional vinculante, que consideramos muy descriptivo.

En cuanto a la esclavitud<sup>28</sup>, se remite a la *Convención sobre la Esclavitud*<sup>29</sup>,<sup>30</sup>, destacando su artículo 6 en cuanto se refiere a la necesidad de que los Estados promulguen la legislación adecuada y adopten medidas necesarias para su cumplimiento; y a la *Jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia*, en concreto a la Sentencia del caso *Kunarac, Kovac y Vukovic*, concluyendo que no es posible enumerar de manera exhaustiva todas las formas contemporáneas de esclavitud<sup>31</sup>.

También se refiere al *Estatuto de Roma* de la Corte Penal Internacional<sup>32</sup>, en concreto a su artículo

7. 1 (c), interpretando que la esclavitud supone, como el caso anterior, el ejercicio de cualquiera o todos los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, incluyendo el ejercicio de estos atributos en los casos de trata de personas, especialmente mujeres y niños<sup>33</sup>.

En cuanto a la trata<sup>34</sup>, repasa todos los acuerdos adoptados sobre esta práctica desde el primer Convenio para la represión de la trata de blancas de 1904 hasta la Convención de 1949 para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena.

Se detiene especialmente en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)<sup>35</sup>, cuyo artículo 6 establece que *los Estados adoptarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de mujeres*.

Mención especial merece el *Protocolo de Palermo*, destacando parte de su preámbulo en cuanto a la necesidad de prevenir y combatir el delito en los países implicados, además de resaltar el contenido de los artículos 5, 6 y 9, en cuanto a las obligaciones de los Estados en relación a la adopción de las medidas necesarias, legislativas o de otra índole, tipificando las conductas, además de la establecer programas de prevención, asistencia y protección a las víctimas, y campañas de información e iniciativas sociales.

Se remite también al contenido de la *Acción de la Unión Europea para combatir la trata*, adoptada por el consejo de la Unión Europea por Decisión Marco de 2002<sup>36</sup>, previendo medidas destinadas a favorecer la aproximación de la legislación penal de los Estados miembros en cuanto a la definición de los delitos, las sanciones, la jurisdicción y el enjuiciamiento, protección y asistencia a las víctimas.

Especialmente, se detiene en la *Convención para la lucha contra la Trata de Personas* de 16 de mayo de

2005<sup>37</sup>, en el que se expone cómo la trata supone un grave problema para la Europa actual, que amenaza los derechos humanos y los valores fundamentales de las sociedades democráticas, en la que las víctimas son una mercancía que se compra y se vende, por lo general en la industria del sexo, pero también para trabajos forzados. La mayoría de las víctimas son mujeres, pero también hombres, en ocasiones jóvenes, y a veces niños. El Tribunal repasa detenidamente el contenido de sus artículos<sup>38</sup>.

Por último, en cuanto a la necesidad de asistencia judicial<sup>39</sup> recíproca entre los países, alude al Convenio Eu-

<sup>28</sup> Op.cit. Sentencia *Rantsev*. IV. Relevant International Treaties and Other Materials. A. Slavery. [136 a 140].

<sup>29</sup> Sociedad de las Naciones (1926). Convención sobre la Esclavitud. Ginebra, de 25 de septiembre. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/SlaveryConvention.aspx> [Última visita 01-05-2016].

<sup>30</sup> Artículos 1, 2, 5 y 6.

<sup>31</sup> Op. cit. Sentencia *Rantsev*. 142.

<sup>32</sup> Estatuto de la Corte Penal Internacional o Estatuto de Roma. 17 de julio de 1998. Disponible en: [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome\\_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf) [Última visita: 01-05-2016].

<sup>33</sup> Op.cit. Sentencia *Rantsev*. [143-144].

<sup>34</sup> Ibid. B. Trafficking. [145 a 154].

<sup>35</sup> Naciones Unidas. Asamblea General (1979). *Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres* (CEDAW). Disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm> [Última visita, 10-04-2016].

<sup>36</sup> Unión europea (2002). Decisión Marco del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (2002/629/JAI). Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002F0629&from=ES> [Última visita: 10-04-2016].

<sup>37</sup> Consejo de Europa (2005). *Convenio sobre la lucha contra la Trata de Seres Humanos*. Varsovia, 16 de mayo. Disponible en: [http://www.accem.es/ficheros/documentos/pdf\\_trata/Convenio\\_Consejo\\_de\\_Europa.pdf](http://www.accem.es/ficheros/documentos/pdf_trata/Convenio_Consejo_de_Europa.pdf) [Última visita: 10-04-2016].

<sup>38</sup> Op. cit. Sentencia *Rantsev*. [162 a 173].

<sup>39</sup> Ibid. C. Mutual legal Assistance.



ropeo de Asistencia Judicial en Materia Penal<sup>40</sup>, señalando los contenidos de los artículos 1, 3 y 26.

En cuanto al alcance del artículo 4 de la CEDH, en primer lugar, el artículo se refiere a la protección contra la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado, sin mencionar expresamente la trata. Remitiéndose a su jurisprudencia anterior, el Tribunal reiteró que las disposiciones de la Convención y los conceptos que contienen no pueden interpretarse dejando un vacío, sino que las reglas de interpretación del derecho internacional disponen que el texto deba ser leído como un todo, incluyendo la coherencia en la interpretación y la armonía entre sus artículos. De esta manera, si bien en manifestaciones anteriores se habían definido los conceptos establecidos en el citado artículo, la ausencia del término *trata de personas* en el texto, pone de relieve que la Convención debe interpretarse a la luz de las actuales condiciones de vida, dando a entender que era el momento oportuno para hacer frente a su adecuada interpretación, incluyendo la trata en el ámbito del artículo. Por otra parte, la Corte admitió que los estándares de protección de los derechos humanos requerían mayor firmeza a la hora de evaluar la quiebra de los valores fundamentales de la sociedad democrática.

Podría decirse que la parte más importante del razonamiento del Tribunal es su referencia al caso *Silidadin v. Francia*, en que reconoció a la víctima haber sido objeto de servidumbre. Se pregunta si el caso enjuiciado puede encuadrarse en el marco de las prohibiciones del artículo 4, llegando

a la conclusión de que la víctima había trascendido el ámbito de la servidumbre, llegando a la trata de personas. Recuerda que las garantías del artículo son de carácter inderogable además de suma importancia, considerando que no sólo deberían ser objeto de protección del mismo las víctimas sino también las *posibles víctimas*, haciendo referencia a la necesidad de medidas específicas para regular el funcionamiento de las empresas que cubren la trata y las normas de inmigración que favorecen o toleran estas situaciones.

El Tribunal mantiene además una postura favorable hacia un enfoque integral del delito, que abarque tres aspectos: la prevención, la protección de las víctimas y el enjuiciamiento y castigo efectivo de los tratantes. En el marco del artículo 4, la Corte declaró que los Estados tienen la obligación de tomar medidas operativas de protección a las víctimas o posibles víctimas, entendiendo que las autoridades deberían conocer cuándo una persona identificada estaba siendo víctima o corría un riesgo real de serlo.

Lo anterior supone que los Gobiernos deben investigar las situaciones potenciales de trata, no esperando a una queja particular por la víctima o sus familiares más cercanos, añadiendo además la necesidad de investigaciones independientes, al mismo tiempo que la protección de las víctimas ha de ser inmediata. Teniendo en cuenta que la trata de seres humanos es un crimen transfronterizo, esto supone que los países de origen, tránsito y destino deben de cooperar efectivamente.

#### 4.3

#### Informes presentados

##### A. Informe del Defensor del Pueblo de Chipre<sup>41</sup>

De oficio, el Defensor del Pueblo de Chipre presentó su interesante informe de 24 de noviembre de 2003 sobre el régimen en materia de entrada y empleo de mujeres extranjeras como *artistas* a los lugares de entretenimiento de Chipre. En el mismo, el Defensor no se explica el porqué de que Rantseva fuera entregada por la policía a su empleador, en vez de establecer su libertad, ya que no había orden de detención ni decreto de expulsión en su contra, sugiriendo alguna clase de corrupción en los oficiales encargados.

Por otra parte, explica que la palabra *artista* en Chipre se había convertido en sinónimo de *prostituta*, exponiendo que desde mediados de la década de los 70, miles de mujeres jóvenes habían entrado de manera legal en el país para trabajar como *artistas*, pero en realidad lo hacían como *prostitutas* en tabernas. No se habían instaurado medidas debido a las objeciones de los administradores de cabaret y agentes artísticos. Desde 1990 se habían observado ciertos avances respecto a la aplicación de medidas y su adopción, pero no hubo mejora en cuanto a la explotación sexual, el tráfico y la movilidad de las mujeres, que se encontraban sometidas a un régimen de *esclavitud moderna* (los términos trata y esclavitud se utilizan aleatoriamente en varias ocasiones, para referirse al mismo hecho).

<sup>40</sup> Consejo de Europa (1959). *Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal*, de 20 de abril. Disponible en español: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1982-23564> [Última visita: 10-04-2016].

<sup>41</sup> Op. cit. Sentencia *Rantsev*. II. *Reports on the situation of "artistas" in Cyprus*. A. *Ex Officio report of the Cypriot Ombudsman on the regime regarding entry and employment of alien women as artistas in entertainment places in Cyprus*, 24 November 2003. [79-89].





La mayoría de las mujeres que ingresaban en el país provenían de familias pobres de los países post socialistas. Desde su entrada estaban bajo constante vigilancia y custodia, incluso después de terminar su trabajo no se les permitía ir donde quisieran. Sus pasaportes y otros documentos personales eran retenidos por los empleadores o *agentes artísticos*, y se encontraban en constante vigilancia, durmiendo en condiciones de saneamiento insuficientes.

La captación de estas mujeres era generalmente realizada por los agentes locales en cooperación con sus homólogos en diferentes países. Después de haber trabajado en Chipre seis meses, algunas eran enviadas al Líbano, Siria, Grecia o Alemania.

La policía explicaba que el escaso número de denuncias presentadas se debía al temor de las chicas, ya que recibían amenazas contra sus vidas o las de sus familias. Las medidas de protección para las víctimas que presentaban denuncias eran insuficientes.

El informe concluye que *el fenómeno de la trata de personas en todo el mundo ha crecido tremendamente. No sólo se refiere a la explotación sexual, sino también a la explotación de su trabajo en condiciones de esclavitud y servidumbre. Las autoridades de inmigración son plenamente conscientes de lo que realmente sucede.*

### B. Informes del Comisionado para los Derechos Humanos del Consejo de Europa<sup>42</sup>

El Comisionado para los Derechos Humanos del Consejo de Europa en su visita a Chipre en junio de 2003, afirma que la trata constituía una de las cuestiones más urgentes y complejas de derechos humanos que enfrentaban los Estados miembros del Consejo de Europa, proponiendo cambiar el sistema del régimen de visas, por uno en el que fueran las mujeres las que tuvieran que solicitar el visado, informando a las mismas sobre la realidad de su trabajo antes de entrar en el país.

Instaba a las autoridades chipriotas a continuar con la formación de los funcionarios policiales en la identificación de las víctimas, alentando a que se incluyeran mujeres policías en el área, además de proponer la asociación con organizaciones no gubernamentales y otros actores de la sociedad civil.

En un informe posterior, de 12 de diciembre de 2008, el mismo Comisionado relataba cómo a pesar de las recomendaciones efectuadas en 2003, Chipre seguía siendo un país de destino para un gran número de mujeres víctimas de la trata, provenientes de Filipinas, Rusia, Moldavia, Hungría, Ucrania, Grecia, Vietnam, Uzbekistán y la República Dominicana, con el propósito de explotación sexual comercial.

A las mujeres se les negaban en parte o en la totalidad de sus salarios, eran obligadas a entregar sus pasaportes y prestar servicios sexuales a los clientes, se sentían incapaces de moverse libremente, y se encontraban obligadas a trabajar por encima de las horas normales, viviendo en condiciones terribles, aisladas y bajo estricta vigilancia.

Concluye que la trata de mujeres para fines de explotación sexual es una de las cuestiones más acuciantes y complejas que enfrentan varios de los Estados miembros del Consejo de Europa, incluido Chipre. La existencia del visado de artista en el país llevaba a una situación que hacía muy difícil a las autoridades policiales probar la coacción y combatir la trata eficazmente. Lamentaba que la visa de trabajo de artista siguiera vigente, reiterando la importancia de una fuerza policial bien entrenada y motivada en la lucha contra el delito e instaba a las autoridades a que garantizaran una identificación de las víctimas adecuada y oportuna.

### C. Informes de Organizaciones no Gubernamentales

#### A Interights

La organización destacó los numerosos instrumentos internacionales y regionales emitidos al objeto de

abolir la trata de personas, considerando que las políticas y medidas nacionales resultaban a menudo insuficientes e ineficaces.

En primer lugar, se requería el reconocimiento de un enfoque multidisciplinar, la cooperación de los Estados y un marco legal adoptado desde la perspectiva de los derechos humanos. En cuanto al delito en sí mismo, hacía hincapié en que un elemento distintivo de la trata era la irrelevancia del consentimiento de la víctima a la explotación, por lo que una persona que supiera que iba a trabajar en la industria del sexo no tenía por qué ser consciente de que iba a ser víctima de trata, además de insistir en la importancia de diferenciar la trata del tráfico ilícito de migrantes.

También destacó las conclusiones del TPIY en el caso *Kunarac*, alegando que la consecuencia de dicha Sentencia había sido que la definición de esclavitud no suponía un derecho de propiedad, sino que bastaba que estuvieran presentes los atributos vinculados a la misma, permitiendo al autor un control total sobre la víctima.

Recalcaba las obligaciones de los Estados de promulgar una legislación adecuada, según lo dispuesto en la Convención de Varsovia, necesaria para la tipificación del delito y el establecimiento de responsabilidades para personas físicas, pero también para las empresas que *servían de tapadera*, estableciendo sanciones adecuadas.

Por otra parte, la Convención también incluía obligaciones positivas para *desalentar la demanda*, garantizar respuestas adecuadas a la apli-

<sup>42</sup> Ibid. B. *Extracts of report of 12 February 2004 by the Council of Europe Commissioner for Human Rights on his visit to Cyprus in June 2003* (CommDH(2004)2), 90 a 93; *Extracts of follow-up report of 26 March 2006 by the Council of Europe Commissioner for Human Rights on the progress made in implementing his recommendations* (CommDH(2006)12), 94 a 99; *Extracts of report of 12 December 2008 by the Council of Europe Commissioner for Human Rights on his visit to Cyprus on 7-10 July 2003* (CommDH(2008)36). [100 a 103].



cación de la ley para identificar y erradicar cualquier participación de funcionarios en el delito (corrupción), garantizando la identificación de las víctimas, favoreciendo la investigación sobre las mejores prácticas, métodos y estrategias, la sensibilidad de los medios de comunicación y la sociedad civil, estimando la participación de las autoridades políticas, educativas, del turismo y otras. Por último, sostuvo que existía una obligación implícita positiva de los Estados para llevar a cabo una investigación efectiva y diligente de las denuncias de trata.

### **B** Air Centre

Destacan sus afirmaciones alertando sobre el número cada vez mayor de víctimas, especialmente mujeres y niños, de trata; la dificultad de éstas para identificarse ante las autoridades, a causa de las graves presiones a que son sometidas. Por otra parte, advirtió de su preocupación por que los derechos de las víctimas se encontraban subordinados a otros objetivos en la lucha contra la trata, indicando que los instrumentos internacionales y regionales a menudo carecían de derechos prácticos y efectivos de protección de las mismas.

En cuanto a los requisitos relativos a la investigación y persecución de los delitos, realizó una crítica a las

disposiciones del Protocolo de Palermo sobre la protección de las víctimas, considerándolas *exhortativas o a las que se aspira*, alentando a los Estados a *considerar* o tratar de introducir ciertas medidas, sin establecer las obligaciones taxativas que hubieran sido deseables.

Observó que existía un vacío en la jurisprudencia, que pudiera aclarar el alcance las obligaciones positivas efectivas de los Estados plasmadas en los instrumentos internacionales, de manera que se incluyesen la obligación de proteger los casos individuales cuando se sabía o debería haberse sabido que la persona corría el riesgo de convertirse en víctima.

Por último, las víctimas deberían ser objeto de una protección efectiva, de manera que no pudieran ser devueltas a personas o lugares donde pudieran ser objeto de explotación.

## **5. ESPECIAL MENCIÓN A LA DECLARACIÓN UNILATERAL DEL GOBIERNO CHIPRIOTA, PRESENTADA EL 10 DE ABRIL DE 2009<sup>43</sup>**

Reconociendo parte de sus responsabilidades, Chipre propuso pagar al demandante una cantidad global para cubrir los daños pecuniarios y no pecuniarios y los costos y gastos, considerando que la cantidad constituía una reparación adecuada y suficiente compensación por las violaciones impugnadas, o cualquier otro importe que en concepto de indemnización sea sugerido por la Corte.

El Tribunal consideró que, conforme al artículo 37 de la Convención<sup>44</sup>, en cualquier estado del procedimiento, podía decidir la resolución del caso. Sin embargo, concluyó que si bien podía ser apropiado en ciertas circunstancias resolver el archivo de una demanda o parte de la misma, sobre la base de una declaración unilateral por parte del Gobierno demandado, incluso cuando el demandante deseara continuar el examen del caso, *lo perti-*

*nente era estimar si la declaración ofrecía una base suficiente para considerar que el respeto a los derechos humanos definidos en la Convención no exigía al Tribunal continuar con el examen.*

En su argumentación, la Corte enfatizó en que sus Sentencias no sólo servían para decidir los casos, sino también para dilucidar, salvaguardar y desarrollar las normas de la Convención, contribuyendo con ello a la observancia por parte de los Estados de los compromisos contraídos como Partes. Además de proporcionar ayuda individual, el Tribunal también decidía *cuestiones de orden público e interés común*<sup>45</sup>, lo que suponía elevar el grado de protección de los derechos humanos.

Por lo anterior, concluye que la gravedad de las acusaciones de trata expuestas en el caso, que planteaban cuestiones en relación con los artículos 2, 3, 4 y 5 de la CEDH, y en concreto en cuanto al problema de la trata. Teniendo en cuenta la adopción de medidas a escala internacional para combatirla, y en concreto para el caso, y los informes relacionados, se hacía latente que presentaban un problema grave para el país, en el que había sido reconocido que la trata y la explotación sexual de los artistas de cabaret era una realidad. Por otra parte, el Tribunal destaca la escasez de jurisprudencia sobre la interpretación y aplicación del artículo 4 en cuanto a casos de trata.

Si bien el gobierno chipriota había admitido una violación de la Convención producida en el período previo y posterior a la muerte de Rantseva, tomando medidas adicionales para investigar las circunstancias de su muerte y proponiendo un importe en concepto de indemnizaciones, el Tribunal consideró esto insuficiente, y decidió que el respeto a los derechos humanos tal como se definían en la Convención requería la continuación del examen del caso, rechazando el ofrecimiento de Chipre<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> Ibid. V. *The Cypriot Government's Unilateral Declaration*. [185-186].

<sup>44</sup> Op. cit. CEDH. "Art. 37: Cancelación. 1. En cualquier momento del procedimiento, el Tribunal podrá decidir cancelar una demanda del registro de entrada cuando las circunstancias permitan comprobar: a) Que el demandante ya no está dispuesto a mantenerla, o b) Que el litigio ya ha sido resuelto, o c) Que, por cualquier otro motivo verificado por el Tribunal, ya no está justificada la prosecución del examen de la demanda. No obstante, el Tribunal proseguirá el examen de la demanda si así lo exige el respeto de los derechos humanos garantizados por el Convenio y sus protocolos".

<sup>45</sup> De la argumentación se infiere la consideración del delito de la trata, por parte del Tribunal, como cuestión de orden público e interés común, que representa un problema grave para los países.

<sup>46</sup> Ibid. [201].



## 6. CONCLUSIONES

La argumentación desarrollada en el caso es de gran relevancia, pues por primera vez un Tribunal resuelve condenar por trata de personas, pero además, el texto refleja la gravedad del fenómeno en la actualidad, la importancia de las obligaciones de los Estados, la implicación de funcionarios y la existencia de *empresas tapadera*, sugiriendo la existencia de corrupción en los países y la importancia de combatirla, la oportunidad de contar con informes de órganos independientes, debatiéndose al mismo tiempo la idoneidad de las soluciones amistosas en supuestos de violaciones graves de derechos humanos.

### 6.1

#### La necesidad de una revisión de los conceptos

Los conceptos designan, otorgan identidad y posibilitan la identificación para señalar que una cosa es diferente a otra; no sólo diferencian, también delimitan. Para calificar un acto como acción típica ha de acreditarse la existencia de la antijuridicidad formal, que expresa la contrariedad de la actuación en relación a la norma jurídica. El Tribunal parece admitir una antijuridicidad material, por tratarse de una conducta antisocial que vulnera el orden público, pero en realidad una antijuridicidad material sin la antijuridicidad formal no tiene ninguna relevancia para el derecho.

El artículo 4 de la CEDH no incluye la trata de personas entre sus prohibiciones. La novedad de la Sentencia en el caso *Rantsev* radica precisamente en su consideración como tal a pesar de la ausencia del término, ya que las normas de derechos humanos coinciden en la inclusión de ciertas formas de trata como servidumbre o esclavitud. En un momento sin embargo, el Tribunal plantea una indiferencia en cuanto a cómo calificar el caso, centrándose en la gravedad de los hechos en sí mismos.

Con esta indiferencia sin embargo, no se puede estar de acuerdo. No sólo es importante sino necesario, que toda norma jurídica sea lo más precisa posible. Si bien el fallo en el caso *Rantsev* supuso un gran paso adelante en la consideración de la trata, lo siguiente ha de ser definir categóricamente la misma, integrando sus diferentes manifestaciones.

Personalmente, como se expone en la introducción, la trata supone un proceso para la víctima, que no siempre ha de finalizar en una explotación continuada; la esclavitud supone una situación en la que la víctima ya ha pasado a ser un objeto, sufriendo las consecuencias de ser sometida a los atributos de propiedad que proveen este estatus. Existen casos en que la trata termina en esclavitud, pero no siempre, por lo que ésta última constituye una de las formas en que puede manifestarse la primera.

Resolver esta cuestión a favor de un concepto único de trata que integre el resto, no sólo facilitaría el trabajo a los tribunales, ya que también evitaría además la gran dispersión que produce el sostenimiento paralelo de ambas conductas diferenciadas, en cuanto a disposiciones normativas, distintos órganos y procedimientos y debates jurídicos; en definitiva, un desgaste importante en recursos humanos y económicos, destinados a desarrollar diferentes prácticas que devienen en una única.

Fundamentalmente, se etiqueta la trata como una forma de esclavitud moderna, lo que es una poderosa herramienta para atraer el apoyo a este objetivo, pero también es una tendencia relativa. En esto, los elementos clave que distinguen a los dos conceptos a menudo se pierden, incluso los esfuerzos para aumentar la conciencia pública, para implementar programas de prevención, y de protección y asistencia a las víctimas.

El tribunal evitó discutir sobre los conceptos, etiquetando la trata como algo incompatible con una sociedad democrática y los valores expuestos en el CEDH. Este juicio superficial es poco menos que sorprendente. Ni Rusia ni Chipre tenían disposiciones nacionales contra la trata en el momento en que *Rantseva* se dedicó a trabajar en Chipre. El Protocolo de Palermo no era directamente aplicable. Desde el momento en que el TEDH establece que los casos de trata van contra el espíritu de la Convención, sería razonable deducir que no impedir la trata supone una violación del propio Convenio.

Como exponen los expertos *Ramona Vijayarasa y José Miguel Bello*, el TEDH hizo poco para distinguir entre la trata y la esclavitud<sup>47</sup>, lo que quedaría en manos de las instancias legislativas con competencia en la materia.

Continuar utilizando distintos conceptos cuando queda claro que la trata de personas por sí misma incluye las diferentes manifestaciones que hasta ahora aparecen como autónomas, contribuye a mantener viva una dispersión que se constituye en rémora importante para el avance real en la lucha contra la trata.

### 6.2

#### Dilación en el tiempo y costo de los procedimientos

La Sección Primera de la Corte Europea dio a conocer su fallo en el caso *Rantsev* el 7 de enero de 2010, seis años después de la presentación de la petición original. Esto, sin olvidar que el caso comenzó con la muerte de la chica, el 28 de marzo del 2001, y en concreto, con la personación del padre como demandante para el esclareci-

<sup>47</sup> Vijayarasa, Ramona, Bello y Villarino, José Miguel. (2013) *“Modern-Day Slavery? A Judicial Catchall for Trafficking, Slavery and Labour Exploitation: A Critique of Tang and Rantsev”*. *J. Int'l L. & Int'l Rel.*



miento de los hechos, en Chipre, el 10 de octubre del 2001. Este recorrido por los distintos Tribunales supone un gran desgaste físico para el litigante, además de los consecuentes gastos económicos, que condujeron al mismo incluso a vender su propia casa en Rusia<sup>48</sup>.

Sin duda, la consideración de la trata como delito autónomo bien definido, que no dejara lugar a duda sobre sus manifestaciones y las obligaciones estatales respecto a la pre-

vención, protección adecuada y asistencia a las víctimas, hubiera facilitado la implicación de los Estados y los procedimientos en los países, evitando casi con toda seguridad la necesidad del recurso al Tribunal Europeo. En cualquier caso, el Tribunal de derechos humanos también hubiera tenido mucho más fácil su labor, evitando recurrir a legislaciones internacionales dispersas, aplicando la legislación directamente.

Si esto es algo que entonces no se pudo evitar, el antecedente *Rantseva* habría de constituirse en el revulsivo determinante que llevase a esa deseada conciliación en los conceptos, facilitadora sin duda de la claridad y rapidez en las resoluciones, además de la necesaria dotación de mayores recursos al Tribunal.

### 6.3

#### Los Estados tienen que cumplir efectivamente sus obligaciones, combatiendo la corrupción

Los Estados se constituyen en los garantes principales de la protección de las personas y sus derechos humanos, de manera que actos del tipo del encausado no puedan ser tolerados ni encubiertos, ni consecuencia de omisión.

Es un hecho que las naciones de todo el mundo están amenazadas por la trata, sin importar la ideología de los gobiernos. Es una realidad que los ricos se hacen más ricos a menudo mediante la explotación de la población más vulnerable, que puede llegar a perder su libertad. El Estado garante de los derechos, debe resistirse a la mercantilización de las relaciones sociales y a la pobreza de su población, encargándose de capacitar a los más necesitados de sus ciudadanos con carácter preventivo, lo que va más allá de establecer medidas de rehabilitación para las víctimas. La promoción de los derechos humanos no significa caridad para las personas, sino oportunidad. El Estado debe convertirse en promotor y facilitador de oportunidades, a través de las cuales los sectores más vulnerables superen su riesgo a la trata.

Podemos encontrar evidencia en el informe del Defensor del Pueblo sobre la situación de las *artistas* en Chipre, citados por la Corte<sup>49</sup>. El informe reconoce que aunque las mujeres que viajan con estas visas son a menudo conscientes de que van a ser obligadas a trabajar en la prostitución, no siempre conocen la naturaleza de las condiciones del trabajo.

Sin embargo, desde la perspectiva de la carga de la prueba legal, este informe no es suficiente para determinar la experiencia particular de la Sra. Rantseva. Si, desde un punto de vista jurídico, los hechos registrados son demasiado limitados para llegar a una conclusión en cuanto a si es o no un caso de tra-

<sup>48</sup> Ibid. B. *Costs and expenses. 1. The parties' submissions.* [343].

<sup>49</sup> Ibid. II. *Reports on the Situation of "artistas" in Cyprus. A. Ex Officio report of the Cypriot Ombudsman on the regime regarding entry and employment of alien women as artistas in entertainment places in Cyprus, 24 november 2003.* 79 a 89.



ta, también fueron para el Tribunal. De hecho, la ausencia de hechos fue la consecuencia de la falta de investigación por la que los gobiernos de Chipre y Rusia estaban siendo acusados. Por ello, no podemos estar seguros de en qué medida la Sra. había sido engañada. Esta falta de hechos probados, resultante de los fracasos de los gobiernos para investigar, deja muchas preguntas sin respuesta.

El rol que corresponde a los Estados es crucial: a través de sus estructuras (cuerpos policiales, secretarías, servicios sociales y hospitalarios, etc.), debe identificar a las víctimas, para poderles brindar el apoyo que necesitan. En este sentido, resulta sumamente importante enfatizar que las víctimas deben recibir el trato que requiere su condición: no deben ser penalizadas por las posibles actividades ilegales que hayan cometido como consecuencia de su condición, no deben ser re-victimizadas ni re-traumatizadas.

De nada sirven las disposiciones internacionales, si éstas no son bien implementadas por los Estados, incluso cuando éstos han firmado y ratificado los correspondientes Tratados, o si estos no establecen sistemas que impidan situaciones de corrupción.

#### 6.4 La importancia y oportunidad de los informes independientes

La aportación que para el caso realizan los órganos y organizaciones, supone una amplitud de visión, más allá de los hechos puntuales, que aumenta la atención del Tribunal, hasta el punto de considerar la gravedad de la trata como cuestión de orden público.

En el caso, resultan esclarecedores los informes aportados, tanto el del Defensor del Pueblo de Chipre como los del Comisionado de Derechos Humanos. Esto, sin olvidar las influyentes aportaciones emiti-

das en calidad de *amicus curiae*<sup>50</sup>, por las asociaciones Interights y Aire.

#### 6.5 La relatividad de las soluciones amistosas en los supuestos de violaciones graves de los derechos humanos

La argumentación del Tribunal es muy descriptiva de la importancia del caso que se juzga.

Si bien el gobierno chipriota había admitido una violación de la Convención producida en el período previo y posterior a la muerte de Rantseva, tomando medidas adicionales recientes para investigar las circunstancias de su muerte y proponiendo un importe en concepto de indemnizaciones, sin embargo, el Tribunal consideraba esto insuficiente para concluir que ya no se justificase continuar con el examen de la solicitud<sup>51</sup>.

Personalmente, considero esta decisión de gran interés, ya que cuestiona la oportunidad de las soluciones amistosas en los procedimientos de derechos humanos, algo que ha sido comentado respecto al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con claridad. A este respecto, Karlos Castilla, señala como aspecto importante que *debe ser muy claro para las partes que un acuerdo de solución amistosa no debe tener como principal sustento el contenido económico. Es decir, que si se tiene en mente que la solución amistosa se logra sólo con la entrega de cantidades de dinero, el procedimiento estará destinado al fracaso ya que se trata de violaciones a derechos fundamentales y no de una transacción internacional que puede ser solucionada con aspectos materiales. Se trata de que el Estado se haga cargo de su actuar o no actuar en perjuicio de un ser humano, no de comprar el silencio*<sup>52</sup>.

Para finalizar, como última reflexión personal en el tema, opino que continuar utilizando aleatoriamente

distintos conceptos, como esclavitud, formas modernas de esclavitud o trabajo forzado no es lo más acertado. La trata de personas como concepto integra todas estas prácticas entre sus diferentes manifestaciones, y la ausencia de esta firme categorización da lugar a confusión y pronunciamientos que solapan los términos, incluso entre los más elevados mandatarios internacionales ajenos al derecho, contribuyendo a mantener viva una dispersión que se constituye en rémora importante para el avance real en la lucha contra la trata<sup>53</sup>.

Por otra parte, es importante subrayar que se insiste actualmente desde todas las instancias territoriales y sectoriales especializadas, en la importancia de la inclusión de la enseñanza en derechos humanos en los planes educativos, como medida de prevención y sensibilización. Sin lugar a dudas, esto conllevaría un mayor conocimiento y respeto de sus valores, hoy bastante denostados, además de contribuir al establecimiento de una conciencia real de denuncia y condena de sus violaciones, algo en lo que lleva trabajando la profesora *María Elósegui* desde hace años<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> La expresión latina *amicus curiae* se refiere al informe escrito que puede ser presentado por una persona natural o jurídica que, a pesar de no tener interés directo en el caso, interviene para defender un interés público, como cuando se trata de asuntos en que se defienden derechos fundamentales. Los informes no son vinculantes, pero aportan conocimientos que permitirán a los jueces contrastar diferentes puntos de vista, lo cual redundará en la credibilidad de sus actuaciones.

<sup>51</sup> Op. cit. Sentencia *Rantsev*. V.. 185 a 201.

<sup>52</sup> Castilla, Karlos (2007). Ideas respecto a la solución amistosa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista Cejil*, n° 3, pág. 130.

<sup>53</sup> Op. cit. Lucea Sáenz, A. (2016). *El estado actual de la Trata de Personas*. Tesis, dirigida por la profesora Gamarra Chopoy, Y.

<sup>54</sup> Elósegui Itxaso, M (2008). *Educación para la ciudadanía y los derechos humanos (ESO)*. Barcelona: Reverte-Aguilar.



## BIBLIOGRAFÍA

- CASTILLA, KARLOS (2007). Ideas respecto a la solución amistosa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista Cejil*, n° 3, pág. 130.
- DÍAZ BARRADO, CASTOR (2013). La lucha contra la Trata de Seres Humanos en la Unión Europea: Los componentes para una política propia. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Núm. 45, Madrid. PP. 461.498.
- ELÓSEGUI ITXASO, M (2008). *Educación para la ciudadanía y los derechos humanos (ESO)*. Barcelona: Reverte-Aguilar.
- FERRAJOLI, LUIGI (2006). Criminalidad y globalización. *Boletín mexicano de Derecho comparado*, núm. 115, enero-abril.
- LENZERINI, FEDERICO (2009). The Legal Nature of Trafficking in Human Beings. *Intercultural Human Rights Law Review*, vol. 4.
- MARINELLI, CHIARA (2015). *La trata de personas en el derecho internacional de los derechos humanos. Un proceso en doble vía: de la esclavitud a la autonomía, de la represión penal a la protección de las víctimas*. Tesis. Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad del Derecho. Lima.
- MESTRE I MESTRE, RUTH. (2011) La protección cuando se trata de trata en el Estado español. *Revista Interdisciplinaria da Mobilidade Humana*.
- OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (2010). *The Globalization of Crime. A Transnational Organized Crime Threat Assessment*. Viena.
- PATI, ROZA (2011). States Positive Obligations with Respect to Human Trafficking: The European Court of Human Beings Breaks New Ground in *Rantsev v. Cyprus and Russia*, *Boston University International Law Journal*, vol. 29.
- PIOTROWICZ, RYSZARD. (2009). The Legal Nature of Trafficking in Human Beings. *Intercultural Human Rights Law Review*, vol. 5.
- VIJEYARASA, RAMONA, BELLO Y VILLARINO, JOSÉ MIGUEL. (2013) Modern-Day Slavery? A Judicial Catchall for Trafficking, Slavery and Labour Exploitation: A Critique of Tang and Rantsev. *J. Int'l L & Int'l Rel.*

## WEBS DE ORGANISMOS INTERNACIONALES

- CONSEJO DE EUROPA (1950). *Convención Europea de Derechos Humanos*. Disponible en: [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf) [Última visita: 07-05-2016].
- CONSEJO DE EUROPA (2005). *Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos*, de 16 de mayo. Varsovia. Disponible en: <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168008371d> [Última visita: 30-04-2016].
- NACIONES UNIDAS (2000). AG Res. 55/25, de 15 de noviembre. *Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños* fue adoptado en Palermo, Italia, en diciembre de 2000, como complemento a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Entró en vigor el 25 de diciembre de 2003. Es el primer texto que regula la trata de personas como figura delictiva independiente de la esclavitud. Disponible en: [http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ProtocolTraffickingInPersons\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ProtocolTraffickingInPersons_sp.pdf) [Última visita: 10-04-16].
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2005). *Siliadin v. Francia*. App. 73316/01, de 26 de julio Disponible en: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["002-3763"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) [V. 30-04-16].
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2010). *Rantsev v. Chipre y Rusia*. App. 25965/04, de 7 de enero. Disponible en: [https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/corruption/Projects/CAR\\_Serbia/ECtHR%20Judgements/English/RANTSEV%20v%20CYPRUS%20%20RUSSIA%20-%20ECHR%20Judgment%20\\_English\\_.pdf](https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/corruption/Projects/CAR_Serbia/ECtHR%20Judgements/English/RANTSEV%20v%20CYPRUS%20%20RUSSIA%20-%20ECHR%20Judgment%20_English_.pdf) [Última visita: 30-04-16].
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA YUGOSLAVIA (2002), Sentencia de 12 de junio para el caso Fiscalia Vr. Kunarac, Kovac y Vukovic. *III. Grounds of appeal to the Trial Chamber's definition of the offences: A. Definition of the crimes of enslavement*. Disponible en: [http://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/020612\\_Kunarac\\_Kovac\\_Vukovic\\_summary\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/020612_Kunarac_Kovac_Vukovic_summary_en.pdf) [Última visita: 30-04-2016].

# La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de reagrupación familiar

ARACELI MARTÍN VILLEGAS.  
Doctora en Derecho.  
Universidad Rey Juan Carlos  
de Madrid.

AEQUALITAS 2016 (nº 38), pp. 20-28, ISSN: 1575-3379



## RESUMEN

La separación forzosa de las familias a causa de las guerras o la crisis económica ha llevado a que numerosos países regulen el derecho de reagrupación familiar como un derecho fundamental para los inmigrantes. Por ello, los Tribunales europeos han reconocido en numerosa jurisprudencia la obligación de los Estados miembros de permitir la entrada en su territorio a los familiares de los inmigrantes de un tercer Estado, reconociendo así la aplicación de la Directiva 2003/86/CE y con ello el derecho fundamental a la vida familiar.

**Palabras clave:** Familia, inmigración, derecho de reagrupación, vida familiar, España, Europa, tribunales, directiva.

## ABSTRACT

The separation of families because of war or economic crisis has boost that many countries have to introduce the right to family reunification as a fundamental right for immigrants in their migration policy. Therefore, the European Courts have recognized in numerous case-law the obligation for Member States to allow entry into its territory relatives of immigrants from a third country in recognition of the implementation of Directive 2003/86 /CE and with that the fundamental right to family life.

**Keywords:** Family, immigration, family reunification, family life, Spain, Europe, court, directive.

## LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE REAGRUPACIÓN FAMILIAR

La gran cantidad de normativas, reglamentos, directivas... que regulan los temas relacionados con la inmigración y la reagrupación familiar demuestra que para la Unión Europea se ha convertido en uno de sus objetivos principales, sobre todo la armonización de los distintos ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros, algo que está resultando ser bastante complicado de lograr. Es por ello, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido que resolver una gran cantidad de cuestiones relacionadas con la reunificación familiar, sin llegar a establecer una definición de familia lo que le ha permitido realizar interpretaciones dinámicas según los casos planteados.

Este Tribunal ha reiterado en numerosas sentencias que la concepción de “vida familiar” que da el artículo 8 de la CEDH (Convención Europea de los Derechos Humanos) no se refiere exclusivamente a las familias fundadas en un matrimonio sino que también puede abarcar otro tipo de relaciones análogas a éstas<sup>1</sup>. Otra de las cuestiones en las que el Tribunal ha puesto especial interés es en la de los menores. Por ello, ha determinado que el niño nacido de una relación entre dos personas es parte inmediata de la unidad familiar independientemente de la relación que tengan sus progenitores.

A pesar de que este precepto no menciona el derecho de reagrupación familiar como derecho protegible, el Tribunal de Estrasburgo ha aceptado que cuando concurren determinadas circunstancias este derecho sea susceptible de la protección otorgada por el Convenio<sup>2</sup>. Teniendo en cuenta estas apreciaciones podría deducirse que el derecho de reagrupación familiar estaría incluido en el respeto a la vida en familia regulado por el CEDH de los extranjeros con independencia de la regulación propia de cada ordenamiento jurídico interno.

En el terreno de la reagrupación familiar los Estados miembros para regular este derecho deben partir de la idea de permitir que en su territorio puedan entrar los familiares de los inmigrantes residentes. Esta obligación puede verse alterada de-

pendiendo de las circunstancias personales y particulares de los interesados así como variará dependiendo del interés general, sin olvidar que el artículo 8 CEHD no impone una obligación general de autorizar la reagrupación familiar.

### A Reagrupación familiar de los cónyuges

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en escasas ocasiones sobre la reagrupación familiar de los cónyuges. La más relevante es la STEDH: Asunto, *Abdulaziz, Cabales y Bankandali c. Reino Unido*, de 28 de mayo de 1985. El caso hace referencia a tres mujeres residentes legales en Reino Unido que pasado un tiempo contraen matrimonio en sus respectivos países de origen con nacionales de terceros Estados. Una vez casados los maridos presentan la solicitud para residir junto a ellas, permiso que les es denegado por las autoridades británicas. El Tribunal centra el estudio del asunto en si la denegación de la reagrupación familiar vulnera el derecho al respeto a la vida familiar proclamado en el artículo 8 del CEDH.

Las autoridades británicas alegan que las demandantes conocían en el momento de contraer matrimonio las dificultades que existían para que sus maridos pudiesen obtener la residencia legal en Reino Unido por tanto, consideran que no existe una vulneración del respeto a la vida familiar<sup>3</sup>

<sup>1</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: “Migración y Familia. Sección 2.5, Derecho Internacional y reunificación familia”. *Fundamentos de Gestión de la Migración, Volumen 2*, Organización Internacional para las migraciones, Ginebra, Suiza, 2014, pág. 10.

<sup>2</sup> ARRESE IRIONDO, M. N: *El derecho a la reagrupación familiar de las personas extranjeras*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2011, pág. 69.

<sup>3</sup> RAVETLLAT BALLESTÉ, I: *La reagrupación familiar*, Bosch, Barcelona, 2008, pág. 71.



y no puede considerarse una violación del derecho al respeto a la vida privada y familiar. Sin embargo, el Tribunal entiende que la celebración del matrimonio basta para entender que debe prestarse una efectiva protección a la vida familiar y a la reunificación de los cónyuges puesto que para que exista una unión matrimonial real los cónyuges deben convivir juntos. Con estas alegaciones el TEDH lo que hace es desechar la posibilidad de reunificar a aquellos matrimonios que se hubieran celebrado con la finalidad de obtener el permiso de residencia<sup>4</sup>.

La sentencia, respecto a la aplicación del artículo 8 del CEDH, recoge los argumentos del Gobierno Británico en los que expone por qué dicho artículo no es de aplicación. En primer lugar, señala que para garantizar la vida familiar ésta debe existir al tiempo de presentar la solicitud de reunificación, y en este caso no sucede así. Las esposas residían como mujeres solteras previamente en el país y, por tanto el Gobierno considera que la solicitud de los esposos se presenta con la única “finalidad de poder desarrollar su vida en el Reino Unido”. En segundo lugar, y ante la reivindicación de las esposas de elegir el lugar de residencia del matrimonio, considera que del artículo 8 no puede deducirse que los Estados estén obligados a permitir que el cónyuge no nacional entre en su territorio con la finalidad de respetar la libertad de elección del país de residencia, excepto que se demuestre que en su país de origen no puede desarrollarse la vida familiar. Y en este caso, no existían obstáculos para desarrollar la vida en pareja en sus lugares de origen. El Tribunal entiende que no se vulnera el derecho de las esposas a la vida familiar. Por el contrario, en caso de que la única residencia legal que pudiera encontrar el matrimonio hubiese sido el Reino Unido entonces si existiría violación del artículo 8 del CEDH<sup>5</sup>.

Pese a esto, el TEDH da la razón a las recurrentes al entender que se ha vulnerado el principio de no discrimi-

minación recogido en el artículo 14 del CEDH<sup>6</sup> en relación con el artículo 8 anteriormente citado ya que el ordenamiento jurídico de Reino Unido restringe la posibilidad de las mujeres de obtener para su cónyuge no nacional el permiso de entrada con respecto a los hombres que se encuentre en la misma situación<sup>7</sup>. Existe discriminación siempre que un individuo o un colectivo sean tratados de manera menos favorable que otro u otros, algo que ponen de manifiesto las alegaciones<sup>8</sup> del Gobierno británico.

En el 2014 un nuevo caso de reagrupación familiar llegó al Tribunal de Estrasburgo en el que ésta fue denegada por una coincidencia circunstancial derivada del artículo 8 y 14 del CEHD<sup>9</sup>. El sujeto objeto de reagrupación familiar, como en el caso anterior, también era el cónyuge pero en este caso de un nacional residente en Dinamarca.

El señor Biao es un ciudadano originario de Togo pero naturalizado en Dinamarca, su mujer es una ciudadana de Ghana. El matrimonio vive en Suecia con el hijo de 9 años que tienen en común que posee, por parte de su padre, la nacionalidad danesa. El solicitante de la reagrupación familiar llegó en el año 1993 a Dinamarca tras haber pasado quince años en Ghana. Conforme a la ley interna danesa tras nueve años de residencia en el país nórdico se le concedió la nacionalidad. Posteriormente, su esposa solicitó un permiso de residencia que fue rechazado por no cumplir con el requisito de que una pareja que solicita la reagrupación familiar solo debe tener vínculos estrechos con Dinamarca, y en este caso también los tenía con Ghana<sup>10</sup>.

El Tribunal no consideraba que existiera vulneración alguna del artículo 14 y 8 del CEDH y por consiguiente no debía revocar la denegación del permiso de residencia, lo que sí valoró es si en este supuesto existía una discriminación sin justificación objetiva. Aludiendo al supuesto de *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*, el Tribunal entendió que el

<sup>4</sup> TRIBUNAL EUROPEO DERECHOS HUMANOS: Sentencia de 28 de mayo de 1985, Asunto *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*: “A marriage or intended marriage is ‘non-qualifying’ if there is reason to believe that: its primary purpose is to obtain admission to or settlement in the United Kingdom”.

<sup>5</sup> Remito al trabajo de CVETIC, G: “Immigration cases in Strasbourg: the right to family life under article 8 if the European Convention”, ICQL, (1987) 36 *International and Comparative Law Quarterly* 647, citado por ARRESE IRIONDO, M. N en: *El derecho de reagrupación familiar de las personas extranjeras*, op. cit, pág. 70.

<sup>6</sup> El artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece que: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

<sup>7</sup> RAVETLLAT BALLESTÉ, I: *La reagrupación familiar*, op. cit, pág. 71.

<sup>8</sup> El Gobierno de Reino Unido justifica estas diferencias de trato al considerar que la repercusión del hombre y la mujer en el mercado laboral no es la misma y con ello pretendía garantizar la “tranquilidad pública”.

<sup>9</sup> LA SPINA, E: “Diferentes pautas interpretativas para la admisión de familiares extranjeros en la jurisdicción regional europea», *Revistas de Estudios Jurídicos*, N° 14 (Segunda época), Universidad de Jaén, Jaén, 2014, pág. 13.

<sup>10</sup> El ordenamiento jurídico interno de Dinamarca establece una excepción que es la denominada como la “regla de los 28 años”. Esta norma permite la reagrupación familiar si el cónyuge danés ha sido ciudadano de Dinamarca como mínimo durante 28 años, incluso esta regla se aplica en los casos en los que aun habiendo nacido y haberse criado allí no tuvieran la nacionalidad. Este criterio es un claro ejemplo de discriminación para aquellos ciudadanos que no son poseen la nacionalidad danesa y por tanto vulnera el precepto 14 del CEDH aunque el Tribunal consideró que la redacción de esta norma no hace distinciones entre los nacidos en Dinamarca y los que adquieren la nacionalidad danesa posteriormente, ni tampoco hace diferencias entre las distintas etnias que puede coexistir en el país.

Por tanto, concluye que su enunciado es neutral, aunque no pueda negar que en la práctica la regla de 28 años proyecta un trato desigual de los nacionales daneses de origen étnico distinto del danés.



no *Unido* concluye que no hay datos suficientes para presumir que ha existido discriminación por causas raciales, simplemente se trata de una diferencia en el trato por tener la nacionalidad danesa menos de 28 años. Esto sí podría ser considerado como una discriminación por razón de la duración de la ciudadanía catalogada en términos del artículo 14 CEDH en la vis reductiva de la discriminación por motivos de “cualquier otra condición” que permite un amplio margen al Estado para demostrar la razonabilidad de una medida<sup>11</sup>. El parecer del Tribunal parece obviar el hecho de que el señor Biao gozaba la nacionalidad danesa desde hace nueve años. El voto razonado y coincidente con la mayoría del juez Raimondi y Spano afirma que no es menester del Tribunal criticar las legislaciones nacionales, especialmente en el ámbito social y migratorio. Consecuentemente en la medida que la aplicación de las disposiciones internas danesas no constituía una medida desproporcionada de la aplicación del artículo 14 y 8 de la Convención “la Corte debería haberlo dejado ahí”<sup>12</sup>.

El voto disidente<sup>13</sup> de los tres jueces discrepa con la mayoría del Tribunal en que no ha habido vulneración del principio de igualdad y el derecho a la vida familiar puesto que a su juicio es cierto que no existe discriminación racial. Sin embargo, sí existe por motivos de nacionalidad. Además, se opone a la afirmación del TEDH de que “no es tarea de la Corte revisar la

legislación nacional en abstracto”, el Tribunal “debe limitarse, en la medida de lo posible, al examen de las cuestiones planteadas por el asunto del que conoce”. Como consecuencia de esto la resolución ha amparado la discriminación indirecta de los ciudadanos, lo que pone en riesgo el nivel de protección de los derechos garantizados en la actualidad por la jurisprudencia de la Corte.

Por otro lado, señalaba que la “regla del arraigo” a la que alude el ordenamiento interno danés es desfavorable para un grupo minoritario y por tanto, el hecho de que tengan que transcurrir veintiocho años para poder reagrupar al cónyuge no es neutral y provoca efectos discriminatorios sobre un grupo de ciudadanos daneses con origen étnico distinto, llegando a ser éstos considerados como ciudadanos de “segunda clase” y con unos “efectos desproporcionadamente perjudiciales sobre un determinado grupo” que no podría desarrollar su vida familiar en el país de su nacionalidad.

Y concluyen alegando que el artículo 14 de la Convención, en conjunción con el artículo 8, se ha violado con respecto al primer solicitante (la esposa) y, por extensión con respecto al segundo solicitante también (el esposo con nacionalidad danesa). “Al fin y al cabo, esta violación se refiere a todos los ciudadanos daneses de origen extranjero y sus cónyuges extranjeros que puedan encontrarse en una situación desafortunada similar a la de los demandantes”.

## B

### Reagrupación familiar de descendientes

Sobre la reagrupación familiar las decisiones del Tribunal han ido evolucionando y se observa cómo en las primeras sentencias la posición mayoritaria era la de denegar la reagrupación familiar aunque, si bien es cierto, siempre han existido voces discordantes que han terminado por imponerse. Como consecuencia de esto las últimas sentencias del Tribunal han considerado que impedir la reagrupación familiar en los casos planteados suponía una violación del artículo 8 del CEDH<sup>14</sup>.

Uno de los casos más relevantes es el de *Gül c. Suiza*<sup>15</sup> los hechos son los siguientes. El señor Gül tiene nacionalidad turca y emigra a Suiza solicitando asilo político. En su país de origen deja a su mujer y a sus dos hijos. Él comienza a trabajar en Suiza y tras varios años enferma lo que le hace beneficiario de una pensión de invalidez. Su mujer tras sufrir un accidente también viaja a Suiza para recibir el tratamiento adecuado puesto que en Turquía no puede hacerlo. Durante su estancia en Suiza tienen una tercera hija que es acogida en una casa ante la situación de sus progenitores. El asilo político se le deniega al señor Gül pero a cambio obtiene para él, su mujer y su hija una autorización de residencia por motivos humanitarios. Una vez regulada su situación decide solicitar la reagrupación familiar de los otros

<sup>11</sup> LA SPINA, E: “Diferentes pautas interpretativas para la admisión de familiares extranjeros en la jurisdicción regional europea”, *Revistas de Estudios Jurídicos*, op. cit, pág. 12.

<sup>12</sup> Voto coincidente con la mayoría del Tribunal, jueces Raimondi y Spano.

<sup>13</sup> Voto particular de los jueces Sajó, Vučinič y Kūris.

<sup>14</sup> ARRESE IRIONDO, M. N: *El derecho a la reagrupación familiar de las personas extranjeras*, op. cit. pág. 72.

<sup>15</sup> TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia de 19 de febrero de 1996, Asunto *Gül c. Suiza*.





dos hijos que todavía residen en Turquía, ésta es denegada al considerar que los requisitos que se exigen para poder concederla no se cumplen. Además dicha reagrupación solo sería posible con respecto de uno de los hijos puesto que el otro ya era mayor de edad.

Esta sentencia determina que el significado jurídico del concepto de vida familiar no implica que los progenitores deban tener una vida en común, es decir, por el mero hecho de su nacimiento, existe entre en un hijo y sus padres, incluso aunque éstos no convivan, un lazo que supone una vida familiar<sup>16</sup>. A juicio del Tribunal los progenitores no poseen un permiso de residencia permanente sino una mera autorización de estancia por razones humanitarias que puede ser anulada y que, según el ordenamiento interno Suizo, no les da derecho a la reunificación familiar. Asimismo, entiende que no existen obstáculos para que el matrimonio pueda desarrollar su vida en Turquía puesto que la situación en este país ha cambiado cultural y lingüísticamente, siendo ésta la posibilidad más real y efectiva para reunir a toda la familia de nuevo.

Esta sentencia tuvo un voto particular<sup>17</sup> muy duro sobre la opinión del resto de miembros del Tribunal. Para el juez Martens el hijo que la familia quiere reagrupar forma parte de ella desde su nacimiento y aunque el Tribunal recurra a otras de sus resoluciones<sup>18</sup> para alegar que “por circunstancias excepcionales una relación de vida familiar puede romperse” en este caso, no es motivo suficiente para denegar el derecho de reagrupación familiar porque si el padre no pudo ver a su hijo en siete años fue por dos razones, por el temor a la persecución política y por razones económicas lo que no implica que el vínculo familiar se hubiera roto. Si bien es cierto el Tribunal toma esta decisión en aras de mantener el justo equilibrio entre los intereses individuales y los colectivos<sup>19</sup>. Como ya sucedió en la STHED *Abdulaziz, Cabales and*

*Balkandali c. Reino Unido*, Suiza alega que para mantener el equilibrio colectivo aceptar la reagrupación del menor sería sentar un precedente que repercutiría negativamente en los intereses colectivos dado el gran número de inmigrantes que residen en el país. En contraposición a esto está el derecho de los progenitores a cuidar su hijo menor una vez establecidos en el Estado de acogida. El voto particular asegura que la sentencia *Abdulaziz, Cabales and Balkandali c. Reino Unido* está a favor de que en el caso de que los progenitores se hayan asentado en un país “es de por sí poco razonable, si no inhumano hacerles elegir entre el estatus adquirido en el país receptor o renunciar a la compañía mutua del padre y el hijo, elemento fundamental de la vida familiar”<sup>20</sup>.

Continúa su argumentación diciendo que aunque no puede negarse que el permiso de residencia que poseen ambos progenitores es de carácter temporal y por razones humanitarias el TEDH debe garantizar que los intereses del Estado no “aplasten” los de las personas. Por tanto, puede suponerse que tras varios años viviendo en Suiza tanto el matrimonio como la hija nacida en este país ya tienen un arraigo social. Además, la mujer depende del tratamiento médico que recibe allí, sin olvidar que el marido solicitó asilo político y perfectamente podría volver a tener problemas en su país de origen. Por todo ello, “no considero que con esta sentencia se haya respetado el equilibrio de los intereses en juego. Por lo que concluyo que sí hubo violación del artículo 8 de CEDH”<sup>21</sup>, afirma Martens.

En la sentencia *Ahmut c. Países Bajos*<sup>22</sup> el Tribunal reitera la no vulneración del derecho a la vida familiar. Este caso aborda el enfrentamiento de un ciudadano con nacionalidad holandesa y marroquí casado con una mujer con la que tuvo cinco hijos en su país de origen. El matrimonio se rompió y los hijos permanecieron en Marruecos con la

madre. En los Países Bajos el señor Ahmut vuelve a casarse con una mujer holandesa mientras que su primera mujer fallece y los hijos quedan al cuidado de la abuela paterna. Queda demostrado que su segunda esposa manda dinero regularmente a Marruecos para ayudar a la familia de su esposo. Tras su segundo divorcio, el señor Ahmut, contrae matrimonio por tercera vez pero esta vez con una mujer de origen marroquí a la que se le concede el permiso de residencia holandés. Finalmente, los hijos de su primer matrimonio viajan a los Países Bajos, algunos de ellos lo hacen con visados de estudios y otros, como el menor de ellos, sin documentación alguna. A este último le matricula en un colegio y su padre solicita el permiso de residencia para el hijo menor, algo que se le deniega al considerar que el vínculo familiar se ha roto.

<sup>16</sup> RAVETILLAT BALLESTÉ, I: *La reagrupación familiar*, op. cit., pág. 72.

<sup>17</sup> Voto disidente del juez Martens, aprobado por el juez Russo.

<sup>18</sup> TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia de 23 Septiembre de 1994, Asunto *Hokkanen c. Finlandia*; de 21 June 1988, Asunto *Berrehab c. the Netherlands*.

<sup>19</sup> Voto disidente del del Juez Martens, STEDH, asunto *Gül c. Suiza*, de 19 de febrero de 1996: “The Court now holds that the applicable principles are similar, adding that in both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and the community”.

<sup>20</sup> *Ibidem*: “If not inhumane to give them the choice between giving up the position which they have acquired in the country of settlement or to renounce the mutual enjoyment by parent and child of each other’s company which constitutes a fundamental element of family life.”

<sup>21</sup> *Ibidem*: “It follows that a proper balance was not achieved between the interests involved, that the refusal of the Swiss authorities is disproportionate and, as such, not necessary in a democratic society. I thus conclude that there was a violation of Article 8”.

<sup>22</sup> TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia de 28 de noviembre de 1995, Asunto *Ahmut c. Países Bajos*.



<sup>23</sup> LA SPINA, E: “Diferentes pautas interpretativas para la admisión de familiares extranjeros en la jurisdicción regional europea”, *Revista de Estudios Jurídicos*, op. cit., pág.7.

<sup>24</sup> Votos disidentes del juez Valticos, del juez Martens al que se une el juez Lohmus y del juez Morenilla.

<sup>25</sup> No puede considerarse violado el derecho a la vida familiar puesto que hay un justo equilibrio entre los intereses particulares y los colectivos. El fin protegible es el bienestar económico del Estado de acogida, por lo que la autorización para entrar en el Estado en caso de que produzca efectos negativos en el mismo justifica las políticas migratorias restrictivas.

<sup>26</sup> Voto particular juez Valticos.

<sup>27</sup> MOLINER NAVARRO, R.M: “El concepto de ‘familia nuclear’ en la Directiva Europea 2003/86/CE sobre reagrupación familiar”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, op. cit., pág. 15.

<sup>28</sup> Voto particular del juez Martens al que se une el juez Lohmus.

<sup>29</sup> En su voto disidente reflexiona sobre temor de que esta nueva, a su juicio, violación del derecho a la vida familiar y por ende, del derecho de reagrupación familiar suponga una tendencia a aumentar las restricciones en el ámbito de la inmigración.

<sup>30</sup> Voto disidente realizado por el juez Morenilla.

El Tribunal considera que para poder permitir la entrada de los menores han de valorarse la edad, la lengua, el entorno en el que ha crecido, el grado de dependencia de los progenitores... No obstante pese a la particularidad del vínculo comunitario se mantiene fuerte la rigidez a favor del derecho absoluto de los Estados de controlar la entrada de los no nacionales en su territorio y la indiscutible no obligación general de admitir en su territorio a familiares de los inmigrantes según la situación de los interesados y del interés general<sup>23</sup>. Como se mencionaba anteriormente, del artículo 8 del CEDH no puede deducirse una obligación positiva de conceder el derecho de residencia a los inmigrantes para que desarrollen su vida familiar siempre y cuando ésta sea posible en el país de origen.

Al igual que ocurría en la sentencia del caso *Gül c. Suiza* en contra del argumento dado por el Tribunal surgen tres votos particulares<sup>24</sup> que difieren de la opinión mayoritaria<sup>25</sup>. En el primero de ellos<sup>26</sup> se afirma que pocos derechos humanos son

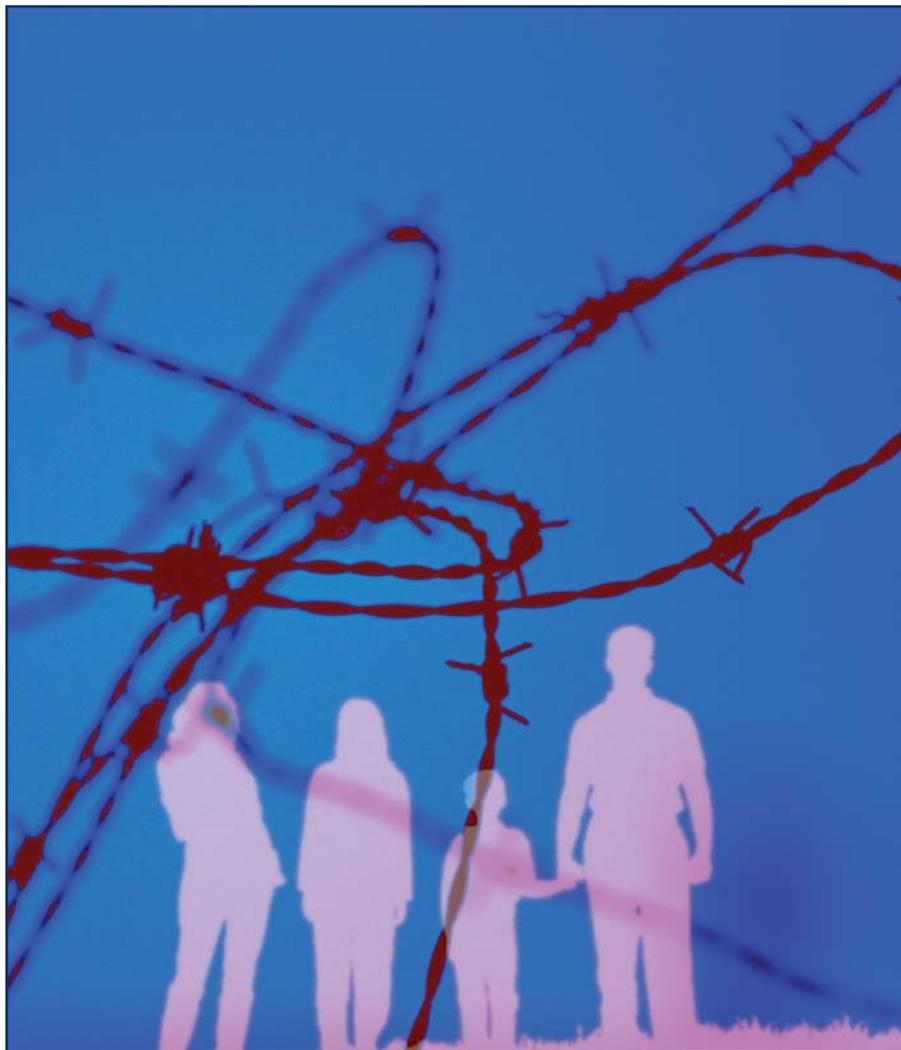
tan importantes como el del que un padre pueda estar con su hijo, le eduque y le ayude en su proyecto de vida, el hecho de que el hijo no haya vivido con su padre durante un tiempo es debido a las dificultades del matrimonio de éste. Aún así él siempre se ha interesado por el estado de su hijo, llevándolo incluso a vivir con él durante un tiempo en los Países Bajos. Para el juez Valticos<sup>27</sup> la cuestión de negar la reunificación familiar va más allá, en cualquier país cuando un ciudadano adquiere la nacionalidad tiene derecho a reunir su familia con él y en este caso no ha sido así, lo que le lleva a plantearse si puede ser por motivos discriminatorios de raza.

El segundo voto particular<sup>28</sup> basa su argumentación en la misma que se empleó en el caso *Gül* afirmando que cuando un Estado otorga su nacionalidad a un ciudadano el principio de igualdad exige que los tribunales apliquen las mismas normas que aplicarían a aquellos que obtuvieron la nacionalidad en el momento de su nacimiento. Por tanto, si el padre quiere vivir y cuidar a su hijo en el país de acogida éste tiene derecho a que se le respete la decisión y no habrá motivos que justifiquen la excepción. A juicio del juez Martens<sup>29</sup>, “ninguno de los argumentos dados por el Tribunal parecen suficientes para negar la entrada del menor a los Países Bajos, por lo que no admitirle en su territorio supone una violación del artículo 8 del CEDH”.

El último voto disidente<sup>30</sup> considera que haber rechazado la autorización al hijo menor del señor Ahmut es desproporcionado. “Negar a un padre y a un hijo de su derecho a estar juntos cuando el hijo está en una edad en la que necesita la atención y la orientación de su padre, sobre todo desde que la madre murió, y negar la nacionalidad holandesa y el derecho a que su hijo comience una educación en el país de adopción del que es un nacional de acuerdo con la ley es, en mi opinión, contraria no sólo a la Con-

vención Europea de Derechos Humanos, sino también a razones imperativas de carácter humanitario como se establece en la legislación nacional”, sentencia Morenilla. Es más, los derechos humanos están reconocidos y protegidos por los instrumentos internacionales en la forma de fórmulas legales a través de las cuales se impone a las autoridades obligaciones positivas o negativas para garantizar la satisfacción efectiva de los derechos y libertades. El tratamiento jurídico de estas disposiciones, su interpretación y aplicación por las autoridades –y, obviamente, por los tribunales– debería ser conforme a las razones humanitarias para las que fueron creados, evitar un formalismo excesivo. Estas razones humanitarias son, a su juicio, mucho más definitivas que la interpretación dada por la mayoría del Tribunal, el hecho de que el padre sea holandés y el hijo tenga catorce años han de considerarse, en este caso, determinantes para concluir que ha existido una violación del derecho a vivir en familia.

El momento de cambio se produjo en el año 2001 con la sentencia, mencionada al principio de este capítulo, *Sen c. Países Bajos*. En ella, en contraposición con las sentencias anteriores, el TEDH sí considera que existe una violación del artículo 8 del CEDH. El demandante viajó a los Países Bajos para vivir allí con su padre bajo el amparo del derecho de la reagrupación familiar. Allí se casa con una mujer turca con la que tiene una hija, las dos continúan viviendo en Turquía. Pasado un tiempo la esposa decide reunirse con su marido en los Países Bajos dejando a la menor al cuidado de unos familiares. En este país el matrimonio tiene dos hijos más y pasado el tiempo deciden solicitar la reagrupación familiar de la menor que había quedado en Turquía. Los tribunales de los Países Bajos deniegan la solicitud de reunificación familiar en base a que la madre dejó en Turquía deliberadamente a su hija y no se puede demostrar que durante el



tiempo que la familia ha vivido separada los progenitores hayan contribuido económicamente a su educación y manutención.

En este caso el Estado no cumple con su deber de mantener un justo equilibrio entre los intereses colectivos, de mantener el control de la inmigración, y los intereses de los demandantes a la reagrupación familiar en Estado donde viven y donde han tenido otros dos hijos, los cuales no conocen otro entorno ni tienen ningún vínculo con Turquía. Precisamente, esto es lo que obstaculiza que la familia vuelva a su país de origen para desarrollar su vida familiar en él. En este caso ha primado el interés familiar de los hijos ya integrados y por tanto<sup>31</sup>, lo más conveniente es que la menor se reúna con ellos en los Países Bajos ya que por su corta edad no debería

tener ningún inconveniente para poder integrarse en un nuevo ambiente familiar y cultural.

Esta sentencia, adoptada por unanimidad, presenta una opinión concordante<sup>32</sup> en la que se apoya la decisión del Tribunal de reconocer el derecho de reagrupación familiar a los progenitores pero no comparte el argumento utilizado. El juez Türmen afirma que la sentencia no debería basar su fundamentación en

<sup>31</sup> Remito al trabajo de VAN WALSUM, S: “Comment on the Sen Case. How Wide is the margin of appreciation regarding the admission of children for purposes of family reunification”, citado por LA SPINA, E: “Diferentes pautas interpretativas para la admisión de familiares extranjeros en la jurisdicción regional europea”, *Revistas de estudios jurídicos*, op. cit, pág. 8.

<sup>32</sup> Opinión afín del juez Türmen.



una circunstancia de hecho, el nacimiento de los otros dos hijos de la pareja en los Países Bajos y su nula vinculación con el país de origen de sus progenitores, ya que en el caso de que no hubieran tenido más hijos se les podría exigir que abandonaran el país de acogida y regresaran al de origen para disfrutar de su derecho a la vida familiar. Por tanto, él expone que, amparándose en las opiniones del juez Martens, hacer elegir entre el estatus adquirido por los progenitores en el Estado de acogida y el desarrollo de la vida familiar podría ser considerado irracional.

Es en esta resolución donde por primera vez se muestra como aspecto favorable, en aquellos supuestos en los que estuvieran en juego relaciones paterno-filiales, no sólo la presencia de otros familiares en el país de acogida sino también el grado de integración en el país de acogida del resto de los miembros que conforman la unidad familiar<sup>33</sup>.

En la línea de esta misma sentencia en el año 2005 se emite la resolución del caso *Tuquabo-Tekle c. Países Bajos*<sup>34</sup>. El caso versa sobre los si-

guientes hechos. Una mujer de Etiopía tras haber muerto su marido en la guerra civil del país pide asilo político en Noruega, y aunque éste le es denegado se le concede una permiso de residencia por motivos humanitarios, al igual que en el caso *Gül c. Suiza*, mientras que sus hijos permanecen en el lugar de origen. Tras obtener la autorización de residencia únicamente consigue reagrupar a un hijo con ella. Posteriormente, la señora Tuquabo-Tekle contrae matrimonio con un hombre, también refugiado, que residía en Holanda donde tanto ella como su hijo se trasladan tras conseguir sendas autorizaciones de residencia. De este nuevo matrimonio nacen dos hijos más. La mujer solicita un visado para que su hija de quince años pueda reunirse con ella. El Ministerio de Asuntos exteriores lo deniega por considerar que no había motivos para autorizar la reagrupación familiar en Holanda ya que los estrechos vínculos familiares entre la señora Tuquabo-Tekle y su hija habían dejado de existir y éstos nunca habían existido entre el señor Tuquabo y su hijastra.

Los solicitantes argumentaban que la hija menor de edad, residente en Etiopía, iba a ser obligada a casarse y es precisamente por eso por lo que solicita la reagrupación no por la imposibilidad de que los familiares no pudieran atenderla debidamente. A pesar de este argumento los tribunales entendieron que la madre no había hecho los esfuerzos necesarios para reunirse con sus hijos y volvieron a denegarle el derecho de reunificación familiar.

En contra de esto el Tribunal consideró que, efectivamente, había existido una vulneración del artículo 8 del CEDH por parte de los Países Bajos al denegar la reagrupación de la menor con su madre puesto que ésta dejó a sus hijos en Etiopía mientras se asentaba en otro lugar. Además, señala que este caso tiene muchos aspectos en común con el de Sen, con la salvedad de la edad de los hijos, la situación es muy si-

milar. Y aunque en estos casos ha de valorarse la integración de los menores en sus lugares de origen para decidir si se concede o no la reagrupación este supuesto cuando la madre comenzó los trámites de reagrupación la hija tenía nueve años, los mismos que la menor de la resolución de *Sen c. Países Bajos*. Si bien, en este caso fue más determinante la consideración de que la medida adoptada por las autoridades holandesas no satisfacía el test de proporcionalidad entre los intereses de los requirentes y los del Estado de controlar la inmigración<sup>35</sup>.

Por otro lado, el Tribunal considera que el Estado de acogida no ha hecho un justo equilibrio entre los diferentes intereses en juego: el bienestar del país frente a los intereses de la vida familiar de la madre y la hija<sup>36</sup>.

En el año 2014 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó sentencia en tres procedimientos<sup>37</sup> en los que el procedimiento de reagrupación familiar del Estado francés violaba el derecho a la vida recogido en el artículo 8 de la CEDH.

El señor Mugenzi natural de Ruanda y el señor Muzinga de Congo, comenzaron los trámites de reagrupación familiar de sus hijos en los años 2003 y 2007 respectivamente, encontrándose con distintos obstáculos a lo largo del procedimiento. Al hijo del Sr. Mugenzi por incoherencias entre la edad declarada en el certificado de nacimiento y la edad resultado de las pruebas de determinación de edad a las que el interesado había sido sometido le deniegan el visado; ya que según la ley francesa, uno de los criterios para reagrupar a los hijos es que sean menores de 19 años. A los hijos del Sr. Muzinga les denegaron expresamente los visados porque la validez de sus registros de nacimiento no se consideraba reales.

El Tribunal en estas sentencias reiteraba lo esencial que es la unidad de la familia para los refugiados ya

<sup>33</sup> VARGAS GÓMEZ URRUTIA, M: *La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Normas de extranjería y problemas de Derecho Aplicable*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 46.

<sup>34</sup> TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia de 1 de diciembre de 2005, Asunto *Tuquabo-Tekle c. Países Bajos*.

<sup>35</sup> Remito al trabajo de VAN WALSUM, S: "Comment on the Sen Case. How Wide is the margin of appreciation regarding the admission of children for purposes of family reunification", citado por LA SPINA, E: "Diferentes pautas interpretativas para la admisión de familiares extranjeros en la jurisdicción regional europea", *Revistas de estudios jurídicos*, op. cit, pág. 9.

<sup>36</sup> Sentencia de 31 de enero de 2006, asunto *Rodríguez de Silva y Hoogkamer c. Países Bajos*; de 31 de julio de 2008, asunto *Darren Omoregie y otros c. Noruega*.

<sup>37</sup> TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia de 10 de octubre de 2014, asunto *Mugenzi c. Francia*; de 10 de octubre de 2014, asunto *Tanda-Muzinga c. Francia*; de 10 de octubre de 2014, asunto *Senigo Longue y otros c. Francia*.



que a través de la reunificación familiar pueden reanudar su vida en el país de acogida. A nivel internacional y europeo existe un amplio consenso sobre la necesidad de los refugiados de beneficiarse de un procedimiento de reagrupación familiar más favorable que el previsto para los demás extranjeros.

El tercer caso también versa sobre las dificultades a las que la Sra Longue, mujer de un nacional francés originaria de Camerún, tuvo que hacer frente para reagrupar a sus hijos. Las autoridades francesas no consideraban auténticos los certificados de nacimiento de los hijos debido a la falta de pruebas de la relación familiar entre los menores y la mujer, finalmente ella tuvo que ir a Camerún para someterse a las pruebas de AND que probaron que la relación entre ellos era de madre-hijos. A juicio del TEDH la excesiva duración del procedimiento y los obstáculos que la señora Longue había tenido que enfrentar no le habían permitido hacer valer su derecho a vivir en familia junto a sus hijos.

Según el Tribunal, en los tres casos no se han respetado las circunstancias especiales de los interesados, es decir, el status de refugiado, ni el interés superior del menor, por lo que el procedimiento de reagrupación no ha cumplido con los requisitos de flexibilidad, rapidez y efectividad para garantizar el respeto del derecho a la vida familiar. Además, el TEDH ha reconocido en los dos primeros casos la dificultad de los solicitantes de poder proveer ulteriores elementos que pudieran probar su relación padre-hijo y la edad de éstos, sin tener por lo tanto la posibilidad de defender sus intereses.

Esta son las razones que llevan al Tribunal a concluir que el Estado francés no ha garantizado un equilibrio entre el interés del solicitante por un lado, y sus propios intereses nacionales de control de la inmigración y por tanto, ha violado el artículo 8 de la CEDH.

## CONCLUSIONES

Analizada esta jurisprudencia puede observarse una evolución en la concepción del derecho de reagrupación familiar por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En estos casos el Tribunal observa la repercusión que la denegación de este derecho tendría sobre la vida familiar de los demandantes y acaba subrayando la importancia que tiene que el núcleo familiar permanezca unido.

También se deduce que los Estados tienen libertad para establecer las condiciones de entrada de los inmigrantes en su territorio y no puede imponérselos que acepten la elección del lugar donde los ciudadanos han decidido desarrollar su vida familiar. Por lo que si fuera posible que todos los miembros de la familia residieran en el país de origen no se vulneraría el derecho a la vida familiar protegido en el artículo 8 del CEDH.

Parece obvio afirmar que el Estado no tiene la obligación de aceptar a ninguna persona extranjera en su territorio pero si lo hace y le otorga el permiso de residencia y la nacionalidad tiene que garantizarle los mismos derechos y libertades que a los ciudadanos de origen, entre ellos el derecho a desarrollar su vida familiar junto a los miembros de ésta. El Estado de acogida ha de ser consciente que todo extranjero que entre en su territorio una vez que regularice su situación va a pretender reunir con él a sus familiares.

Las sentencias expuestas anteriormente evidencian que el Tribunal de Estrasburgo no admite con carácter general la vulneración del artículo 8 del CEDH si no que valora determinados criterios como edad, lengua, la dependencia del progenitor, las condiciones del menor en su país de origen, etc para conceder o no la unión de la familia. La línea del Tribunal no beneficia al derecho de reagrupación familiar ya que tan solo consi-

dera que éste debe respetarse cuando hay situaciones que obstaculizan la vida familiar en el lugar de origen.

Es posible extraer de estas interpretaciones que las autoridades nacionales no deberían seguir identificando la reagrupación familiar como un problema exclusivo de política migratoria, aunque del artículo 8 CEDH no se derive directamente el derecho a la reagrupación familiar y sean los Estados los que tengan la potestad para establecer los criterios de admisión de los miembros de la familia por esta vía.

También es posible deducir que la protección de la familia conforme al artículo 8 del CEDH, tras encontrar el equilibrio entre el interés del particular y el interés colectivo del Estado, puede dar lugar al derecho de reagrupación familiar.

Por último, cabe señalar que la integración de la familia en el país de recepción forma parte del contenido del derecho a la vida privada y familiar como criterio para fundamentar el derecho de reagrupación familiar en el Estado de acogida<sup>38</sup>.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos destaca en su jurisprudencia que la concepción de “vida familiar” que contempla el artículo 8 del CEDH no se alude exclusivamente a las familias fundadas en un matrimonio si no que también se aplica a otro tipo de relaciones análogas a éstas.

Sin duda, otra de las cuestiones en las que el Tribunal pone especial interés es en la de los menores, determinando que el niño nacido de una relación entre dos personas es parte inmediata de la unidad familiar independientemente de la relación que tengan sus progenitores.

<sup>38</sup> VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M, “La dimensión familiar de la inmigración y el derecho a la reagrupación familiar”, Anuario de la *Escuela de Práctica Jurídica*, n° 1, op. cit, pág 5.

# Envejecimiento activo, calidad de vida y cuidado de la mujer en España

MARINA PÉREZ MONGE.

Doctora en Derecho.  
Profesora de Derecho Civil,  
Universidad de Zaragoza<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación (financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación) “Entre la guarda y el apoyo en el ejercicio de la capacidad: la reforma del sistema legal de atención a personas con discapacidad y a menores” (DER2013-41566-R), cuyas investigadoras principales son las Dras. DE SALAS MURILLO Y MAYOR DEL HOYO, y del Grupo consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón “Ius Familiae” (S-67), cuyo investigador principal es el Dr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ.



## RESUMEN

Este trabajo trata de relacionar la esperanza de vida de la mujer en España con su intervención como cuidadora de otras personas; y con su calidad de vida, y las consecuencias en la capacidad de obrar. Los resultados obtenidos son que la esperanza de vida de la mujer en España ciertamente es elevada y cuida de otras personas. Sin embargo, su calidad de vida es menor que la del varón, por lo que debe ser atendida por cuidadores. En ocasiones se produce una pérdida de su capacidad natural, que impedirá la toma de decisiones en un futuro. No obstante, el Derecho ofrece diversos instrumentos de protección para facilitar que la persona organice anticipadamente el modo y personas que tomarán decisiones personales y patrimoniales para el eventual momento en que ella no pueda.

**Palabras clave:** Envejecimiento, calidad de vida, cuidador, discapacidad, capacidad de obrar, modificación de la capacidad de obrar.

## 1. ENVEJECIMIENTO

En principio, se advierte que se ha producido una prolongación de la esperanza de vida en los últimos años, por lo que ha aumentado considerablemente el número de personas mayores<sup>2</sup>. En este sentido se ha calificado el siglo XXI como el “siglo de la Tercera Edad”<sup>3</sup>.

El Parlamento Europeo y el Consejo en su Decisión n° 940/2011/UE de 14 de septiembre de 2011 declaró el año 2012 como el “Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional”.

La Organización Mundial de la Salud define el envejecimiento activo como el proceso en que se optimizan las oportunidades de salud, participación y seguridad a fin de mejorar la calidad de vida de las personas a medida que envejecen. El envejecimiento activo permite que las personas realicen su potencial de bienestar físico, social y se centra en las personas mayores y en la importancia de dar una imagen pública positiva de este colectivo.

La Organización de Estados Americanos (OEA) aprobó el 15 de junio de 2015 la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, propuesta e impulsada por Argentina. La han firmado Brasil, Chile, Costa Rica y Uruguay<sup>4</sup>. Así, América es la primera zona del mun-

do que cuenta con una herramienta internacional vinculante para promover y proteger los Derechos Humanos de las personas mayores. Es un instrumento regional jurídicamente vinculante que protege los derechos humanos de las personas mayores y fomenta un envejecimiento activo en todos los ámbitos.

Ya en 1997, con un ámbito subjetivo más amplio, proponía GARCÍA CANTERO la conveniencia de una Declaración Universal de los Derechos de la Tercera Edad o de las Personas Mayores<sup>5</sup>. De este modo, se muestra la atención de diversas instituciones a esta cuestión.

En particular, España sigue su proceso de envejecimiento, como el resto de países de nuestro entorno. Así, según los datos del Instituto Nacional de Estadística, en 2015 en nuestro país había 46.624.382 personas, de las cuales 8.573.985 eran personas mayores (65 y más años), el 18,4% sobre el total de la población. Se observa que sigue creciendo en mayor medida la proporción de octogenarios, de modo que representan el 5,8% de toda la población. Si se compara con el año precedente, se observa que aunque ha disminuido la población total en el año 2015, sin embargo ha aumentado el número de personas mayores de 65 años; y en particular de octogenarios<sup>6</sup>. Así, se observa el proceso de envejecimiento progresivo de la población española.

## ABSTRACT

### Active aging, quality of life of women in Spain and their role taking-care of others

This paper intends to relate women's life expectancy in Spain with her role in taking-care of other people, as well as with her quality of life and its consequences in her capacity to act. The findings are that although female life expectancy in Spain is certainly high and it is true that women are usually who take care of others, their quality of life is worse than males' and in the end women themselves must be looked after by carers. Sometimes, there is a loss of women's natural capacities, which will impair decision-making in the future. Nevertheless, Law offers different instruments of protection in order to make it easier for the person to organise in advance the way and the people who will make personal and patrimony decisions, in the event she is no longer able to do it.

**Key words:** ageing, quality of life, taking-care of others, disability, legal capacity, modification of the legal capacity, protection of persons.

<sup>2</sup> Cfr. PÉREZ MONGE, “Edad avanzada”, en SOLÉ RESINA, (coord.) y GETE-ALONSO Y CALERA, (dir.), *Tratado de Derecho de la Persona Física*, pp. 738 y ss. Afirma: “La realidad propia del anciano es descrita también con otros términos: son frecuentes los sintagmas *persona mayor*, *persona de edad avanzada*, *persona de cierta edad* o *persona que se encuentra en la tercera edad* o incluso, en la *cuarta edad*. Algunos autores diferencian entre la tercera edad (*young old*, o ancianos jóvenes, referido a personas entre 65y 75 años); y la cuarta edad (*oldest old*, o ancianos más viejos que incluye a quienes tienen más de 75 años. [...] Así pues, el término “edad avanzada”, utilizado ya en nuestra doctrina desde los años 70 junto a otros términos como “personas mayores” se va asentando en los textos legales y la doctrina.

<sup>3</sup> Cfr. CASTÁN VÁZQUEZ, “La tercera edad y el Derecho”, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, n° 31, 2001, pp. 340-341.

<sup>4</sup> Se puede consultar en [http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_A-70\\_derechos\\_humanos\\_personas\\_mayores\\_firmas.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores_firmas.asp)

<sup>5</sup> GARCÍA CANTERO, “¿Hacia una declaración universal de los derechos de las personas mayores?”, *Proyecto Social. Revista de Relaciones Laborales*, n° 4-5, 1997, p. 29.

<sup>6</sup> Así, según los datos del Instituto Nacional de Estadística en 2014 en nuestro país había 46.771.341 personas, de las cuales 8.442.427 eran personas mayores (65 y más años), el 18,1% sobre el total de la población. En dicha fecha, la proporción de octogenarios representaba el 5,7% de toda la población.

<sup>7</sup> Cfr. ABELLÁN GARCÍA y PUJOL RODRÍGUEZ, “Un perfil de las personas mayores en España, 2016. Indicadores estadísticos básicos”, Madrid, Informes Envejecimiento en red n° 14, p. 10. (Fecha de publicación: 22/01/2016; última consulta: marzo de 2016). Cfr. en: <http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/enred-indicadoresbasicos16.pdf>

<sup>8</sup> Cfr. ABELLÁN GARCÍA y PUJOL RODRÍGUEZ, “Un perfil de las personas mayores en España, 2016. Indicadores estadísticos básicos”, Madrid, Informes Envejecimiento en red n° 14, p. 10. (Fecha de publicación: 22/01/2015; última consulta: junio de 2015), p. 5. Cfr. en: <http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/enred-indicadoresbasicos16.pdf>

<sup>9</sup> Cfr. ABELLÁN GARCÍA y PUJOL RODRÍGUEZ, “Un perfil de las personas mayores en España, 2016. Indicadores estadísticos básicos”, Madrid, Informes Envejecimiento en red n° 14, p. 18. (Fecha de publicación: 22/01/2016; última consulta: marzo de 2016). Cfr. en: <http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/enred-indicadoresbasicos16.pdf>

<sup>10</sup> Cfr. ABELLÁN GARCÍA y PUJOL RODRÍGUEZ, “Un perfil de las personas mayores en España, 2016. Indicadores estadísticos básicos”, Madrid, Informes Envejecimiento en red n° 14, p. 19. (Fecha de publicación: 22/01/2016; última consulta: marzo de 2016). Cfr. en: <http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/enred-indicadoresbasicos16.pdf>

<sup>11</sup> Datos del Instituto de Mayores y Servicios Sociales, tomando como fuente la Tesorería General de la Seguridad Social (la última consulta se realizó en marzo de 2016): [http://www.dependencia.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/im\\_062035.pdf](http://www.dependencia.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/im_062035.pdf)

El número de cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia a fecha 31-1-2014 también era predominantemente femenino: 1.698 hombres frente a 14.674 mujeres (incluidos en el Convenio especial que regula esta materia), según los datos del Instituto de Mayores y Servicios Sociales, tomando como fuente la Tesorería General de la Seguridad Social (la consulta se realizó en marzo de 2014): [http://www.dependencia.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/im\\_062035.pdf](http://www.dependencia.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/im_062035.pdf)

Este número ha descendido llamativamente en estos últimos años.

<sup>12</sup> IMSERSO, Estadísticas: [http://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/im\\_082952.pdf](http://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/im_082952.pdf)

Por otra parte, se constata que en 2015 las mujeres españolas tienen una esperanza de vida al nacer de 85,6 años, y los varones de 80,1 años<sup>7</sup>. En este sentido, se afirma que “el sexo predominante en la vejez es el femenino. Hay un 33% más de mujeres (4.897.713) que de hombres (3.676.272)”<sup>8</sup>.

Desde el año 2014, el Instituto Nacional de Estadística elabora con frecuencia bienal Proyecciones de Población con un horizonte de 50 años (2014-2063) para el total nacional. La diferencia en años de esperanza de vida al nacimiento a favor de la mujer creció y se mantuvo estable en España hasta mediados de los años noventa, como consecuencia de una mortalidad masculina más elevada debida a factores biológicos, estilos de vida y conductas de riesgo. Pero esta diferencia a favor de la mujer se ha ido reduciendo en las dos últimas décadas: 7,1 años de diferencia a favor de la mujer en el año 1993, 6,6 años en el año 2003 y 5,6 años en el año 2013. Según estas proyecciones, la esperanza de vida al nacimiento alcanzaría los 84,0 años en los hombres y los 88,7 en las mujeres en el año 2029, lo que supone una ganancia respecto a los valores actuales de 4,0 y de 3,0 años respectivamente. Estos valores serían de 90,9 años de esperanza de vida al nacimiento para los hombres en el año 2063 y de 94,3 años para las mujeres en el año 2063. Así en 2014, las mujeres tenían una esperanza de vida 5,6 años superior a la de los hombres, en 2015 se ha reducido a 5,5. Sin embargo, según lo expuesto se prevé que tal diferencia se reducirá a 3,4 años en 2063. Por ello, se observa una progresiva aproximación en la esperanza de vida de varones y mujeres, así como una tendencia a su incremento.

## 2. FORMAS DE CONVIVENCIA Y CUIDADORES

En España, tres de cada cuatro mayores que viven solos son mujeres (2011: 429.700 hombres, 1.279.485, mujeres). La frecuencia de contactos entre las distintas generaciones de una familia es uno de los principales vehículos de la solidaridad familiar, que atenúa en gran manera las necesidades de ayuda de los mayores que llegan al ámbito público. Los contactos intergeneracionales son más frecuentes en los países meridionales que en el resto de Europa, entre los que se cuenta España<sup>9</sup>.

Respecto de las personas que se encargan del cuidado, quien fundamentalmente cuida de los hombres mayores que necesitan ayuda es su cónyuge, seguida de su hija. En el caso de las mujeres mayores que necesitan ayuda se invierte el orden, son las hijas las que fundamentalmente se hacen cargo de los cuidados, seguidas de otros familiares y amigos<sup>10</sup>.

El número de personas a quienes se aplica el Convenio especial de cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia a fecha 31-1-2016 es predominantemente femenino: 1.141 hombres frente a 9.884 mujeres (incluidos en el Convenio especial que regula esta materia)<sup>11</sup>.

En ocasiones, el hecho de cuidar a una persona enferma lleva al cuidador a pensar en la posibilidad de que él puede encontrarse en una situación similar y se plantea por ejemplo realizar un documento de voluntades anticipadas<sup>12</sup>.

En esta mismo sentido, DURÁN HERAS, afirma: “La feminización del cuidado se produce en todos los grupos de edad: entre los cuidadores, la proporción de hermanas respecto a hermanos es de 5’4 a 1. Entre hijas/hijos, de 4’1; y entre madres/padres, de 9’3. Los componentes tradicionales, históricos o culturales de esta desproporción en las tareas de cuidado son indiscutibles, pero la realidad choca de frente con algunos principios de igualdad defendidos desde la





Constitución (artículos 1,14, 31 y 35, entre otros) o por el Código Civil (artículo 68 y Título VI, entre otros), donde en ningún caso se menciona la especial obligatoriedad de las mujeres a prestar cuidado a sus familiares enfermos o dependientes”<sup>13</sup>.

Respecto de esta situación VALPUESTA FERNÁNDEZ afirma: “La atención y el cuidado de los hijos y dependientes seguían siendo una cuestión femenina, cuyas consecuencias se intentan paliar con políticas sociales que tienen como destinatarias a las madres y las esposas; con lo que no termina todo de cambiar, ya que aquellas siguen identificadas con sus funciones tradicionales que quedan al margen de toda valoración. Y, en efecto, se habla entonces de las guarderías para las madres, de las ayudas que hay que prestar a las mujeres cuidadoras y todo un conjunto de medidas referidas a las mujeres, ignorando en este sentido a los padres y demás varones”<sup>14</sup>.

Como afirma VALPUESTA FERNÁNDEZ, “A las normas que aspiran a la igualdad sustancial se añade como una nueva perspectiva, el género, que contempla a las mujeres y a los hombres como sujetos de la relación, y señala la interdependencia que entre ambos existen, de tal manera que actuando sobre uno se puede incidir en la situación del otro; más específicamente, el género revela que en determinadas situaciones o circunstancias sólo se puede cambiar la posición de las mujeres tomando medidas respecto de los varones [...] Así pues, a modo de conclusión, el arco histórico que marca la historia más reciente de las mujeres va del estatus que revela las limitaciones a su autonomía personal hasta el género que involucra a los hombres en las soluciones que se arbitran de promoción de las mujeres hacia su plena autonomía. [...] El género aporta algo más que ser una construcción social, pone de manifiesto el carácter relacional que el mismo tiene, en el sentido de que revela el engarce que existe entre la posición de las mujeres y los varones”<sup>15</sup>.

Ciertamente, es una realidad que el número de mujeres que se encargan del cuidado de los mayores es superior al de los varones.

### 3. CALIDAD DE VIDA

Existen tantas esperanzas de vida saludable como conceptos de salud. Las más comúnmente utilizadas se basan en la salud percibida, las actividades de la vida diaria y la morbilidad crónica.

Las esperanzas de vida saludable se desarrollaron para saber si una vida más larga se acompañaba de un aumento en el tiempo vivido en buena salud (escenario de compresión de la morbilidad) o en mala salud (expansión de la morbilidad). Así, la esperanza de vida saludable descompone la esperanza de vida en diferentes estados de salud y añade una dimensión cualitativa a la cuantitativa de los años vividos. Asimismo, atiende a la limitación en sus actividades diarias por un problema de salud física o mental, una enfermedad o una discapacidad.

Los años de vida saludable son superiores en el varón. En concreto, este indicador en España en 2011 fue de 66,4 años, 67,0 en hombres y 65,9 en mujeres<sup>16</sup>.

De la mayor esperanza de vida e incidencia de enfermedades en las mujeres se deduce un incremento de sus necesidades. En concreto, desde un punto de vista jurídico, se produce una importante limitación por la pérdida progresiva de la capacidad natural ligada a la edad, que se analiza a continuación. Además, el elevado número de mujeres que cuida a personas en esta situación les lleva a pensar en la posibilidad de que pueden encontrarse así, y reflexionar acerca de las vías jurídicas que les permiten organizar la eventual necesidad de que en un futuro otra persona tome decisiones de carácter personal sobre ella. Por ello, en ocasiones otorgan documento de voluntades anticipadas.

En este sentido, a título de ejemplo, en Aragón, desde el año 2003 hasta

febrero de 2016, se han realizado 6.783 documentos de voluntades anticipadas, y el porcentaje de mujeres es de 62,97%, y el de los varones de 37,02%<sup>17</sup>, lo que puede responder, entre otras causas, a la dedicación al cuidado de los mayores, y la reflexión de que quien cuida en un futuro puede encontrarse en situación en la que no pueda manifestar su voluntad<sup>18</sup>.

### 4. PARTICULAR ATENCIÓN A LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD NATURAL LIGADA A LA EDAD

En principio, las personas mayores de edad gozan de plena capacidad de obrar —sin modificación judicial de la capacidad—, son sujetos de derecho (tienen personalidad jurídica) y ostentan aptitud para ser titulares de derechos y deberes, y ejercitarlos (capacidad jurídica y capacidad de

<sup>13</sup> DURÁN HERAS, Género y Dependencia, 2014. Se puede consultar en <https://envejecimientoenred.wordpress.com/2014/05/30/genero-y-dependencia/>

<sup>14</sup> VALPUESTA FERNÁNDEZ, “Identidad: Derecho y género”, en SOLÉ RESINA, (coord.) y GETE-ALONSO Y CALERA, (dir.), *Tratado de Derecho de la Persona Física*, vol. II, Pamplona, 2013, p. 526.

<sup>15</sup> VALPUESTA FERNÁNDEZ, op. cit., pp. 529-530.

<sup>16</sup> Cfr. GUTIÉRREZ-FISAC, SUÁREZ, NEIRA y REGIDOR, *Esperanzas de vida en salud en España 2006-2011. Años de vida saludable en España y sus Comunidades Autónomas*, Madrid: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2013, p. 9; Indicadores de Salud 2013 Evolución de los indicadores del estado de salud en España y su magnitud en el contexto de la Unión Europea, Madrid, 2014, p.17. Se aporta la más reciente debido a su carácter quinquenal.

<sup>17</sup> Datos facilitados directamente por el Registro de Voluntades Anticipadas de Aragón.

<sup>18</sup> Además el número de testamentos otorgados por mujeres es significativamente superior al de los varones. Como complemento a las previsiones citadas, cfr. TORRES GARCÍA y GARCÍA RUBIO, “La perspectiva de género en el Derecho de Sucesiones”, en *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Madrid, 2014, p. 211.

<sup>19</sup> Cfr. GETE-ALONSO Y CALERA y NAVAS NAVARRO, “La situación jurídica de las personas mayores”, en BLÁZQUEZ MARTÍN, *Los derechos de las personas mayores: perspectivas sociales, jurídicas, políticas y filosóficas*, Sevilla, 2007, pp. 44-45.

<sup>20</sup> Datos oficiales del IMSERSO (la última consulta se realizó en marzo de 2016). Cfr. [http://www.dependencia.imserso.es/dependencia\\_01/documentacion/d\\_clic/index.htm](http://www.dependencia.imserso.es/dependencia_01/documentacion/d_clic/index.htm)

<sup>21</sup> Cfr. TORRES GARCÍA, “Discapacidad e incapacitación”, en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, (coord.), *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, Madrid, 2007, pp. 437 y ss.; y en “Enfermedades y deficiencia”, en SOLÉ RESINA (coord.) y GETE-ALONSO Y CALERA (dir.), *Tratado de Derecho de la Persona Física*, vol. II, Pamplona, 2013, pp. 53 y ss.

<sup>22</sup> Sobre esta materia, se pueden citar los siguientes trabajos: DE SALAS MURILLO (coord.), *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, Zaragoza, 2010, pp. 293 y ss.; MAYOR DEL HOYO, “Más allá del acogimiento de menores: incapacitados, tercera edad y *nasciturus*”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, N° 734, 2012, pp. 3213 y ss.; DE SALAS MURILLO (coord.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, Madrid, 2013; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Navarra, 2014, pp. 117 y ss.; GERMÁN URDIO-LA, *Derechos humanos, enfermedad mental y bioética*, Cizur Menor, 2015; GARCÍA ALGUACIL, “El difuso equilibrio entre autonomía y protección: algunos instrumentos de asistencia a la luz de la convención”, *Avanzadí civil-mercantil*. Revista doctrinal, 1, N°. 9, 2015, pp. 91 y ss.; PARRA LUCÁN, *La voluntad y el interés de las personas vulnerables. Modelos para la toma de decisión en asuntos personales*, Madrid, 2015.

<sup>23</sup> Cfr. TORRES GARCÍA, “Enfermedades y deficiencia”, en SOLÉ RESINA, (coord.)/GETE-ALONSO Y CALERA, (dir.), *Tratado de Derecho de la Persona Física*, vol. II, Pamplona, 2013, p. 64. En este sentido afirmaba TORRES GARCÍA, T. F., “Discapacidad e incapacitación”, en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (coord.), *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, Madrid, 2007, p. 460 que “incapacitado judicialmente y discapacitado tienen dos ámbitos de actuación totalmente diferenciados”.

<sup>24</sup> PÉREZ MONGE, “Pérdida progresiva de la capacidad natural ligada a la edad y voluntades anticipadas: ¿puede ser relevante la perspectiva de género?”, *La feminización del Derecho Privado*, Carmona III, 2014 (Pendiente de publicación).



obrar<sup>19</sup>. Ahora bien, si procede la limitación de su capacidad de obrar debe declararse judicialmente mediante el correspondiente proceso de modificación judicial de la capacidad (art. 199 Cc, 221 Código de Derecho civil de Cataluña, art. 38 Código de Derecho foral de Aragón). Así, lo que determina la modificación judicial de la capacidad no es la edad en sí misma, sino las enfermedades o deficiencias que impiden a la persona gobernarse por sí misma. Ahora bien, es cierto que a medida que aumenta la edad, aumentan estas situaciones y se incrementa el número de personas a quienes se reconocen prestaciones por las necesidades que presentan. En este sentido, el 55,18 % de las personas beneficiarias con prestación tienen más de 80 años. Entre ellas, el 77,69% son mujeres (según datos del IMSERSO a 31 de diciembre de 2015)<sup>20</sup>.

De este modo, la persona de edad avanzada tiene plena capacidad de obrar. No obstante, si concurre causa de incapacitación, y conviene, atendidas las circunstancias, se podrá declarar la modificación judicial de su capacidad (art. 149 LEC, modificado por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria), para proteger adecuadamente su persona y sus bienes<sup>21</sup>. Así, podrá intervenir en la organización de la protección mediante la designación de la persona que será, en su caso, el tutor. También podrá otorgar poderes preventivos o ser debidamente atendido mediante la asistencia. Finalmente, las personas de edad pueden encontrarse como “incapaces naturales” no incapacitados, con la problemática

general de esta situación<sup>22</sup>. Como señala TORRES GARCÍA “la discapacidad no es incapacitación”<sup>23</sup>.

Se debe tener en cuenta, por tanto, el aumento del número de personas mayores, que en ocasiones pierden la capacidad natural, y en su caso el conocimiento previo de que no podrán tomar decisiones sobre su persona y bienes por el desarrollo progresivo de determinadas enfermedades<sup>24</sup>. Así sucede, a título de ejemplo, cuando se diagnostica la enfermedad de Alzheimer. Esta enfermedad degenerativa afecta a unas 800.000 personas en España, a uno de cada diez mayores de 65 años. En estos casos, se plantea la situación de personas que conocen que en un futuro previsiblemente no podrán manifestar su voluntad, y en el marco que nuestro Derecho reconoce a la autonomía de la voluntad de la persona, deciden organizar el modo y las personas que tomarán, en su caso, decisiones que les afecten de modo muy relevante en su vida. Para ello el Derecho regula los siguientes instrumentos:

**A**  
**Documento de voluntades anticipadas:** Mediante dicho instrumento, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente. Es llamativo el perfil de la persona que lo otorga: las personas de mediana edad y predominantemente las mujeres son las que con mayor frecuencia formalizan un documento



de voluntades anticipadas. Tienen niveles de instrucción elevados, pertenecen a clases socioeconómicas medias, sus formas de convivencia distintas a vivir en pareja y con hijos en el domicilio y poseen escasos niveles de interacción social. Suelen ser pacientes crónicos, pero independientes para realizar actividades de la vida diaria y, en su mayoría, convencidos de poder intervenir en su situación de salud actual. Cuentan con frecuencia con algún familiar que previamente ha realizado un Documento de Voluntades Anticipadas y consideran útil el documento ante la muerte de un allegado, tal vez por haber participado como cuidadores de un enfermo terminal<sup>25</sup>.

## B

**Autotutela:** Es la facultad que se reconoce a una persona capaz para que, en previsión de su futura incapacitación configure el régimen tutelar que considere oportuno, con respeto a los límites legales<sup>26</sup>.

## C

**Poderes preventivos:** Se trata de un mandato/poder que será eficaz en el supuesto de que el mandante pierda su capacidad. Se distinguen dos modalidades:

**a** El mandato continuado, en que hay un mandato/poder ordinario con una cláusula que ordena que no se extinga el mandato pese a la incapacitación sobrevinida del mandante;

**b** O el *ad cautelam*, que es el verdaderamente preventivo, en virtud del cual el mandato/poder será eficaz en el supuesto de que el mandante pierda su capacidad.

Se ha valorado positivamente el acierto de regular los poderes preventivos, que compatibilizan la autonomía de la voluntad con las instituciones de protección a las personas. Además el carácter subsidiario de cualquier medida de protección para el caso de que se hubieran otorgado poderes permite una organización ajustada a la voluntad del otorgante.

## D

**Asistencia:** Es una institución de protección prevista para la persona mayor de edad que, en situación de ancianidad, enfermedad física o psíquica que no han llegado a privarle de su capacidad de querer y entender, se ve limitada, sin embargo en su capacidad de obrar, y decide voluntariamente dotarse de un instrumento estable de protección y complemento de capacidad<sup>27</sup>.

En el Derecho alemán, en 1990 se eliminó la figura de la incapacitación (reservando la tutela y curatela para los menores de edad) y, con la finalidad de mejorar la situación en particular de las personas mayores, para facilitar el libre desarrollo de su personalidad y fortalecer su libertad, se delimitó la figura de la asistencia (“Betreuung”) en los parágrafos 1896 a 1908 BGB. Se prevé el nombramiento de un asistente (“Betreuer”), que se efectúa por el tribunal tutelar a petición de la propia persona o de oficio en los casos en que una persona mayor de edad no pueda valerse por sí. Representa legalmente al asistido en los actos que el juez determina, pero la persona asistida conserva su capacidad de obrar<sup>28</sup>. Esta figura de protección, sin antecedentes directos en los Derechos civiles españoles, se ha regulado en la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (arts. 226-1 a 226-7 ss.). En concreto, esta materia se regula en el capítulo VI, intitulado “La asistencia” y se integra en el Título II, dedicado a las Instituciones de Protección de la Persona. Así, el Código civil de Cataluña regula con detalle la asistencia, figura que podrá ser, en su caso, de gran interés para las personas de edad avanzada. Ciertamente, se está mostrando su utilidad en la realidad práctica de Cataluña<sup>29</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

**1** Las mujeres españolas tienen una esperanza de vida al nacer de 85,6 años, y los varones de 80,1 años. Se

encargan predominantemente del cuidado de los mayores.

**2** Los años de vida saludable son superiores en el varón. En concreto, este indicador en España en 2011 fue de 66,4 años, 67,0 en hombres y 65,9 en mujeres.

**3** La mujer tiene una esperanza de vida superior al varón. Sin embargo, el varón le supera en años de vida saludable.

**4** La pérdida progresiva de la capacidad natural aumenta con la edad, así como las necesidades de atención a las personas, como muestra el dato de que más de la mitad de las personas beneficiarias de prestación en 2014 superaba la edad de 80 años. De ellas dos tercios son mujeres.

**5** Las personas que conocen que en un futuro no podrán tomar decisiones personales y patrimoniales pueden organizar el modo y personas que se ocuparán de ello mediante diversos instrumentos de protección: documento de voluntades anticipadas, autotutela, poder preventivo y asistencia.

<sup>25</sup> Cfr. DEL POZO PUENTE, LÓPEZ-TORRES HIDALGO, SIMARRO HERRÁEZ, GIL GUILLÉN, “Características sociosanitarias de quienes formalizan el documento de voluntades anticipadas”, *Semergen*. 2014, p. 5.

<sup>26</sup> Cfr. PÉREZ MONGE, “Edad avanzada”, en SOLÉ RESINA, (coord.) y GETEALONSO Y CALERA, (dir.), *Tratado de Derecho de la Persona Física*, pp. 738 y ss.

<sup>27</sup> Cfr. PÉREZ MONGE, “Edad avanzada”, en SOLÉ RESINA (coord.) y GETEALONSO Y CALERA, (dir.), *Tratado de Derecho de la Persona Física*, vol. II, Pamplona, 2013, pp. 699 y ss.

<sup>28</sup> Cfr. PÉREZ MONGE, “Edad avanzada”, en SOLÉ RESINA, (coord.)/GETEALONSO Y CALERA, (dir.), *Tratado de Derecho de la Persona Física*, vol. II, Pamplona, 2013, pp. 699 y ss., p. 739.

<sup>29</sup> Informe sobre la Jornada de Discapacidad y Familia, organizada por The Family Watch, p. 35. Se puede consultar en <http://www.thefamilywatch.org/wp-content/uploads/resumen.pdf>

# El proceso de ingreso “no voluntario” en residencias de mayores

MARÍA JESÚS GERMÁN.  
Doctora en Derecho.  
Abogada de la Fundación Rey Ardid.



## RESUMEN

La evolución de la sociedad y los cambios en el modelo de cuidados de mayores han obligado a introducir numerosas iniciativas legislativas destinadas a dotar a la sociedad de medios destinados a cubrir las múltiples carencias de diversa índole que estas diferentes situaciones requieren. Pese a los cambios, diversos estudios presentan a la “mujer” –dentro del ámbito asistencial– como principal cuidadora y receptora de cuidados, y destacan que la mayor parte de tareas de cuidado directo de nuestros mayores son desempeñadas por mujeres tanto desde el ámbito informal como desde el profesional, por lo que se ven marcadas por un importante factor de género.

La previsión de disposiciones por parte de nuestros mayores destinadas a clarificar las decisiones que han de adoptarse en el momento en que no cuentan con capacidad suficiente para otorgarlas (designación de representante en caso de incapacidad, elaboración del documento de voluntades anticipadas, testamento, etc) aseguran el respeto de su voluntad y dotan de la necesaria seguridad jurídica en caso de futuros procesos judiciales, sanitarios o de cualquier índole que afecten directamente a la persona o a su patrimonio, evitando problemas familiares así como la ardua tarea de que allegados tengan que adoptar al final de los días decisiones tan necesarias como dolorosas.

**Palabras clave:** El cuidado de mayores, aspectos legales, feminización de las personas mayores y de las cuidadoras, últimas voluntades y testamento.

## ABSTRACT

The evolution of society and changes in the model of care for the elderly have been forced to introduce a number of legislative initiatives to provide society with means to cover the multiple deficiencies of various kinds that these different situations require. Despite the changes, several studies show the “woman” –within the scope of receiving assistance– as primary caregiver and receiving care, and note that most tasks of direct care of our elderly are performed by women both from the informal sphere and from the professional, so they are marked by a significant gender factor.

The forecast provisions by our elders designed to clarify the decisions to be taken at the time that do not have sufficient capacity to grant them (designation of a representative in case of incapacity, preparation of last wishes related to treatments and dead, will, etc) ensure respect for their will and provide it with the necessary legal certainty in case of future legal, medical or any other type processes that directly affect the person or their property, preventing family problems and the hard work that relatives have to adopt at the end of live, necessary but some times painful decisions.

**Keywords:** The eldercare, legal aspects, feminization of the elderly and caregivers, last desires, will.

Ningún problema existe cuando una persona con plenas facultades mentales ingresa libre y voluntariamente en una residencia de mayores si cuenta con suficiente capacidad para adoptar tal decisión y puede evaluar las diferentes opciones que se le presentan.

El conflicto surge en aquellos casos en los que la voluntad de la persona que ha de otorgar el consentimiento está viciada, bien porque es compelida de alguna forma a la aceptación de la medida o porque carece de capacidad suficiente para poder adoptar una decisión válida a consecuencia de su edad o de algún trastorno psíquico significativo (demencia senil, alzhéimer...).

Dado que la decisión de ingresar a una persona en un centro residencial puede afectar a su libertad, su adopción solo puede llevarse a cabo por el afectado o, en su defecto, por el juez.

Consecuencia de ello es que el sujeto que no esté capacitado para otorgar consentimiento válido y precise de atención y cuidados especializados puede verse abocado a dos procesos judiciales destinados a garantizar sus derechos: el proceso de modificación de la capacidad de obrar y la autorización de ingreso no voluntario en centro adecuado a sus necesidades<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> El internamiento involuntario en centro adecuado a la patología del sujeto afectado no implica obligatoriamente la necesidad de iniciar un procedimiento de incapacitación. Aunque es cierto que en supuestos de residencias de mayores pueden ir íntimamente unidos, a diferencia de otros ámbitos como el de la enfermedad mental donde una persona puede estar aquejada en un momento puntual de una sintomatología que le impide gobernarse puntualmente en todos o alguno de los ámbitos de su vida, pero una vez haya sido debidamente tratada puede recuperar su capacidad natural y decidir libremente sobre cualquier aspecto de su vida. No obstante lo dicho y en el tema que nos compete –referente a residencias de la tercera edad– en la mayoría de los casos nos encontramos ante patologías degenerativas que cuentan como consecuencia permanente o progresiva con un importante deterioro cognoscitivo del sujeto afectado que le priva indefinidamente de capacidad natural para adoptar decisiones razonadas y debidamente valoradas.



<sup>2</sup> Según datos tomados del Libro Blanco sobre personas en situación de dependencia, publicado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales en diciembre de 2004, el envejecimiento va a continuar en los próximos años. Hoy en día la esperanza de vida en nuestro país se cifra en 77 años para los hombres y 83 para las mujeres, lo que convierte a España en uno de los países más envejecidos de Europa dentro de la que se ha dado llamar la “era de la longevidad”.

<sup>3</sup> Observatorio de Personas Mayores. Boletín sobre el envejecimiento n.º 35: Cuidadoras y cuidadores: el efecto del género en el cuidado no profesional de los mayores. Ministerio de Educación, Política Social y Deporte. Octubre 2008. El citado estudio, que aporta interesantes datos sobre el cuidado de mayores en el año 2005 nos indica que el 84% de los cuidadores en nuestro país son mujeres; lo más habitual hijas (50%) o la esposa o compañera (12%) y en menor medida las nueras (9%); porcentajes estos que contrastan con los de cuidadores hijos, esposos y yernos (8%,5% y 2% respectivamente). Estos datos no se han visto afectados por el cambio en el entorno en los últimos años, ya que el porcentaje de mujeres cuidadores no solo no ha disminuido desde 1995 (fecha del anterior informe sobre el tema del INSERSO), sino que por el contrario, se ha visto ligeramente incrementado (de un 83 a un 84%).

<sup>4</sup> Como ya hemos indicado, las características de los centros residenciales de los que se ha extraído la muestras son heterogéneas:

1. Algunos de los centros son de carácter exclusivamente privado o público y otros mixtos (es decir, cuentan con plazas de carácter privado y otras concertadas).

2. El número de plazas residenciales varía considerablemente: desde residencias de más de 125 plazas a residencias de 30/35.

3. Algunos de los centros se ubican en el núcleo urbano y otros se encuentran en diferentes pueblos de la Comunidad Autónoma.

<sup>5</sup> La encuesta nacional realizada en 2004 en Estados Unidos (NAC & AARP, 2004) indica que el 63% de los cuidadores de personas dependientes de más de 50 años son mujeres, mientras que lo son un 59% de los cuidadores de Alzheimer (Alzheimer’s Association & National Alliance for Caregiving –NAC–2004). El Instituto Australiano de Salud y Bienestar indica que el 54,5% de los cuidadores mayores de 60% en este país son mujeres (Instituto Australiano de Salud y Bienestar).

## 1. LA EVOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD Y LOS CAMBIOS EN EL MODELO DE CUIDADO DE MAYORES

La situación descrita ha de ponerse necesariamente en relación con el profundo cambio que la configuración del núcleo familiar ha sufrido en nuestra sociedad en los últimos años: los Estados son conscientes de las crecientes necesidades de carácter social que de ellos se predicen, lo que les ha obligado a introducir diversas iniciativas legislativas destinadas a dotar a la sociedad de los medios necesarios para cubrir numerosas carencias de índole asistencial. Aun a riesgo de parecer pesimistas puede afirmarse que en la actualidad, la respuesta prestada por el Estado es notoria y manifiestamente insuficiente<sup>2</sup>.

Pese al transcurso de los años y la evolución de la sociedad, el peso del cuidado de personas discapacitadas (especialmente el de los grandes dependientes) se encuentra marcado por el factor de género. Los diversos estudios sobre la materia concluyen de forma unánime que las tareas de cuidado recaen mayoritariamente sobre las mujeres, representado el 84% del universo del cuidador informal<sup>3</sup>. Como veremos a lo largo del presente artículo, en el ámbito residencial, el factor de género arroja similares proporciones en cuanto al porcentaje de cuidadores profesionales que prestan servicios en los centros.

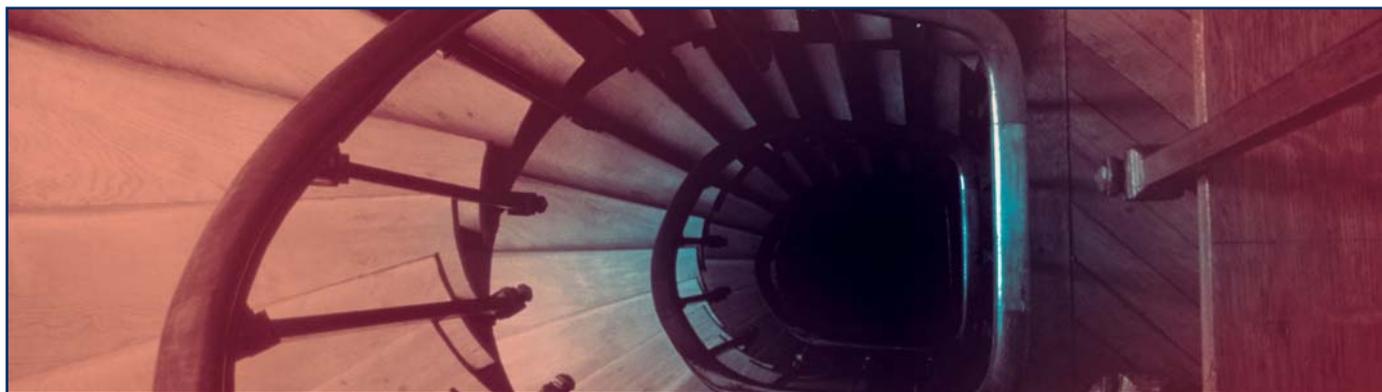
Con objeto de aportar datos concretos, he llevado a cabo un estudio en el que se analizan datos extraídos

de diferentes centros residenciales de carácter público, privado y mixto en la Comunidad Autónoma de Aragón sobre una muestra de 1.194 residentes y sus cuidadores. La muestra es significativamente heterogénea dadas las diferentes características de las residencias que han participado<sup>4</sup>.

La recogida de datos se ha efectuado por medio de los responsables de los diferentes centros residenciales. Todos ellos han recibido idéntica información sobre el propósito de estudio, y el mismo cuestionario (en el que figuraba la batería de preguntas a contestar) participando de forma voluntaria y conociendo que en su recogida se iba a preservar la debida confidencialidad. En algunos casos, tras la transferencia de datos se contactó telefónicamente para aclarar ítems confusos, contradictorios o que se encontraban en blanco.

Al tratarse de una muestra incidental o de conveniencia, se ha comparado su representatividad con otros informes sobre la materia (INSERSO 2008) cotejándolos con los valores que constan en el citado informe, aunque, dado el diferente enfoque del estudio sólo es posible extrapolar determinados datos de aspectos significativos. Los resultados obtenidos vienen a corroborar y ampliar el distinto perfil de cuidadores y cuidadoras de mayores dependientes reflejado en estudios anteriores, así como el de mayores dependientes de otros países<sup>5</sup>.

Uno de los resultados que llama la atención es el referente al número de cuidadoras profesionales en cen-





tros residenciales: 87,4%; cifra similar a la que presentan la mayoría de estudios al referirse a cuidadores informales (de los 277 trabajadores que componen la muestra el 87,4% son mujeres y solo el 12,6% varones). Esta diferencia porcentual significativa no se traslada a puestos de trabajo de especial relevancia en cuanto a cualificación profesional.

El incremento de plazas residenciales tiene su origen en uno de los problemas que preocupa de modo significativo a nuestra sociedad: la “dependencia”. Según los datos del Padrón Continuo (INE) en España, a 1 de enero de 2015 hay 8.573.985 personas mayores (65 y más años), lo que supone el 18,4% sobre el total de la población (46.624.382). El incremento de la esperanza de vida, el significativo aumento de enfermedades degenerativas y un importante número de personas discapacitadas a consecuencia de accidentes y enfermedades provocan que las familias y la sociedad en su conjunto tengan que hacer frente a las múltiples y diversas obligaciones que estas situaciones requieren. Sin embargo, tal y como se desprende del estudio sobre el envejecimiento realizado por el IMSERSO en 2008, los Servicios Sociales solo cuidan al 3,2% de los dependientes, recayendo en las familias el mayor peso, especialmente, como venimos indicando, en las mujeres<sup>6</sup>.

## 2. LAS MUJERES COMO PRINCIPALES CUIDADORAS Y TAMBIÉN RECEPTORAS DE CUIDADOS

Con el fin de paliar el impacto que las situaciones de dependencia provoca en los cuidadores informales, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia “contempla” la implantación de diferentes medidas de apoyo: programas de formación, información y alternativas para atender períodos de des-

canso, el problema es que no las “garantiza”, motivo por el que en muchos casos no se hacen efectivas. También incluye un amplio catálogo de servicios dirigidos a promover la autonomía y el cuidado de estas personas, lo que supone un importante avance para el desarrollo de un adecuado sistema de atención (servicios de centros de día y de noche y residenciales, en los que se alude al descanso de las personas que cuidan), pero no establece un sistema de valoración de las necesidades de los cuidadores ni garantiza la existencia de servicios especialmente dirigidos a éstos.

Parte de los ingresos en centros residenciales podrían evitarse facilitando servicios que proporcionen respiro real y efectivo a los cuidadores informales, lo que contribuiría a evitar situaciones de estrés y dolencias físicas y psíquicas que derivan de la prestación de tales cuidados<sup>7</sup>. La dedicación a “cuidar” de una persona dependiente constituye un factor de riesgo para la propia salud de las cuidadoras que origina, en no pocos casos, la necesidad de ingresar a la persona dependiente en centros residenciales ante la necesidad del cuidador (insistimos, generalmente, cuidadora) de ser cuidado y la imposibilidad de seguir prestando los cuidados que a lo largo del tiempo ha venido llevando a cabo<sup>8</sup>.

Según el reseñado estudio del IMSERSO las diferencias sexuales en el tipo de trabajo que prestan también llaman la atención; mientras las mujeres llevan a cabo con mayor frecuencia cuidados cotidianos y personales como la ayuda en necesidades básicas de la vida (aseo, alimentación, ayuda para vestirse o comer), los varones se centran en la realización de gestiones o ayuda para salir de casa.

La muestra llevada a cabo en el presente trabajo, sobre un total de 1.194 plazas residenciales (959 corresponden a estancias permanentes en residencias de mayores, y 235 en centros de día) arroja otro dato de

género significativo: el número de personas incapacitadas judicialmente es de 62 (48 mujeres y 14 hombres), es decir el 77,42% de las personas incapacitadas son mujeres frente al 22,58% de varones, aunque es preciso destacar que el porcentaje de mujeres ingresadas asciende al 69,05%, frente al 30,95% de varones. Las diferencias porcentuales pueden deberse a que con frecuencia y las mujeres se casan con hombres mayores que ellas y a su mayor expectativa de vida, lo que conlleva que en muchos casos, en el momento en que necesitan asistencia, sus maridos ya han fallecido.

<sup>6</sup> RODRÍGUEZ CABRERO, G.: *El problema de la dependencia: Conceptualización y debates. La protección social de la dependencia*. Madrid: Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO)–Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999, 25-44. Para el autor, la insuficiencia de servicios sociales provoca que las tareas de los cuidados a personas dependientes recaigan en la familia, fundamentalmente en las mujeres.

<sup>7</sup> Los estudios destacan de forma unánime que los cuidadores experimentan menores niveles de malestar físico y emocional que las cuidadoras. Diversas revisiones muestran que las cuidadoras presentan mayor nivel de sobrecarga (Miller y Cafasso, 1992), depresión (Pinquart y Sorensen 2006), ansiedad (Yee y Schulz, 2000) y sintomatología psiquiátrica (Yee y Schulz 2000), así como malestar subjetivo y una peor salud física (Pinquart y Sorensen 2006).

<sup>8</sup> CRESPO LÓPEZ, M<sup>a</sup> y FERNÁNDEZ LANSAC, V.: “Resiliencia en cuidadores familiares de personas mayores dependientes”. *Anales de la Psicología*. Vol. 21 (2015) n.º 1, pág. 9. El estudio analiza la distribución de los niveles de resiliencia en familiares de personas mayores dependientes y explora las características que poseen los cuidadores destacando que –contrariamente a lo que podría pensarse– su respuesta no se basa especialmente en las características objetivas del contexto en que están inmerso o la cantidad de estresores a los que son expuestos; por el contrario adquieren especial importancia aspectos subjetivos relacionados con sus recursos internos, la manera de valorar la situación del cuidador en particular, su eficacia para controlar pensamientos negativos, técnicas de autoestima y autocuidado, así como satisfacción personal obtenida y grado de apoyo recibido. El único estresor que presenta diferencias significativas es el relativo al deterioro cognitivo del mayor dependiente, por lo que podría considerarse que el modo de evaluación de los estresores depende principalmente de la frecuencia e intensidad de los mismos.



### 3. EL PROCESO DEL INGRESO DE MAYORES EN CENTROS RESIDENCIALES

El ingreso de discapacitados en centros residenciales cuenta con serias implicaciones éticas, médicas y jurídicas íntimamente interrelacionadas. Pese a la conflictividad del proceso, nuestra legislación y jurisprudencia sobre la materia (capacidad de decisión) ha venido siendo abundante a la vez que contradictoria y dispersa, de forma que –dependiendo del criterio por el que se decantasen las Audiencias Provinciales, Jueces o Fiscales– eran aplicados unos artículos u otros de nuestro ordenamiento jurídico provocando situaciones de inseguridad jurídica difíciles de explicar.

Con carácter general, el derecho a residir y ser asistido en un centro especializado se halla recogido en el art. 50.1 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social<sup>9</sup> que indica:

*“Las personas con discapacidad y sus familias tienen derecho a los servicios sociales de apoyo familiar, de prevención de deficiencias y de intensificación de discapacidades, de promoción de la autonomía personal, de información y orientación, de atención domiciliaria, de residencias, de apoyo en su entorno, servicios residenciales, de actividades culturales, deportivas, ocupación del ocio y del tiempo libre”.*

El art 51 matiza al respecto que:

*“6. Los servicios de centro de día y de noche ofrecen una atención integral durante el periodo diurno o nocturno a las personas con discapacidad, con el objetivo de mejorar o mantener el mejor nivel posible de autonomía personal y apoyar a las familias.*

*7. Los servicios de residencias, centros de día y de noche, y viviendas tuteladas podrán ser promovidos por las administraciones públicas, por las propias personas con discapacidad y por sus fa-*

*milias, así como por sus organizaciones representativas. En la promoción de residencias, centros de día y viviendas tuteladas, realizados por las propias personas con discapacidad y por sus familias, así como por sus organizaciones representativas, éstas gozarán de la protección prioritaria por parte de las administraciones públicas.*

*La planificación de estos servicios atenderá a la proximidad al entorno en el que desarrollan su vida las personas con discapacidad.*

*9. Sin perjuicio de la aplicación de las medidas previstas con carácter general en esta ley, cuando la especificidad y la necesidad de apoyos lo hicieran necesario, la persona con discapacidad tendrá derecho a residir o ser atendida en un establecimiento especializado”.*

Las limitaciones que dan lugar a la necesidad de asistencia de terceros, que en ocasiones les impiden afrontar las mas elementales labores de cuidado personal e incluso para poder llevar a cabo las actividades básicas de la vida diaria, son de diversa índole, entre ellas: las de carácter físico, las originadas por la avanzada edad del sujeto que las padece, o las propiamente provocadas por trastornos psíquicos<sup>10</sup>.

La casuística más común se refiere a personas de avanzada edad con demencia senil o algún otro tipo de enfermedad degenerativa tipo Alzheimer y suponen, en la mayor parte de los casos –dada la cronicidad de la patología habitualmente degenerativa– ingresos de larga duración<sup>11</sup>.

Entre los presupuestos necesarios para que proceda el internamiento asistencial y sea legítimo mantener la medida deben darse los siguientes condicionantes:

**a** Ha de ser indispensable para que la persona afectada pueda recibir los cuidados y asistencia necesarios para preservar su salud y su dignidad como persona<sup>12</sup>.

**b** Proporcional a las limitaciones del residente y al tipo de establecimiento en el que se realiza el in-

<sup>9</sup> El Texto Refundido integra en una sola norma la Ley de Integración Social de Personas con Discapacidad (LISMI) de 1982; la Ley de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, de 2003, y la Ley por la que se establece el Régimen de Infracciones y Sanciones en materia de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con discapacidad, de 2007.

<sup>10</sup> Uno de los autores que ha mostrado especial interés por la situación de estos colectivos es FERREIROS MARCOS, C.E. (2001). El citado autor expuso en la ponencia las siguientes conclusiones:

1. No cabe duda de que las Residencias de Tercera Edad son centros de internamiento asistencial.

2. Las demencias son encuadrables en el concepto genérico de enfermedad mental o trastorno psíquico.

3. El art. 763 de la LEC no restringe en su sentido literal el concepto exclusivamente a centros sanitarios.

4. En el área de las discapacidades ya no se habla de una asistencia exclusivamente sanitaria sino que se aborda desde una perspectiva global que abarca tanto lo social como lo sanitario, con una denominación específica: área de servicios socio-sanitarios.

5. El concepto de establecimiento de salud mental debe abarcar toda la gama de servicios destinados a atender a las personas que padezcan estas patologías, dado el actual concepto socio-sanitario. La distinción ha de realizarse en tanto en cuanto hay establecimientos de salud mental que a la vez son centros de internamiento y otros no (hospitales de día o centros de día).

6. En el ámbito de los internamientos prolongados –que es el más proclive a abusos– es donde las razones de protección son más atendibles en la actualidad. La garantía de los derechos de los ancianos es, por otro lado, tónica general en las declaraciones internacionales.

<sup>11</sup> “Estudio y recomendaciones del defensor del pueblo sobre la atención residencial a personas con discapacidad y otros aspectos conexos”. Madrid (1996), pág. 67-70. El estudio destaca otro tipo importante de “internamiento asistencial, en función del número de sujetos afectados: el destinado a deficientes mentales profundos, dado que pocos pueden cuidar de sí mismos y sólo algunos adquieren habilidades lingüísticas y sociales simples, precisando en un buen número de supuestos el internamiento –por lo general adultos– con finalidad asistencial. En caso de deficientes mentales moderados, el internamiento más habitual es el formativo, ya que habitualmente pueden ser educados y entrenados para cuidar de sí mismos bajo supervisión. Distinto caso es el de deficientes mentales profundos, o aquellos en los que, además de tal patología padecen otras deficiencias auditivas, visuales, epilepsias, problemas de conducta o trastornos de la personalidad, inmovilizaciones, etc. En estos casos la necesidad de asistencia continua y especializada se hace imprescindible.

<sup>12</sup> En caso de que los cuidados que puedan dispensarle sus familiares o personas allegadas sean precarios e insuficientes para su cuidado, procederá el ingreso asistencial.



greso; se entiende por medida proporcional la alternativa menos gravosa para el interesado<sup>13</sup>.

**C** En cualquier caso, los informes médicos periciales deberán constatar la existencia del trastorno mental padecido por la persona objeto de ingreso y la falta de capacidad natural para decidir por sí misma, especialmente cuando la incapacidad no sea evidente a primera vista. La discapacidad debe ser apreciada por el Juez en el preceptivo examen personal.

Hasta la fecha, el problema de ingreso de mayores sin capacidad suficiente de decisión en una residencia asistencial había de ser reconducido al ámbito de aplicación de dos preceptos: el art. 271 CC (para el caso de incapacitados) y el art. 763 LEC (para supuestos en que no exista incapacitación legal). Pero la cuestión de la aplicabilidad del art. 763 LEC al internamiento de carácter asistencial no ha sido jurisprudencialmente pacífica y ha suscitado numerosos debates en los Tribunales<sup>14</sup>.

La reciente Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Constitucional de 29 de febrero de 2016, incide directamente en la material al resolver el conflicto que plantean ingresos no voluntarios que son conocidos por los Tribunales tras días, semanas, meses e incluso años después de hacerse efectivos, por lo que carecen del carácter de urgencia.

La sentencia estudia desde la perspectiva del derecho fundamental a la libertad, la posible aplicación del art. 763 LEC con el fin de “regularizar” internamientos indebidamente realizados y llega a la conclusión de que no cabe regularizarlos por esta vía, dado que no nos encontramos ante un supuesto de mera subsanación de formalidades administrativas, sino ante una directa vulneración de un derecho fundamental: el derecho a la libertad.

Ante tales situaciones, el alto Tribunal facilita una respuesta concreta y establece la necesidad de promover el correspondiente procedimiento de modificación de la capacidad de

obrar de la persona afectada con el fin de proteger sus derechos y la necesidad de adoptar de inmediato el internamiento como “medida cautelar” poniendo en conocimiento del fiscal los hechos con el fin de que, en caso de no iniciar el procedimiento los familiares, promueva la correspondiente demanda de modificación de la capacidad de obrar.

En la práctica, a lo largo de los últimos años, en la mayoría de ingresos los familiares podrían solicitar la incapacitación de sus mayores y muy posiblemente prosperaría, pero lo cierto es que –salvo en casos excepcionales en que la medida busque un fin concreto y determinado<sup>15</sup>– no lo hacen

de *motu proprio* porque pactan con las residencias las condiciones de atención de sus mayores y no encuentran “necesidad” de garantizar de otra forma las necesidades de sus mayores a los que consideran debidamente “protegidos”. Cuando se comunica a los familiares de personas que inician trámites para proceder a realizar ingresos “no voluntarios” que los responsables de las residencias, en caso de no solicitarlo las familias, han de comunicarlo al Juzgado de Primera Instancia competente en el plazo de 24 horas desde que se realiza el ingreso, se muestran sorprendidos y no comprenden el motivo por el que se ven obligados a llevar adelante los trá-

<sup>13</sup> Si la persona sobre la que se solicita el ingreso puede valerse con ayuda de asistencia domiciliaria o es suficiente su ingreso en un centro abierto o semiabierto (sin que ello suponga un claro empeoramiento o riesgo para su salud o seguridad) no procederá su ingreso en un establecimiento cerrado.

<sup>14</sup> ZURITA MARTÍN, I.: *Responsabilidad derivada del internamiento de personas mayores en centros residenciales*. Dykinson. (2008) págs. 30-40. La autora destaca dos corrientes doctrinales al respecto: a) en contra de la aplicación analógica del art. 763 LEC al ingreso de ancianos en centros residenciales y b) a favor de la misma.

Entre las sentencias pioneras a favor se encuentra la de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de noviembre de 1997 (AC 1996/2151), que fue la primera en pronunciarse en contra de la aplicación del art. 211 CC, sosteniendo, tanto en esta como en posteriores resoluciones de forma reiterada, que este supuesto no encaja en el sentido del reseñado artículo, pues su interpretación con arreglo al art. 3 del CC (criterios gramatical, sistemático, histórico, sociológico y lógico) debe hacer valer que no cabe dar al precepto un alcance que es desproporcionado. Esta doctrina fue seguida por otras Audiencias como: La Rioja, Alicante, Vizcaya o Valladolid. Los principales argumentos en que sustentaban la inaplicabilidad del art. 763 al supuesto de ingresos de ancianos en centros residenciales pueden resumirse en los siguientes:

1. No se corresponden con el sentido propio de las palabras ni con el contexto hacer extensivo el ingreso psiquiátrico urgente de dementes a la atención residencial de ancianos, aunque éstos sufran disminución de sus facultades.

2. La colocación del precepto es sistemática, pues los artículos anteriores y posteriores no hacen referencia al tema, ni siquiera tratan de medidas cautelares, sino que se refieren a la sentencia de incapacitación y a la legitimación para instarla.

3. Los antecedentes históricos y legislativos se hallan siempre en la línea de ingresos psiquiátricos.

4. Desde el punto de vista sociológico podría ser perjudicial para los ancianos someterles a visitas, desplazamientos y controles médicos y jurisdiccionales constantes no estrictamente necesarios

para la defensa de sus intereses, tanto más cuando son las Administraciones Públicas las que deben velar por el trato del colectivo residente.

5. No atiende a un criterio de lógica jurídica al hacer una interpretación analógica extensiva del art. 211 CC, previsto para la privación de libertad de enfermos psiquiátricos, a un supuesto –la permanencia de ancianos en residencias psiquiátricas con el que no hay identidad de razón.

6. Es irracional que situaciones crónicas e irreversibles tuvieran que ser controladas cada seis meses como única forma legal de regular una continuidad que es evidente desde el primer día, alternativa especialmente absurda en casos de “avoluntariedad”.

Según la citada autora, y con no menos intensidad que las anteriores, otras Audiencias Provinciales (Segovia, Valencia, Toledo, Granada, Huelva) han venido defendiendo la tesis contraria utilizando los mismos argumentos empleados para negar su aplicabilidad pero en defensa de la tesis contraria, argumentando las siguientes razones jurídicas en apoyo de esta tesis:

■ La exigencia de autorización judicial viene dada por el hecho de que el internamiento no voluntario constituye una clara limitación al principio de libertad personal reconocido por el art. 17 CE.

■ Si se requiere autorización judicial para ingresar a un paciente que tiene trastorno psíquico, con mayor motivo para aquél que padece un trastorno degenerativo.

■ Por internamiento cabe entender también el mero asistencial toda vez que los trastornos psíquicos no han de provenir de una enfermedad de carácter psiquiátrico. Lo verdaderamente significativo del centro de internamiento no es tanto su carácter psiquiátrico cuanto que prive al internado de su facultad de ambulatoria.

<sup>15</sup> Por ejemplo, en aquellos casos en que el mayor carece de capacidad para gestionar sus bienes y no ha otorgado poderes preventivos al respecto; o situaciones en las que se teme que pueda ser víctima de algún engaño que pueda dejar maltrecho su patrimonio. Supuesto distinto es aquel en que existen importantes discrepancias entre los familiares sobre las atenciones y cuidado del mayor y hay que nombrar a un tutor con el fin de que sea este quien decida.



mites administrativos que del mismo se derivan y que *en principio* consideraran innecesarios<sup>16</sup>, aunque supongan una garantía de los derechos de la persona objeto de ingreso.

A tal circunstancia hay que sumar el importante peso que han de soportar los juzgados que puede convertir esta herramienta en algo inoperativo, especialmente si se lleva a cabo en caso de sospecha de la más leve incapacidad. También puede considerarse innecesario el posterior control que ha de llevarse a cabo por los facultativos que los atienden, que han de comunicar la evolución de la situación (que en casos como demencias son de carácter crónico y degenerativo) cada seis meses, cuan-

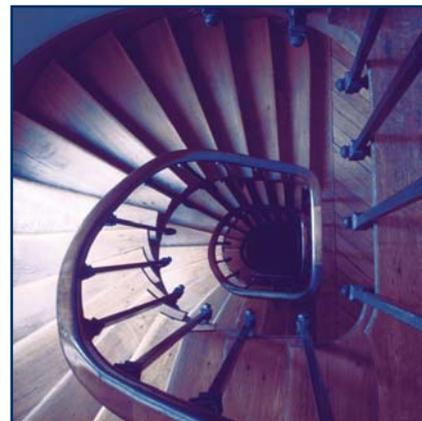
do la posibilidad de mejoría sustancial de las circunstancias que han dado lugar al ingreso sea bastante remota e incluso inexistente...

Con el fin de justificar el ingreso en las circunstancias descritas, el responsable del centro habrá de remitir al Juzgado de Primera Instancia donde reside la persona afectada la solicitud de internamiento acompañada de informes médicos en los que se valore su situación personal en el momento de su ingreso<sup>17</sup>. Tras los trámites legales oportunos y si se estima pertinente, el Juzgado comunicará al centro si procede la concesión de la “medida cautelar” previa al proceso de incapacitación en atención a lo que se deduzca de la información médica aportada y al amparo de lo dispuesto en los arts. 762.1 y 757.3 LEC<sup>18</sup> y dictará oficio en el que:

**a** Se requiere a los facultativos que atiendan a la persona ingresada, en caso de que sea ratificada la medida cautelar y hasta que exista sentencia de incapacitación, a fin de que informen de su estado y evolución de la persona cada seis meses, indicando si procede la necesidad de continuidad de la medida y cualquier incidencia de relevancia que pudiera acaecer durante el ingreso, incluyendo su cese por alta médica o traslado a otro centro.

**b** También deberán dar cuenta al juzgado en caso de quebrantamiento del internamiento, sin perjuicio de adoptar las medidas precisas para su reintegro al centro, incluso requiriendo el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para lo que expresamente se les faculta. Las Fuerzas de seguridad, en este caso actúan en su faceta de prestar colaboración y auxilio a los ciudadanos en supuestos de grave necesidad<sup>19</sup>.

La medida cautelar cuenta con una vigencia de 30 días hábiles, tras los que quedará sin efecto si no se presenta la correspondiente demanda de incapacitación por los familiares legitimados para ello o por el Ministerio Fiscal, a quien se notifica la medida cautelar por el Juzgado.



#### 4. EL RIESGO DE MANIPULACIÓN DE LA VOLUNTAD DE NUESTROS MAYORES Y POSIBLES SOLUCIONES LEGALES PARA PRESERVAR SUS DERECHOS

Medida independiente de los internamientos pero íntimamente relacionada (especialmente en la materia que nos ocupa), es la relativa a la modificación de la “capacidad de obrar”. En algunos casos, el ingreso en centros asistenciales se lleva a cabo por el tutor (contando con la debida autorización al respecto) es decir, por un representante legal designado en virtud de sentencia firme en la que se determina el grado de incapacidad en el que se encuentra afectado el sujeto concreto (tutela o curatela) así como las facultades y ámbitos de la vida en los que la persona precisa de asistencia o representación (persona o bienes). En estos casos, el responsable del centro (director, asistente social, etc) deberá solicitar a su representante legal que aporte a la dirección de la residencia copia de la sentencia judicial de incapacitación y del auto de aceptación del cargo de tutor, con el fin de examinarla y extraer las facultades con que cuenta el tutor.

Distinto supuesto es el de residentes que no se encuentran legalmente incapacitados pero en los que se detecta incapacidad de hecho, o aquellos en los que el residente ingresa voluntariamente pero, a lo largo del ingreso, pierde la capacidad. En estos casos podrá iniciarse el correspondiente procedimiento de modificación de la capacidad de obrar<sup>20</sup> por los familiares<sup>21</sup>, o bien, los responsa-

<sup>16</sup> MARTÍ, J.: “El ingreso de personas mayores con deterioro cognitivo en residencias”. Informes Portal Mayores nº 61 (2006). Para el autor, el procedimiento pierde así su carácter de protección y se convierte en un mero ejercicio burocrático que, en muchas ocasiones no produce efectos debido a la saturación de trabajo de jueces y fiscales. De hecho, no hay ninguna constancia de que en las zonas de España en que los jueces optan por no considerar aplicable el 763 LEC se produzcan más abusos o limitaciones ilegítimas de la libertad.

<sup>17</sup> Cuando en el mismo partido judicial exista más de un juzgado, deberá dirigirse al Juzgado de Primera Instancia Decano.

<sup>18</sup> En Aragón viene reseñado en el art 36 del Código de Derecho Foral.

<sup>19</sup> Arts 11-1 b y 53-1-i de la Ley de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y art 21.3 de la Ley de Seguridad Ciudadana. En el desarrollo de estas funciones de auxilio se les permite entrar en el domicilio sin necesidad de autorización judicial y están obligados a colaborar en tales situaciones. En caso de negativa injustificada o alegando que precisan de autorización judicial al efecto u objeciones carentes de respaldo podrán incurrir en un delito de denegación del auxilio debido previsto en el art 412.3 CP.

<sup>20</sup> Es muy habitual que nos encontremos con personas en situaciones de dependencia y discapacidad que no se encuentran jurídicamente incapacitadas. En estos casos suele encontrarse presente el principio de “proteger sin incapacitar”.

<sup>21</sup> El art 757.1 LEC dispone que podrán promover la incapacitación: a) cónyuge o quien se encuentre en situación de hecho asimilable y descendientes, b) ascendientes y hermanos, c) el Ministerio Fiscal, en el momento en que tenga conocimiento a través de Autoridades o Funcionarios Públicos o por cualquier persona que se lo comunique.



bles de la residencia comunicar tal circunstancia a fiscalía a fin de que, si lo estima pertinente, inicie los trámites pertinentes. Mientras tanto y para poder adoptar decisiones en su representación, la ley prevé un doble mecanismo: los poderes preventivos<sup>22</sup> y la guarda de hecho<sup>23</sup>.

Es preciso destacar que hasta que no recaiga sentencia firme<sup>24</sup> los actos realizados por el “presunto” incapaz” se presumen válidos, salvo que logre probarse en el procedimiento oportuno que en el momento de otorgarlos, el contratante se encontraba privado de sus facultades mentales, prueba en muchas ocasiones muy difícil de llevar a cabo.

El riesgo de manipulación de la voluntad de nuestros mayores se incrementa en esta fase de su vida, de forma que pueden ver comprometido su patrimonio en vida o trastocado su destino en la sucesión mortis-causa. Durante los últimos años se han incrementado los procesos de impugnación de testamentos con fundamento en la manipulación de nuestros mayores y en la falta de capacidad para su otorgamiento válido, y ello pese a que, en la mayor parte de los casos se otorgan ante fedatario público que ha de comprobar su capacidad.

Lo mismo sucede cuando han de adoptarse decisiones sanitarias al final de la vida y el paciente no cuenta con capacidad suficiente para adoptar decisiones válidas; en tales supuestos la Ley 41/2002, de 14 de enero sobre Autonomía del Paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, cuando trata del consentimiento informado del paciente para determinadas intervenciones, permite que el consentimiento sea tomado por representación (al margen de que esté o no declarado incapaz) cuando el paciente no es capaz de adoptar decisiones, a criterio del médico responsable de su asistencia, o su estado físico o psíquico no le permiten hacerse cargo de la situación. Si el paciente no cuenta

con representante legal, el consentimiento lo prestarán las persona a él vinculadas por razones familiares o de hecho.

Muchos de estos problemas (donaciones inoficiosas y nulidades testamentarias) pueden solventarse mediante una “incapacitación” a tiempo, en la que la persona pueda participar, incluso designar quien quiere que sea su tutor el día que no cuente con capacidad, o, en el ámbito sanitario, otorgando voluntades anticipadas en las que deje constancia de las decisiones que quiere que se adopten al final de sus días o designe a la persona de su confianza que deberá adoptarlas cuando sea pertinente, evitando discusiones por discrepancias entre familiares o la dura tarea de decidir sobre la vida o la muerte de sus seres queridos.

En definitiva:

**1** Las tareas de cuidado de nuestros mayores antes del ingreso en un centro que les proporcionen cuidados especializados se encuentra marcado por el factor de género. Los distintos estudios llevados a cabo al respecto concluyen unánimemente en que las tareas de cuidado directo proporcionadas por cuidadores informales recaen mayoritariamente en mujeres.

**2** En el ámbito de cuidados profesionales, vuelve a producirse un marcado factor de género, de similares porcentajes, que no se ha visto modificado por la evolución de nuestra sociedad en los últimos años.

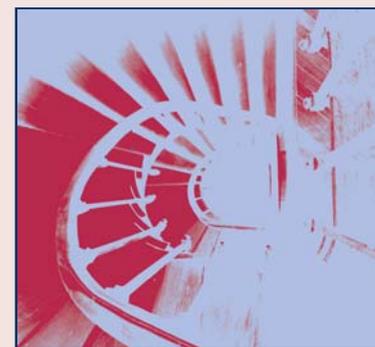
**3** La previsión de decisiones fundamentales en el ámbito de la persona y de índole sanitaria, contribuiría notoriamente a asegurar que se cumplen los deseos de la persona afectada evitando problemas familiares y descargando a los seres queridos de difíciles decisiones que se ven obligados a abordar al final de la vida de sus seres queridos.

**22** Consiste en el apoderamiento previo efectuado ante Notario (por la persona que ha devino incapaz) de un representante que gestionará su patrimonio para el caso de que tal suceso ocurra. Existen de dos formas diferentes: aquellos que son efectivos con carácter previo a la incapacidad de obrar pero que continúan vigentes por deseo expreso del poderdante en caso de incapacidad (art 1732 CC) y apoderamientos que únicamente devienen efectivos en casos de incapacidad.

**23** El Código Civil no define qué se considera “guarda de hecho”. Según la profesora DE SALAS MURILLO, S.: *Responsabilidad Civil e incapacidad*. Tirant (2002), pág. 279, en la mayoría de los casos de guarda de hecho, se trata de incapaces naturales mayores de edad, que ordinariamente están en sus casas, al cuidado de alguna persona o su familia, algún vecino, pero que en no pocos casos se hallan internados...” Para FÁBREGA RUIZ, C.F.: La Guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad. Editorial Universitaria Ramón Areces (2006) supone “la constatación de la existencia de facto de una actividad protectora a la que se le otorga una cierta regulación jurídica, por parca que esta pueda ser, transformándose en una verdadera situación de derecho, dados los efectos jurídicos que provoca”.

De la regulación de la guarda de hecho se desprende su transitoriedad, ya que esta figura está orientada a sustituir dicha situación de hecho por algunos de los cargos tutelares del art. 215 CC. La dificultad de constatar en el tráfico jurídico la existencia de la guarda de hecho, así como el que el guardador no pueda representar al incapaz en la formalización de documentos públicos, dificulta notoriamente la funcionalidad de la figura.

**24** La incapacidad no se presume, las sentencias de modificación de la capacidad de obrar son constitutivas. Según dispone el art 199 CC, nadie puede ser declarado incapaz si no es por sentencia judicial firme. La sentencia deberá establecer con claridad los límites en la capacidad de obrar y la extensión de los actos que no pueda realizar el incapaz por sí mismo y que queden sujetos a tutela. Puede declararse la incapacidad absoluta para gobernarse o bien la imposibilidad de realizar determinados actos jurídicos respecto de su persona y/o bienes. La Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad incidió en que debe huirse de sentencias genéricas y elaborarse “trajes a medida” que salvaguarden y protejan, solo en los ámbitos necesarios, al incapaz.





D E R E C H O   E S P A Ñ O L

# Una panorámica sobre la violencia familiar y de género contra las mujeres mayores

JORGE GRACIA IBÁNEZ.

Doctor en Derecho.  
Profesor Visitante Escola de Criminologia FDUP,  
Universidade do Porto.  
Laboratorio de Sociología Jurídica,  
Universidad de Zaragoza.

AEQUALITAS 2016 (nº 38), pp. 43-50, ISSN: 1575-3379



## RESUMEN

El maltrato familiar hacia las personas mayores es un fenómeno con diferentes manifestaciones, complejo y multicausal. Las mujeres mayores, debido entre otras razones a la feminización del envejecimiento, se ven especialmente afectadas. No obstante, durante mucho tiempo, se ha construido teóricamente como un fenómeno neutral en relación con el género. La intersección entre edadismo y sexismo es patente en situaciones de maltrato o negligencia tanto en contextos de cuidado, como en casos de violencia de género contra mujeres mayores dentro de la pareja. Es preciso, por lo tanto, abarcar toda esa complejidad para proponer políticas de intervención adecuadas que integren mejor la perspectiva de género en un abordaje global y eficaz del fenómeno.

**Palabras clave:** Violencia contra las personas mayores, violencia de género, mujeres mayores, edadismo, políticas públicas sociales.

## ABSTRACT

Family elder abuse is an issue with a lot of different manifestations, complex and multicausal. Older women, due among other reasons to the feminization of aging, are particularly affected. However, it has been for a long time theoretically constructed as a gender neutral phenomenon. The ageism and sexism intersection shows evident in situations of abuse or neglect in cases both of elder abuse in contexts of family caring and intimate elder partner violence. It is necessary, therefore, embrace that complexity in order to propose appropriate better integrate gender perspective in a comprehensive and effective approach to public policies related to the issue.

**Keywords:** Elder violence; gender violence; older women; ageism; public social policies.

## 1. INTRODUCCIÓN. UN FENÓMENO COMPLEJO Y MULTIFORME

El maltrato hacia las personas mayores – hombres y mujeres – constituye un problema social que, tradicionalmente, y comparado con otras formas de violencia contra grupos especialmente vulnerables, ha despertado un interés relativo. Como otros fenómenos con los que habitualmente suele asociarse –el maltrato a menores y a personas con discapacidad, especialmente– aparece en contextos tanto institucionales como familiares. Pero, incluso ciñéndonos a sus manifestaciones en la familia, suele englobarse dentro la categoría algo difusa de *otras formas de violencia familiar*, encontrando un discontinuo eco mediático, un limitado interés político y generando, en consecuencia, intervenciones aisladas e inconexas.

Aunque es cierto que este panorama ha ido mejorando algo en los últimos años, la falta de consenso sobre su conceptualización unida a las carencias metodológicas, salvo excepciones<sup>1</sup>, de la investigación empírica disponible habría generado una imagen excesivamente monolítica del tema. La representación so-

cial del fenómeno e incluso el abordaje especializado tiende a simplificar en exceso una realidad considerablemente compleja.

Y, de esta forma, desde perspectivas más convencionales, se ha venido construyendo teóricamente como una cuestión casi neutral respecto al género. Solo algunos trabajos –especialmente de algunas autoras feministas anglosajonas– comenzaron a plantear después de la inicial oleada de interés sobre el tema, la cuestión de cómo la discriminación por razón de género colocaba a las mujeres mayores en una posición de especial vulnerabilidad también en estos escenarios<sup>2</sup>.

Lo cierto es que, bajo este amplio paraguas conceptual de *maltrato hacia las personas mayores*, si nos centramos tan solo en las víctimas mujeres, encontramos diferentes sub-fenómenos: violencia de género ejercida contra mujeres de avanzada edad, maltrato contra una mujer mayor dependiente (pero también violencia ejercida por una persona dependiente contra su cuidadora) o maltrato ejercido por hijos adultos contra madres ancianas o por los nietos/as contra abuelas<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> En el caso español pueden consultarse los siguientes trabajos de investigación: IBORRA MARMOLEJO, I., *Maltrato de personas mayores en la familia en España*, Valencia, Fundación de la Comunitat Valenciana para el Estudio de la Violencia – Centro Reina Sofía, 2008; PÉREZ CÁRCELES, M. D., RUBIO, L., PERENIGUEZ, J. E., PÉREZ-FLORES, D., OSUNA, E., LUNA, A., “Suspicion of elder abuse in South Eastern Spain: The extent and risk factors”, *Archives of Gerontology and Geriatrics*, vol.49, issue 1, (2008), pp. 132 – 137; RUIZ SANMARTIN, A., ATLET TORNER, J., PORTA MARTÍ, N., DUASO IZQUIERDO, P., COMA SOLÉ, M., REQUESENS TORRELLAS, N. “Violencia doméstica: Prevalencia de sospecha de maltrato a ancianos”, *Atención Primaria*, vol. 27, nº 5, (2001) pp.331-334.

<sup>2</sup> Puede consultarse al respecto los siguientes trabajos pioneros: AITKEN, L., GRIFIN, G. *Gender issues in elder abuse*, London, Sage, 1996; WHITTAKER, T. “Violence, Gender and Elder Abuse”, en FAWCETT, B., FEATHERSTONE, B., HEARN, J. AND TOFT, C.(eds.), *Violence and Gender Relations: Theories and Interventions*. London: Sage, 1996.

<sup>3</sup> Para una visión más general de la violencia familiar hacia las personas mayores, GRACIA IBÁÑEZ, J. *El maltrato familiar hacia las personas mayores*, Zaragoza, Prensas Universitarias, 2012.



Todos ellos pueden –y deben– analizarse desde una perspectiva de género. Se trata de fenómenos con rasgos comunes (el más obvio que la víctima es siempre una mujer mayor) pero también con notables diferencias entre sí y complejas intersecciones.

## 2. EL MALTRATO FAMILIAR HACIA LAS PERSONAS MAYORES DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Una de las definiciones más extendidas y consensuadas de maltrato hacia las personas mayores, en línea con los organismos internacionales que se han ocupado del tema y la literatura especializada, ha sido recogida y difundida en España en la siguiente formulación:

*“El maltrato a personas mayores se define como la acción única o repetida, o la falta de respuesta apropiada, que causa daño o angustia a una persona mayor y que ocurre dentro de cualquier relación en la que exista una expectativa de confianza”<sup>4</sup>.*

<sup>4</sup> BARBERO GUTIÉRREZ, J., MOYA BERNAL, A., *Malos tratos a personas mayores: Guía de actuación*, Madrid, IMSERSO, 2005, p.24.

<sup>5</sup> WOLF, S.R., PILLEMER, K.A., *Helping Elderly Victims. The Reality of Elder Abuse*, Nueva York, Columbia University Press, 1989.

<sup>6</sup> RAMOS, M., “Mujeres mayores: nuevos derechos para nuevas realidades”, en MAQUEIRA, V., (ed.), *Mujeres, Globalización y Derechos Humanos*. Madrid, Cátedra, 2006, pp. 191 – 192.

<sup>7</sup> HERRING, J. *Older People in Law and Society*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 13.

<sup>8</sup> PHILIPS, L. “El género como factor de riesgo”, en IBORRA MARMOLEJO, I. (ed.), *Violencia contra personas mayores*. Barcelona, Ariel, 2005, p. 87 – 112.

<sup>9</sup> HARBISON, J. Models of intervention for Elder abuse and neglect: A Canadian Perspective on Ageism, Participation and Empowerment, *Journal of Elder abuse and Neglect*, vol. 10, 3-4, London, 1999, pp. 3.

En cuanto a la tipología del mismo, abarca especialmente las cinco categorías más comunes: maltrato físico, maltrato psicológico, maltrato material y negligencia<sup>5</sup>. A estas categorías habría que añadir el abuso o violencia sexual.

En cualquier caso, más allá de su formulación más universal y limitándonos a las mujeres mayores víctimas, la introducción de la variable del género en el análisis de fenómeno puede integrarse desde dos perspectivas: una más general y otra más específica.

Desde un punto de vista general, la feminización del envejecimiento poblacional –esto es, la elevada proporción de mujeres mayores respecto de los hombres– junto con las circunstancias sociales específicas de discriminación y vulnerabilidad que las mujeres enfrentan en la vejez hacen que cualquier cuestión relacionada con el envejecimiento, incluida desde luego la violencia, sea necesariamente una *cuestión de género*.

Desde un punto de vista más específico, se aprecian igualmente aspectos concretos y dinámicas propias que afectan de una forma diferente a las mujeres que a los hombres víctimas de estas situaciones.

El hecho positivo de que las mujeres alcancen edades más avanzadas implica un nivel más elevado que el masculino de morbilidad y dependencia. Además las mujeres mayores son más vulnerables a la pobreza entre otras cosas porque perciben en su mayoría pensiones de viudedad, tendiendo además en mayor proporción a vivir solas lo que aumenta el riesgo de aislamiento, soledad y exclusión social<sup>6</sup>. Y, tampoco debemos olvidar que la atribución social del cuidado que genéricamente se realiza sobre las mujeres afecta también a las mujeres mayores que también siguen siendo cuidadoras de ancianos ellas mismas.

En el caso de las mujeres mayores, a la discriminación asociada al género (*sexismo* en el seno de una sociedad

patriarcal) se le une la relacionada con ser una persona mayor (que, aunque pasa mucho más desapercibida socialmente, se denomina *edadismo*). Como otras formas de discriminación muy persistentes, el *edadismo* impregnaría toda nuestra sociedad. Pero presenta algunas diferencias significativas: ya que, por un lado, todas las personas pueden llegar a ser objeto de la misma si viven lo suficiente; y, por otro lado, no existe una conciencia clara y generalizada de su mera existencia como problema ya que es muy difusa, está socialmente internalizada y normativizada, presentando manifestaciones en ocasiones muy sutiles<sup>7</sup>.

Precisamente, y a pesar de que se aprecia una cierta inconsistencia en los datos empíricos, unida a problemas metodológicos, que aconsejan evitar afirmaciones categóricas, algunas autoras<sup>8</sup> mantienen que, aunque tanto hombres como mujeres mayores son víctimas de maltrato, la mayoría de las víctimas son mujeres. Apuntan hacia la existencia de algunas fuentes de información que indicarían claramente que el maltrato a las personas mayores constituye un problema que afecta esencialmente a las mujeres: la primera, provendría de los resultados de estudios transversales y de los casos registrados que han llamado la atención de las autoridades y la literatura clínica sobre temas de salud; la segunda fuente de información sería la formada por la literatura sobre prácticas culturales que se aplican a las mujeres mayores pero no a sus homólogos varones; mientras que la tercera y última la constituiría la propia literatura feminista.

En consecuencia, cuando las mujeres son víctimas de estas situaciones de violencia, los intentos de mantener las explicaciones del maltrato familiar a las personas mayores en un marco teórico individualista conducen inevitablemente al desarrollo de soluciones desenfocadas que acaban por ser una manifestación más de ese edadismo social del que hablábamos<sup>9</sup>.



### 3. ALGUNOS FENÓMENOS ESPECÍFICOS

El fenómeno que analizamos, en un sentido global, se caracterizaría porque las víctimas del mismo serían mujeres mayores (generalmente, a pesar de que somos conscientes de la arbitrariedad del límite mayores de 60 o 65 años) y los perpetradores serían personas en las que estas confían (esposos, parejas o familiares, tanto si ejercen como si no labores de cuidadores).

No obstante, en este artículo, vamos a tratar de plantear algunos aspectos relevantes de apenas dos de las manifestaciones que se enmarcan dentro de ese fenómeno más amplio: la violencia familiar contra mujeres mayores en contextos de cuidado y la violencia de género contra las mujeres mayores. Dos manifestaciones que, a veces, se confunden e *interseccionan* en un mismo caso, complicando la adopción de medidas de intervención frente a los mismos.

#### 3.1

#### Maltrato hacia las mujeres mayores en contextos de provisión de cuidados de larga duración

Aunque no todas las personas mayores son dependientes y están necesitadas de cuidados, el devenir biológico, la proliferación de enfermedades y demencias en las edades avanzadas hace que muchas mujeres mayores precisen de cuidados específicos cuando no pueden valerse por sí mismas.

La representación social más estereotipada de la violencia familiar contra las personas mayores es, precisamente, la de una persona (en general, una mujer anciana) extremadamente frágil, vulnerable y dependiente que es maltratada (normalmente tratada negligentemente) por el familiar encargado de su cuidado (generalmente una hija)<sup>10</sup>. Estas situaciones de maltrato tendrían su origen, según este modelo explicativo, en la sobrecarga y el estrés del cuidador/a.

Pero no todos los casos de violencia contra personas mayores están necesariamente relacionados con contextos familiares donde existen ancianos dependientes y cuidados de larga duración. Incluso, a veces esa cierta dependencia en sentido amplio –económica, emocional o relacionada con otras formas de apoyo– puede estar realmente más presente en los hijos adultos y potenciales agresores que en los propios padres envejecientes (o las madres si nos circunscribimos a la violencia contra las mujeres mayores, como hacemos nosotros). Se trata de casos extremos de hijos o hijas con determinadas circunstancias vitales asociadas que pueden llegar a ser conflictivas y potencialmente violentas en la convivencia familiar, como es el caso, por ejemplo, de la toxicodependencia o la enfermedad mental grave. Esos casos, bastante prevalentes por cierto dentro del ámbito de la violencia familiar contra las personas mayores, no encajan plenamente con la visión estereotipada de la misma como algo casi inevitablemente conectado con la dependencia física, la extrema fragilidad de la persona mayor víctima y el estrés de su cuidadora.

De hecho, en la mayor parte de la investigación sobre el tema ni la dependencia de la persona mayor hacia su cuidadora, ni el resultante estrés que puede generar –y que de hecho suele generar– la necesidad del cuidado continuado, han sido encontrados como factor absolutamente determinante a la hora de predecir el maltrato en la mayoría de estudios disponibles. Aunque esto debería matizarse en casos en los que la persona mayor sufre una demencia o enfermedad equivalente. La evidencia empírica muestra que en esos supuestos estaríamos ante un importante factor de riesgo, sobre todo al relacionarse con los posibles comportamientos disruptivos en el paciente que puede ocasionar una enfermedad de este tipo que pueden colocar a la persona cuida-

dora en una situación de estrés muy elevada<sup>11</sup>. De cualquier forma, la explicación causal del maltrato familiar hacia las personas mayores a partir de la sobrecarga y *estrés del cuidador* (que suele ser cuidadora, en realidad) no es tanto una explicación fallida como incompleta y parcial.

Finalmente hay que tener en cuenta también que las mujeres cuidadoras pueden, a su vez ser víctimas de maltrato por la persona que cuidan. El caso arquetípico sería el de un enfermo de alzhéimer que en una fase de agitación agrede a su esposa cuidadora. Este fenómeno específico del maltrato hacia las mujeres cuidadoras, al no ajustarse a esa visión más extendida del maltrato a los mayores, no se reconoce e identifica como algo importante y prevalente<sup>12</sup>. Generalmente se pregunta a los cuidadores acerca de las necesidades y los problemas de los ancianos dependientes sujetos de los cuidados, pero escasamente a las cuidadoras ancianas acerca de sus propias necesidades y problemas. El tratamiento de estos casos, muchas veces asociados a situaciones de demencia o pérdida de capacidades cognitivas de la persona objeto de cuidado, deberá, como es lógico, integrar todas esas circunstancias que se presentan para intervenir no desde el punto de vista penal –dado la falta de responsabilidad– sino desde ámbitos socio-sanitarios, articulando los apoyos requeridos.

<sup>10</sup> WOLF, S.R., PILLEMER, K.A. *Helping Elderly Victims. The Reality of Elder Abuse*, Nueva York, Columbia University Press, 1989.

<sup>11</sup> PAVEZA, G. J. et al. "Severe family violence and Alzheimer's disease: prevalence and risk factors", *The Gerontologist*, nº 32, 4, 1992 p. 493 – 497; COYNE, C. et al. "The relationship between dementia and elder abuse", *American Journal of Psychiatry*, 15 (4), 1993, pp. 643 – 646.

<sup>12</sup> PHILLIPS, R.L., et al. "Abuse of Female Caregivers by Care Recipients: Another Form of Elder Abuse", *Journal of Elder Abuse and Neglect*, 12 (3-4), 2001, p. 124.

3.2

### Violencia de género y mujeres mayores

La mujer mayor (al igual que la más joven) puede igualmente sufrir maltrato físico, financiero, sexual y emocional a manos de sus parejas. Es decir, pueden ser víctimas de situaciones que conocemos como violencia de género.

La mayoría de la literatura disponible sobre el tema cifra las características diferenciales de las mujeres mayores víctimas de violencia de género en los siguientes elementos: habitualmente se han socializado con actitudes más tradicionales en relación a los roles de género, matrimonio y familia<sup>13</sup>. Además, aunque muchas mujeres sufren una serie de dificultades económicas que hacen que permanezcan en situaciones de violencia, esto suele ser más acentuado en el caso de las mujeres de edad avanzada. Las mujeres mayores suelen tener también, como es lógico, más problemas de salud que las mujeres jóve-



nes y pueden por ello ser más dependientes necesitando, incluso en algunos casos, cuidados continuos de larga duración, lo que dificultaría la salida de la situación abusiva. A ello hay que añadir que sus redes sociales suelen verse reducidas con la edad por la muerte de amistades y familiares, lo cual genera una falta de alternativa real de recursos de cuidados tanto informales como formales<sup>14</sup>. Incluso, con cierta frecuencia, el esposo maltratador es la única persona cercana que queda en la vida de una mujer mayor víctima<sup>15</sup>. Y, en no pocas casos, este se comporta de forma ambivalente: en ocasiones, cuida y, en ocasiones, maltrata de forma casi simultánea.

Finalmente, otro de los rasgos distintivos de la mayoría de estas situaciones es su persistencia en el tiempo. Habitualmente se trata de situaciones enquistadas, de casos en los que la mujer ha sufrido esta situación durante mucho tiempo (a veces durante prácticamente toda la vida) por lo que resultan muy resistentes al cambio. En este sentido, habría pocas razones para pensar que un hombre que se relaciona de forma violenta con su compañera o esposa va a dejar de hacerlo solo porque envejezca<sup>16</sup>.

Todo ello genera una serie de barreras, tanto internas como externas, que dificultan la búsqueda de ayuda por parte de estas mujeres mayores víctimas de violencia de género. Entre las barreras internas algunos autores distinguen cinco tipologías diferentes: **1** el deseo de proteger a la familia y sobre todo a los hijos de la situación; **2** el sentimiento de autoculpa y resignación después de tantos años de violencia familiar; **3** el sentimiento de estar desprotegidas y ser dependientes económicamente y socialmente de sus parejas; **4** el sentimiento de desesperanza por un futuro incierto y **5** el valor del secretismo, común en otras edades, es decir, la idea de que aquello que ocurre en la familia no debe salir de la familia<sup>17</sup>.

Respecto de las barreras externas, se suelen resaltar en la literatura cuatro tipos: **1** el poco apoyo que las mujeres mayores creen que van a recibir por parte del resto de la familia; **2** la presión religiosa y el valor del matrimonio en su comunidad; **3** la desconfianza que a estas mujeres les suscita el sistema judicial y los profesionales especializados en violencia de pareja y **4** los pocos recursos que existen en su comunidad pensados para su problemática<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> ZINK, T., et al. "Cohort, period, and aging effects: A qualitative study of older women's reasons for remaining in abusive relationships". *Violence Against Women*, 9 (12), 2010, pp. 1429-1441.

<sup>14</sup> WOLF, R.S. "Introduction: The nature and Scope of Elder Abuse", *Generations*, nº 24(2), 2000, pp. 6-12.

<sup>15</sup> STRAKA, S.M. y MONTMINY, L. "Responding to the Needs of Older Women Experiencing Domestic Violence". *Violence Against Women* 12 (3), pp. 251-253.

<sup>16</sup> SEV'ER, A., "More Than Wife Abuse That Has Gone Old: A Conceptual Model for Violence against the Aged". *Journal of Comparative Family Studies*, 40 (2), 2009, pp. 279-292.

<sup>17</sup> BEAULAURIER, R.L., et al., Internal barriers to help seeking for middleaged and older women who experience intimate partner violence. *Journal of Elder Abuse and Neglect*, 17 (3), 2005, pp. 53-74.

<sup>18</sup> BEAULAURIER, R.L., et al. 2007. "External barriers to help seeking for older women who experience intimate partner violence". *Journal of Family Violence*, 22 (8), 2007, pp. 747-755.



Respecto de las consecuencias del maltrato, estas no son esencialmente diferentes en comparación con las mujeres más jóvenes, al menos en aspectos como la gravedad de la violencia, las heridas sufridas o el sentimiento de culpa que puede acompañarlas. No obstante, un número creciente de estudios demuestran que las mujeres mayores víctimas tendrían más problemas de salud, ansiedad y somatización, y utilizarían más medicamentos (antidepresivos, ansiolíticos,...)<sup>19</sup>. En general, la salud de estas mujeres mayores víctimas puede verse seriamente afectada por una situación de maltrato prolongado que precipite y empeore el declinar en la salud asociado al proceso biológico de envejecimiento.

### 3.3

#### La intersección de los dos fenómenos y las principales dificultades de intervención asociadas

Desde un punto de vista legal, en España, la *LO 1/2004, de 28 de diciembre de 2004, de Medidas de pro-*

*tección integral contra la violencia de género* (LOVG) se refiere a la violencia de género como toda forma de violencia que se lleva a cabo como manifestación de la discriminación, la relación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres por quienes sean o hayan sido sus cónyuges o estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones análogas de afectividad, aun sin convivencia (art. 1.1). Se trata, por lo tanto, de situaciones de violencia que se producen en el ámbito de la vida en pareja (aunque la ley se ocupa también de determinados casos muy específicos en otros contextos familiares sin considerarlos necesariamente como violencia de género).

En ese sentido la ley, que no podemos analizar aquí por extenso<sup>20</sup>, no hace distinciones cuando la mujer víctima de violencia de género es una mujer mayor otorgándole la misma protección que a cualquier otra mujer víctima. El problema, tiene que ver más bien con la intervención desde un punto de vista

más integral que supere la mera respuesta penal para incluir otros ámbitos y dimensiones como la intervención social o sanitaria.

En el caso de las parejas formadas por personas mayores no es infrecuente que, al decaer físicamente la mujer por causas relacionadas con el envejecimiento, si se requieren tareas de atención y cuidado prolongado, éstas sean cubiertas por los cónyuges o compañeros varones. En la inmensa mayoría de los casos, lo hacen con gran dedicación y cariño. Pero pueden también aparecer puntualmente situaciones de violencia (habitualmente bajo la forma de negligencia). En muchos de esos casos, la conexión con las causas que explican la violencia, entendida como una manifestación del dominio del hombre sobre la mujer, resultan evidentes: en realidad, como veíamos más arriba, no estaríamos más que ante manifestaciones de violencia de género –a veces prolongada durante casi toda una vida– en las que la víctima ha ido envejeciendo y en la que existe un contexto de necesidad de provisión de cuidados de larga duración añadida.

Los intentos de conceptualizar específicamente la violencia de género contra las mujeres mayores, provienen de dos líneas conceptuales diferentes: una relacionada con la violencia conyugal que tiende a ver estas situaciones como violencia en las relaciones de pareja que ha ido envejeciendo, esto es, mujeres maltratadas desde jóvenes pero que se

<sup>19</sup> BONOMI, A.E., et al., “Health outcomes in women with physical and sexual intimate partner violence exposure”. *Journal of Women’s Health*, 16 (7), 2007, pp. 987-997; FISHER, B., y REGAN, S., “The extent and frequency of abuse in the lives of older women and their relationship with health outcomes”. *The Gerontologist*, 46 (2), 2006, pp. 200-209.

<sup>20</sup> Para un análisis más detallado puede consultarse GRACIA IBÁÑEZ, J. “La violencia de género contra las mujeres mayores. Un acercamiento sociojurídico”. *De- rechos y Libertades*, 2012, pp. 229-326.



han convertido en personas mayores; otra que trata de integrar la cuestión en el fenómeno más amplio de la violencia familiar hacia las personas mayores. El paradigma de la violencia de género subraya la cuestión de la violencia, mientras que el paradigma del maltrato hacia los mayores hace especial hincapié en la vejez<sup>21</sup>.

En principio, ambas perspectivas parecen adecuadas pero, de cara a la respuesta, en cada caso se derivan diferentes consecuencias que tienen origen en la muy diversa construcción de estas dos formas de violencia familiar como problema social. En el caso de la violencia contra las personas mayores, la asunción acrítica y automática del modelo de explicación basado en el estrés del cuidador y en la dependencia de la persona mayor víctima puede resultar a la larga peligrosa cuando la víctima es una mujer mayor y el agresor es su esposo o compañero porque se presume fácilmente que ésta es frágil y dependiente, pudiendo no intervenir correctamente (haciendo que queden ocultos), los casos en los que la víctima presenta una buena salud física y mental<sup>22</sup>.

Además, en algunos de estos casos los servicios sociales pueden recomendar soporte y ayuda psicológi-

ca hacia este cuidador varón para aliviar su situación de estrés y respiro y cuidado diario en un centro de día para la mujer. Si la situación tiene que ver con el estrés asociado al cuidado, esas intervenciones pueden ser eficaces. Pero, si lo que subyace es una relación de violencia de género enquistada, su eficacia es mucho más dudosa y estaríamos, en algún sentido, validando al agresor y empatizando con él<sup>23</sup>. Hay que ver qué hay realmente detrás en cada supuesto: dinámicas de violencia de género, a veces una *violencia con historia*, o una situación más próxima a la violencia puntual generada por el estrés asociado al cuidado. Esto puede ser complejo de evaluar ya que, en estos casos de intersección, la víctima es una mujer pero también es una persona mayor, dependiente y necesitada de cuidados.

En estos contextos, el concepto de *interseccionalidad* aparece como una herramienta clave que nos facilita una mirada mucho más profunda, flexible y útil de cara no solo a la conceptualización sino también a la intervención. Un instrumento que nos ayuda a integrar en nuestros análisis las vivencias de grupos de mujeres víctimas de violencia que no encajan dentro de esa visión estereotipada. Al tiempo que puede inspirar el desarrollo de políticas, estrategias e intervenciones específicas para estos colectivos frecuentemente invisibilizados entre los que se encuentra el grupo de las mujeres mayores.

La perspectiva de la interseccionalidad nos permite entender mejor cómo la violencia de género no resulta un fenómeno monolítico. La integración de otras dimensiones de la diferenciación social más allá del género (como la raza, la clase, la orientación sexual, nacionalidad y otras, como la edad avanzada), permite reforzar la teorización que se hace sobre el asunto<sup>24</sup>. En el caso concreto de la violencia de género ejercida contra las mujeres mayores, la avanzada edad inter-

secciona con el género creando unas condiciones específicas de vulnerabilidad y desempoderamiento de estas mujeres.

#### 4. CONCLUSIONES CON ALGUNAS PROPUESTAS CONCRETAS DE INTERVENCIÓN

Como hemos visto, las mujeres mayores pueden ser víctimas de diversas formas de violencia en el ámbito de la familia y, específicamente, de violencia de género. En ocasiones, cuando se superpone un escenario de dependencia, fragilidad física y necesidad de cuidados familiares de larga duración ejercidos por el esposo o compañero, la violencia de género es difícil de distinguir de la violencia contra las personas mayores. Y esa dificultad va más allá que la mera clasificación conceptual académica puesto que ambos fenómenos se han construido desde puntos de vista diferentes y suelen generar intervenciones de distinta naturaleza.

En concreto, del análisis de estas características diferenciales del fenómeno de la violencia de género cuando se dirige de forma específica contra las mujeres mayores se deduce la necesidad de colocar el foco de atención tanto en la especial vulnerabilidad que puede implicar la edad avanzada para la mujer víctima, las dificultades o barreras adicionales para salir de esta situación y en la mayor gravedad en las consecuencias.

Para intervenir adecuadamente en relación con los fenómenos analizados en este artículo resulta de la mayor utilidad manejar una visión interseccional del problema. ¿Qué implicaría esto desde un punto de vista práctico?

En primer lugar, es necesario articular una adecuada recogida de datos que nos permita conocer, con la mayor fiabilidad posible, el número de mujeres mayores que son vícti-

<sup>21</sup> BAND-WINTERSTEIN, T. y EISIKOVITS, Z., 2010. "Towards Phenomenological Theorizing About Old Women Abuse", *Ageing International*, 35 (3), 2010 p. 201.

<sup>22</sup> BRANDL, B.D.; RAYMOND, J. "Unrecognized Elder Abuse Victims. Older Abused Women. *Journal of Case Management*, 6 (2), 1997, p. 62.

<sup>23</sup> CELDRÁN, M., 2013. "La violencia hacia la mujer mayor: revisión bibliográfica". *Papeles del Psicólogo*, 34 (1), 2013, p. 60.

<sup>24</sup> BOGRAD, M., 2005. "Strengthening domestic violence theories. Intersections of race, class, sexual orientation, and gender", en N.J. SOKOLOFF, C. PRATT, eds., *Domestic violence at the margins*. Londres, Rutgers University Press, 2005, pp. 25-38.



mas. Y, además, sus condiciones generales de salud, discapacidad, dependencia, situación socioeconómica y familiar. Debemos saber, en la medida de lo posible, cuántas son y qué necesitan.

Y conectado con esto, dada la escasez de investigaciones y trabajos científicos rigurosos sobre el tema en el contexto español, precisamos de un aumento del conocimiento científico en esta área. Debe estimularse la realización de estudios e investigaciones multidisciplinares, tanto a nivel cualitativo como más cuantitativo y epidemiológico.

Pero más allá de estas necesidades preliminares, la mirada interseccional sobre el fenómeno lleva implícita, en segundo lugar, una revisión de las iniciativas, de las políticas y de los sistemas de implementación en relación con la atención a la violencia de género para analizar si están realmente abordando las necesidades de estas mujeres víctimas colocadas en la intersección entre edad y género. Y, en consecuencia, una adecuación o adaptación de los programas y servicios existentes o la creación de otros nuevos que aborden las necesidades específicas de este colectivo de víctimas. Hay que repensar y readaptar la respuesta desde estos ángulos nuevos de visión.

Desde el punto de vista de la detección, resulta vital la adecuada formación de los y las profesionales implicados provenientes de todos los ámbitos. Con todo, en el caso de las mujeres mayores, esto es especialmente relevante para los y las profesionales de la salud.

Para esta compleja tarea es vital desarrollar nuevos instrumentos o, al menos, traducir y adaptar los existentes de cara a una adecuada detección por parte de los profesionales. Tanto en la elaboración y validación de estos instrumentos de detección como en la de guías y protocolos de actuación específicos para detectar e intervenir en casos de violencia de género y de violen-

cia familiar contra mujeres mayores deberían implicarse, en la medida de lo posible, los y las propias profesionales de los diferentes ámbitos. Para que sean instrumentos útiles asumidos y pensados desde el trabajo y la experiencia del día a día.

Finalmente, pensando en la intervención, muchas estrategias relacionadas con la respuesta frente a la violencia de género (como las casas de acogida y otros alojamientos alternativos, los órdenes de alejamiento, los planes de seguridad o los mecanismos de información y asesoramiento a las víctimas) pueden y deben extenderse al campo de la respuesta del fenómeno del maltrato hacia las personas mayores y, por supuesto, aplicarse a los casos de violencia de género contra mujeres mayores que nos ocupan, siempre que sean adecuados y necesarios.

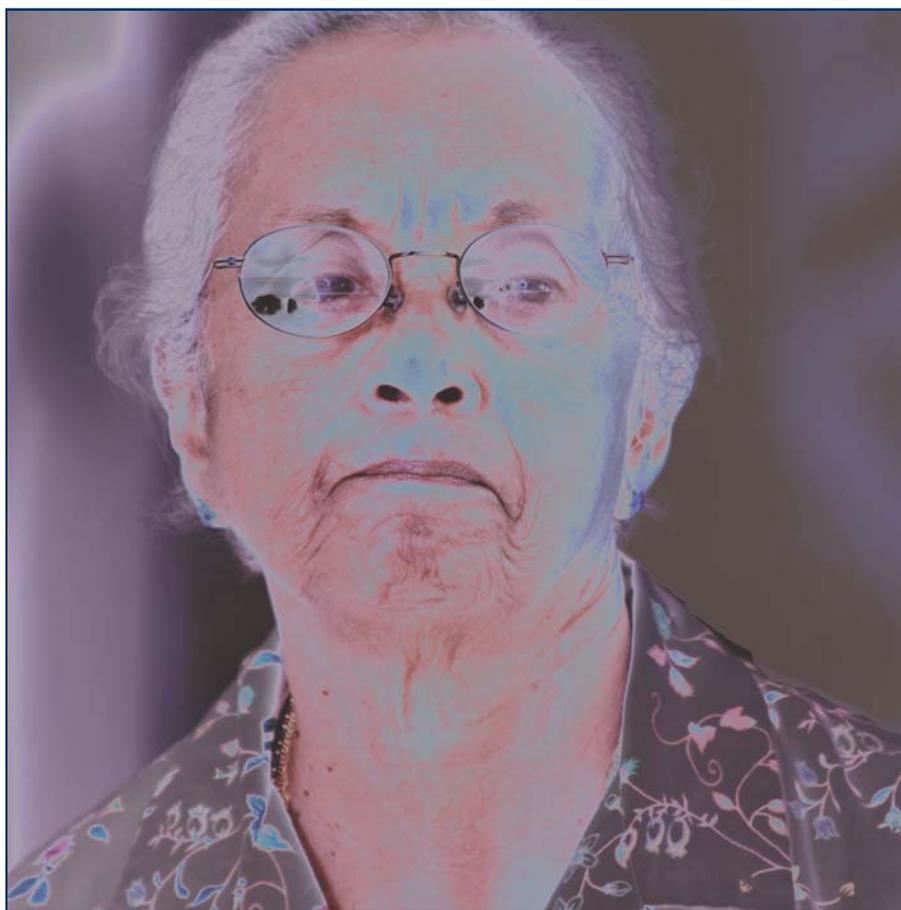
Por ejemplo, muchas veces los recursos de acogida y alojamiento para mujeres maltratadas no se en-

cuentran suficientemente preparados para asumir las diversas realidades de las mujeres mayores.

Esto ocurre sobre todo en aspectos organizativos y del personal, como el hecho de que los centros no están adaptados a las dificultades de movilidad de las personas mayores y que el personal no está, en general, familiarizado con la vejez y sus necesidades. También habría que adecuar los recursos más generales.

En definitiva, aunque en este artículo, nos ocupamos apenas de dos manifestaciones concretas y de sus intersecciones, las mujeres mayores pueden ser víctimas de violencia familiar y de género en diversos contextos.

La dimensión del género es indispensable para complejizar un fenómeno al que, si simplificamos en acceso, seremos incapaces de dar una adecuada respuesta legal e institucional tanto en términos de eficacia como de justicia.



FORO DE DEBATE

# **Análisis de la demanda de prostitución por parte de varones estudiantes universitarios**

INVESTIGACIÓN  
REALIZADA  
ENTRE JUNIO DE 2014  
Y MAYO DE 2015

LAURA E. PEDERNEIRA.

Licenciada en Pedagogía.

Máster en Intervención Social y Comunitaria y Máster en Estudios  
de Género y Políticas de Igualdad por la Universidad de La Laguna.

**ESTE TRABAJO HA RECIBIDO EL PREMIO  
CONCEPCIÓN GIMENO DE FLAQUER  
DEL SEMINARIO INTERDISCIPLINAR DE  
ESTUDIOS DE LA MUJER DE LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA**

AEQUALITAS 2016 (nº 38), pp. 51-61, ISSN: 1575-3379



## RESUMEN

El fenómeno de la prostitución, mayoritariamente, ha venido siendo analizado e investigado en correlación con las circunstancias de las mujeres que se hayan inmersas en esta situación. Pero, la prostitución y sus hermanas, el tráfico y la trata de personas con fines de explotación sexual, son hoy más que nunca parte de un proceso global, emergente y en creciente ascendencia, y en el cual la demanda desempeña un papel fundamental. Por lo tanto, de este fenómeno que constituye la prostitución y del cual participan ininidad de actores, he decido focalizarme, para esta investigación, en el polo más invisibilizado e inocentado: el cliente-usuario, y específicamente en los usuarios varones estudiantes universitarios.

**Palabras clave:** Prostitución, demanda, jóvenes.

## ABSTRACT

The phenomenon of prostitution, mostly, has been examining and investigated in correlation with the circumstances of women who have been immersed in this situation. But, prostitution and sisters trafficking and trafficking in persons for sexual exploitation are more than ever part of a global, emerging and growing ascendancy process, and demand plays a key role. Therefore, prostitution constitutes a phenomenon which involves many actors and I decided this research on the most invisible and innocent pole: the client-user, and specifically in male college students users.

**Keywords:** Prostitution, demand, young.

## INTRODUCCIÓN

*“Cuando no se analiza la demanda, o se la menciona escasamente, resulta fácil olvidar que en la industria del sexo no se trafica con seres humanos para satisfacer la demanda de los traficantes sino la de los compradores, que son hombres en su mayoría”.*

*Alison Phinney, Comisión Interamericana de Mujeres*

Este trabajo consta de los siguientes contenidos:

En el Capítulo 1 realicé una revisión teórica, donde he ambicionado sintetizar los diferentes modelos normativos que intentan regular la prostitución, y desde una aproximación a esta cuestión, con marcada perspectiva de género, he insistido tediosamente en la necesidad de focalizarnos en la figura del usuario, sus motivaciones y su opinión ante el fenómeno. En el Capítulo 2 he desarrollado el diseño de la investigación, exponiendo la definición del objeto de este estudio, la formulación de las hipótesis de partida y el análisis e interpretación de los datos recogidos (entre Junio de 2014 y Mayo de 2015) durante el trabajo de campo. En el Capítulo 3 presento la contrastación entre de las hipótesis de partida y los resultados obtenidos en esta investigación. Finalmente, en las conclusiones, he expuesto unas reflexiones generales sobre todo el trabajo.

### 1. LA IMPORTANCIA DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL ANÁLISIS DE LA PROSTITUCIÓN

#### 1.1

#### El género de la prostitución

El orden cultural dominante, que todavía sigue respetando los mandatos del patriarcado, reproduce tenazmente unos modelos de afectividad y sexualidad ligados a la diferenciación jerárquica y biológica entre hombres y mujeres.

Se ha escrito muy a menudo sobre la forma en que la cultura construye un modelo de varón con una “naturaleza sexual intrínseca”<sup>1</sup> cuyos impulsos deben

ser encauzados a través de formas socialmente argumentadas, legitimadas, estimuladas e institucionalizadas.

Así, la prostitución, entre otras y tantas, constituye una institución más al servicio de los varones, justificada su necesidad ordinariamente en las diferencias existentes entre mujeres y varones, y que hace que estos últimos requieran necesariamente tener asegurado su acceso al sexo, cuando quieran, donde quieran y cuantas veces quieran, ya que su “naturaleza” así lo evidencia.

Por lo tanto, en las situaciones de prostitución se deben destacar, al menos, dos aspectos esenciales:

un aspecto coyuntural, que hace referencia a las situaciones de especial vulnerabilidad, desventaja, fragilidad y marginación de las mujeres en situación de prostitución, y

un aspecto estructural, que hace referencia a las desigualdades de género, producto de la socialización diferenciada entre varones y mujeres, y de la ideología (basada, entre otras cosas, en las diferencias “naturales”) que lo justifica.

Es por esto que la mayoría de la prostitución (tanto la “voluntaria” como la obligada) es ejercida por mujeres y niñas y casi la totalidad de los prostituidores son varones que tienen dinero para pagar su satisfacción o fantasías sexuales, y que compran el cuerpo de las mu-

<sup>1</sup> Subrayo que “la naturaleza” es eternamente pensada culturalmente por los sectores hegemónicos.

eres (no sus servicios) como si se tratara de un bien de consumo, como quien va al estanco a comprar el periódico, o a la dulcería a por un pastelillo.

Esta es una de las razones principales por lo que en este trabajo he desplazado, de forma casi sistemática, el foco de análisis de la prostitución de mujeres hacia el análisis del prostituidor.

Siguiendo el razonamiento de la doctora Ana de Miguel, en un orden racional de investigación sobre el fenómeno de la prostitución la primera cuestión no debería centrarse sobre la existencia de personas dispuestas a prostituirse, ni acerca de sus motivos o causas, ni siquiera debería ser una reflexión acerca de la coyuntura económica o social que lo sustenta. Las preguntas que se deberían hacer serían: ¿Por qué tantos hombres consienten con normalidad que haya cuerpos de mujeres que se observan, se miden, se evalúan y posteriormente se paga para disponer de ellos? ¿Cómo es posible que los hombres obtengan placer de personas que se hallan en una situación de clara subordinación y que, en general, sólo sientan indiferencia, repulsión o pena por esas personas? ¿Qué mecanismos son los que legitiman estas prácticas? ¿Por qué motivo la prostitución es actualmente una opción de ocio para muchos jóvenes? (De Miguel Álvarez, A., 2012).

Ante estas preguntas, y frente a la evidencia de la feminización del fenómeno de la prostitución, planteo y entiendo que su tratamiento y su intento de respuesta no pueden realizarse sin un análisis feminista, sin la aplicación de la perspectiva de género. Si no se aplica esta perspectiva, si no se realiza el examen desde este punto de vista, jamás será posible comprender el motivo por el cual en sociedades formalmente igualitarias la prostitución aumenta minuto a minuto, de una forma indeseablemente acelerada.

La perspectiva de género nos facilita analizar la realidad desentrañando las relaciones de poder que existen entre mujeres y hombres, y pone de manifiesto que el principio y la continuación de las desigualdades no responden a situaciones naturales o biológicas, sino a una construcción social transferida a través de la socialización diferencial.

<sup>2</sup> Josephine Elizabeth Grey Butler, la fundadora ideológica y material del feminismo abolicionista, creó y desarrolló su ideario abolicionista desde la óptica feminista y fue capaz de instalarlos pese al patriarcado del Siglo XIX. Sus principios tienen una claridad ideológica aún vigente, y se incluyeron en el Convenio de la ONU de 1949 contra la explotación de la prostitución ajena y la trata a tal fin. Josephine Elizabeth Grey nació en Inglaterra en 1828 y murió en diciembre de 1906, y dedicó la mayoría de sus actividades a la ayuda de las mujeres en situación de prostitución, de las cuales había una enorme cantidad en la Inglaterra del Siglo XIX, en donde la aristocracia y la allí llamada “clase dirigente” explotaban sin misericordia a la clase trabajadora tanto urbana como rural, cuya vergonzosa situación, basada en datos oficiales, fue expuesta en El Capital, de Karl Marx, Tomo I.



## 1.2

### Legalización versus abolición

Los principales enfoques socio-jurídicos ante la prostitución se pueden sintetizar en tres sistemas, que examinan el fenómeno como una actividad que ha sido contemplada por normas jurídicas que han prohibido, regulado o tolerado su ejercicio. (Garrido Guzmán, 1992). Los países afrontan la prostitución optando (más o menos) por uno de ellos tres:

Abolicionista: Reconoce su existencia y lucha por su erradicación.

Reglamentista/legalista: Tolera y reglamenta la actividad.

Prohibicionista: Prohíbe y castiga la actividad

El sistema abolicionista surgió como resultado de las luchas defendidas por la Federación Abolicionista Internacional, fundada en 1875 bajo los auspicios de Josefina Butler<sup>2</sup>, para combatir contra la reglamentación de la prostitución.

Según Sara Torres, directora en Argentina de la Coalición Internacional contra el Tráfico de Mujeres, Niñas y Niños, las ideas básicas que Josephine Butler formuló sobre el problema de la prostitución fueron revolucionarias y subversivas para la época, por el modo en que ponía en tela de juicio las prácticas de dominación sexual masculinas, colocando el acento en la responsabilidad de los varones y en su rol como proveedores y compradores de la prostitución. Además, planteó el hecho de que mientras por un lado la esclavitud terminaba de ser abolida en la mayor parte



de los países europeos, por otro lado, el sistema de la prostitución establecía una verdadera forma contemporánea de esclavitud que oprimía a las mujeres y ultrajaba a la humanidad en su conjunto. Igualmente, refutó los argumentos sobre la sexualidad masculina calificada como irrefrenable, un pretexto ampliamente utilizado para legitimar la supuesta necesidad de la prostitución. (Torres, 2009).

En el sistema abolicionista, el ordenamiento jurídico despenaliza el ejercicio de la prostitución y la persona que se prostituye es considerada como una víctima de la propia actividad. Las leyes tipifican solamente la conducta de quienes se benefician de la prostitución ajena (proxenetas, intermediarios, usuarios) sin que en la evaluación de los hechos se tenga en cuenta la existencia o no de consentimiento por parte de la víctima.

El sistema reglamentista se mantiene sobre la base de considerar el fenómeno de la prostitución como un hecho ineludible, cuya presencia ha de ser reconocida por la sociedad. En ese sentido, la regulación suscribe establecer un sistema de control de la actividad, consintiendo que la misma sea considerada bajo el estatus de trabajo regularizado y normalizado. Bajo este modelo las personas que se prostituyen se deben someter a controles públicos, principalmente de tipo sanitario, estando prohibida y penada la prostitución clandestina y practicada al margen del ese control público. Sin embargo, permanecen fuera de cualquier clase de intervención quienes solicitan o intermedian en este tipo de servicios.

En el sistema prohibicionista el Estado castiga penalmente a todas y cada una de las partes que actúan en el fenómeno de la prostitución: la persona prostituida, la/el proxeneta y la/el usuario. Conforme con este sistema la persona prostituida es considerada como delincuente y no como víctima de la situación.

A grandes rasgos, la respuesta del poder público ante el fenómeno de la prostitución se enmarca en alguno de los tres sistemas descritos.

### 1.3

#### Visibilizar al usuario

A pesar de los avances en el camino hacia la igualdad, el patriarcado está hondamente afianzado en la estructura social y para analizar esta situación es necesario recurrir constantemente a examinar los recursos con los que cuenta este sistema de dominación para perpetuarse. Para explicar la falta de concienciación feminista (inclusive entre la juventud) ante el fenómeno de la prostitución, de entre la gran cantidad de recursos patriarcalistas, me he centrado en la técnica de invisibilización de los usuarios.

Comprender esta invisibilidad implica comprender porque la gente joven acepta sin mayores problemas que la desigualdad preexistió (en un tiempo lejano y

como en un país remoto), y sin embargo carece de un conocimiento esencial: la sociedad patriarcal continúa reproduciendo la ideología de la naturaleza diferente y complementaria de los sexos, como cimiento de una posterior adscripción a estereotipos y roles diferentes en el orden social.

Aunque la política sexual (ordenación política del amor patriarcal) legitima y normaliza que los hombres puedan disponer de las mujeres para satisfacer sus “necesidades” sexuales a través de la prostitución, muchos planteamientos feministas están ocupándose de investigar y conceptualizar a los usuarios-clientes, parte absolutamente necesaria para la existencia del fenómeno, de los burdeles, de los prostíbulos, de las casas de citas y del tráfico y trata con fines de explotación sexual.

Poner un espejo delante de los varones que buscan y encuentran placer sexual de personas que, comprensiblemente, no les desean en absoluto, es una tarea ineludible para reflexionar acerca del abismo que se abre bajo la aparente igualdad en las perspectivas y formas de experimentar la sexualidad.

### 1.4

#### Aproximación a la prostitución por parte de la juventud

La aproximación a la prostitución por parte de las nuevas generaciones resulta algo socialmente aceptado. La oferta, ilimitada en los últimos tiempos y debido sobre todo a la explotación sexual de las mujeres empobrecidas y migrantes, es vista como una opción de diversión por parte de los jóvenes, que no reparan ni medio instante en la trastienda del negocio, contribuyendo con su “pasatiempo” al mantenimiento de esta situación de esclavitud.

El perfil del usuario masculino de la prostitución en España es manifiestamente más joven que hace años. Según estudios de APRAM, el usuario habitual era en 1998 un varón casado, con cargas familiares y mayor de 40 años, pero a partir de 2005 predominaban los hombres de entre 20 y 40, es decir que la media de edad estaba en los 30 años. (APRAM, 2005).

La periodista de investigación María Antonia Sánchez-Vallejo, en un premonitorio artículo publicado en 2008<sup>3</sup>, confirmaba la manera en que la cultura de la inmediatez y la masiva oferta de prostitución rejuvenecían el perfil de los consumidores: “El 27% de los varones de 18-49 años admite haber pagado por sexo, la fantasía del exotismo propicia la experiencia, y para estos jóvenes la voluntad de obtener de forma rápida y sin esfuerzo sexo sin compromiso han sido factores clave para este cambio de perfil en una genera-

<sup>3</sup> <http://elpais.com/diario/2008/01/15/sociedad/>



ción que, paradójicamente, ha nacido después de la revolución sexual”. (Sánchez Vallejo, 2008).

Despedidas de soltero, cenas de empresa, cumpleaños, celebraciones deportivas, una asignatura aprobada, el fin del curso lectivo, el remate a una noche de juerga, o un desahogo rápido tras una jornada de esfuerzo intelectual, pueden ser las motivaciones. Pero el denominador habitual aparece cada vez más claro: cuanto más rejuvenece el usuario-prostituyente, más aumenta la visión de la prostitución como parte integrante de la oferta de ocio.

### 1.5

#### El usuario de prostitución: Motivaciones de su afición, estrategias de justificación e imaginario femenino

Además de la progresiva normalización de la prostitución como opción de ocio, el médico y psicoanalista Juan Carlos Volnovich, autor del libro *“Ir de putas”* (Volnovich, 2006) propone en su obra una tipificación de las lógicas argumentales a las que recurren los hombres usuarios de prostitución para fundamentar su afición, basándose en su experiencia como psicólogo clínico y también en los resultados de la investigación realizada en Francia por Saïd Bouamama<sup>4</sup>.

Las principales motivaciones que asumen tener los usuarios de prostitución son las siguientes:

La abstinencia sexual, la timidez y la soledad afectiva, resultados de la falta de confianza en sí mismos, de una baja autoestima o de heridas provenientes de desengaños amorosos, son la explicación que argumentan para explicar aquello que los empuja a los contactos fáciles que la prostitución ofrece. Como víctimas de sus propias insuficiencias, aspiran a la comprensión y pretenden otorgarle un sentido aceptable al consumo sexual pagado.

La desconfianza, el temor y el odio que les inspiran las mujeres, fundados en la misoginia, les lleva a sospechar de las mujeres, a las que consideran interesadas, despiadadas, egoístas, complicadas e intrigantes. Den-

<sup>4</sup> Esta investigación fue iniciada en 2002, en Francia, por el sociólogo argelino Saïd Bouamama, bajo el título “El hombre en cuestión: el proceso de devenir cliente de la prostitución”. Consistió en una encuesta, entrevistas semidirigidas y grupos de reflexión con varones que aceptaron participar del proyecto.

Los 13.000 participantes fueron convocados a través de avisos que aparecieron en los diarios (incluso en periódicos de distribución gratuita) bajo la siguiente consigna: “El clientelismo es una construcción social y no producto de una tara individual susceptible de ser curada o reprimida. ¿Está usted dispuesto a participar?”

tro de este grupo se encuentran los varones que culpan a la sociedad por el protagonismo y el poder que las mujeres están logrando.

Una vida sexual insatisfactoria, es la explicación que dan aquellos varones que dicen verse empujados a la prostitución porque sus parejas o iguales los someten a una vida sexual que no les satisface. Para ellos, un abismo separa a la compañera que han elegido como novia, compañera o esposa del personal mercenario que contratan para satisfacer sus necesidades y realizar las fantasías sexuales que imaginan.

Eludir cualquier tipo de responsabilidad, sobre todo afectiva, que pueda devenir de un vínculo medianamente estable con la otra persona, es otro de los argumentos. Pagan para ahorrarse los problemas que toda relación afectiva supone, y pagan para confirmar que las mujeres con las que tienen sexo no desean otra cosa más que el dinero.

La adicción al sexo, incluye a esos varones impulsivos y compulsivos que no pueden renunciar a encuentros sexuales fáciles e inmediatos, donde no es necesario pasar por parsimoniosos rituales de seducción y conquista. Estos son los que ubican el sexo en un lugar similar al que ocupa la droga en los toxicómanos.

Además de las motivaciones antes mencionadas, María Antonia Sánchez Vallejo destaca otras justificaciones que llevan a los varones a comprar sexo (Sánchez Vallejo, 2008):

El factor grupal, que implica que si algún amigo ha recurrido a la prostitución y comunica información positiva, incluso entusiasta, es fácil que contagie al grupo con razonamientos del tipo “son verdaderas profesionales”, “se les puede entrar sin rodeos”, o “saben hacer muy bien su trabajo”. Se trata de comentarios que terminan convirtiéndose en clichés que se repiten y perpetúan.

La inmediatez, la facilidad para poder acceder a estas formas de relaciones, es una de las características que igualmente influye en los jóvenes, acostumbrados a la cultura de lo ligeramente accesible.

El atractivo estético, resultado de una variedad interracial que favorece la realización de anhelos y fantasías sexuales clásicas: mujeres asiáticas, negras, de Europa del Este, y cada vez más jóvenes. Y a esto se le suma la gran oferta de locales recreados con shows, bebidas y estética vistosa.



Al igual que las motivaciones y justificaciones antes mencionadas, otra tipología muy valiosa para analizar el fenómeno del clientelismo sexual lo aporta el trabajo de investigación “Prostitución en Galicia: clientes e imaginarios femeninos” (Suárez y Freire, 2009), donde las autoras destacan cuatro variedades de usuarios de prostitución, en base a los imaginarios femeninos dominantes en sus discursos narrativos:

**Discurso misógino:** El usuario percibe de forma muy negativa a la mujer y manifiesta actitudes de descrédito. Estos hombres se sienten aterrorizados por la pérdida del monopolio de poder del que disfrutaban en exclusiva y, al no lograr acomodarse a nuevas situaciones de paridad, adoptan una posición de resentimiento y agresividad contra las mujeres. Suelen argüir que todas las mujeres son unas putas, pero la diferencia consiste en que unas cobran y otras lo hacen por vicio, sin cobrar.

**Discurso samaritano:** Se trata de un perfil con visión dual, y contradictoria, de las mujeres que existen dentro del mundo de la prostitución. Por un lado están las buenas, sacrificadas, inocentes y pudorosas, mujeres abnegadas y decentes que “se asustan” cuando se le pide un servicio sexual anormal, y que ejercen para ayudar a su familia a costa de sufrir mucho por lo que hacen. Por otro lado están las malas, viciosas e interesadas, que se benefician de las necesidades “fisiológi-

cas” de los hombres para engrosar sus bolsillos y poder llevar una vida materialista y frívola. En el discurso samaritano converge la trilogía tradicional del imaginario femenino: virgen, madre y puta.

**Discurso mercantilista:** En este grupo abundan hombres jóvenes, que manifiestan muy enérgicamente que la prostitución no es más que un negocio que se rige por la ley de la oferta y la demanda. Van a los clubes como una actividad de ocio cualquiera, como una forma de pasar el tiempo libre, como quien va a una discoteca o a un pub para desahogarse y estar con los amigos. Son los que opinan que no hay servicios de prostitución para mujeres porque no existe esa demanda.

**Discurso crítico:** Se trata de un discurso muy minoritario, donde los hombres reconocen la existencia de las desigualdades de género y las injusticias que sufren las mujeres en un entorno capitalista y patriarcal. Creen que quienes se dedican a la prostitución lo hacen por necesidades económicas, y/o por falta de oportunidades. Son autocríticos y conscientes de sus contradicciones y se justifican basándose en carencias afectivas, complejos o timidez.

Para recapitular, resumo en el siguiente esquema las motivaciones, justificaciones e idea de mujer prostituida que argumentan los usuarios para explicar su inclinación a *ir de putas*:

MOTIVACIONES, JUSTIFICACIONES E IDEA DE MUJER PROSTITUIDA QUE ARGUMENTAN LOS USUARIOS <sup>5</sup>	
MOTIVACIONES Y JUSTIFICACIONES	<ul style="list-style-type: none"> <li><input type="checkbox"/> Abstinencia o insatisfacción sexual, timidez o soledad afectiva</li> <li><input type="checkbox"/> Desconfianza, odio o temor hacia las mujeres</li> <li><input type="checkbox"/> Evitación de compromisos y responsabilidades afectivas</li> <li><input type="checkbox"/> Adicción al sexo</li> <li><input type="checkbox"/> Realización de fantasías</li> <li><input type="checkbox"/> Necesidad de dominio frente a la paridad de género</li> <li><input type="checkbox"/> Influencia del factor grupal</li> <li><input type="checkbox"/> Inmediatez y facilidad de acceso</li> <li><input type="checkbox"/> Atractivo estético y exótico de la oferta</li> </ul>
IMAGINARIO FEMENINO EN LOS DISCURSOS NARRATIVOS	<ul style="list-style-type: none"> <li><input type="checkbox"/> Discurso misógino</li> <li><input type="checkbox"/> Discurso samaritano</li> <li><input type="checkbox"/> Discurso mercantilista</li> <li><input type="checkbox"/> Discurso crítico</li> </ul>

<sup>5</sup> Esquema de elaboración propia, basado en el libro “*Ir de putas*” (Volnovich, 2006), los datos ofrecidos por la investigación “*Prostitución en Galicia: clientes e imaginarios femeninos*” (Suárez y Freire, 2009) y al artículo periodístico escrito por M.A. Sánchez Vallejo en el diario *El País* con fecha 15 de enero de 2008 (Sánchez Vallejo, 2008).



## 1.6

### ¿Qué es lo que genera el consumo de prostitución?

Posiblemente lo que hace que la prostitución subsista, y además se encuentre en alta prosperidad, es la intersección entre los imperativos del neoliberalismo-capitalista y el hetero-patriarcado: mientras uno convierte todo lo existente en mercancía, el otro insiste en eternizar el dominio de los varones sobre el género femenino.

El cuerpo de las mujeres es el campo de batalla donde se dirime un negocio global, donde las más empobrecidas son comercializadas para una explotación sexual muy provechosa, basada en una demanda en auge, asistida con brutales campañas de pornografía y potenciadas por el ciberespacio, la publicidad y la inoportunización de usuario.

Junto a los dos binomios básicos de la cultura hegemónica, los que enfrentan público/privado y razón/emoción, se sigue distinguiendo entre el hombre sujeto y la mujer objeto, entre el hombre socializado y la mujer domesticada. Televisión, cine, revistas, internet, videojuegos, novelas... conforman una maquinaria mercadeada y global al servicio de la renovación constante del modelo tradicional de dominación/sumisión, que promueve el peligroso abuso físico y psicológico hacia las mujeres.

Para la realización del oneroso negocio del fantaseo (de pérdida de identidad, de docilidad y de exigencias) infatigablemente se normaliza la dominación mediante una cultura que sustenta los abusos emocionales y sexuales. Y esta normalización que todo lo invade tiene mucho que ver con el negocio de la explotación sexual de las personas.

El contrato sexual<sup>6</sup> que antaño designara unas pocas mujeres (públicas) para muchos hombres, hoy se robustece ofreciendo muchísimas mujeres (y variadas) para todos los hombres que deseen acceder a ellas y ejercer su dominio a cambio de sumas variables de dinero. Por tanto, prostitución, trata y en definitiva explotación sexual y mercantilización, no pueden ser conceptos aislados en una sociedad capitalista globalizada. Como afirman las sociólogas e investigadoras feministas Esther Torrado y Ana González:

*“La ideología que sostiene la prostitución, el comercio sexual y la trata de seres humanos está anclada en el patriarcado y en los procesos de mercantilización interna-*

<sup>6</sup> El contrato es el medio a través del que se fundan, y a la vez se encubren, las relaciones de subordinación en el patriarcado moderno. Para Carol Pateman, la expresión más clara de esta función del contractualismo se da la prostitución, como simple contrato de trabajo en los que la identidad encarnada de las personas no tiene relevancia (Pateman, 1995).

*cional capitalista” (...). La comercialización sexual de mujeres y niñas no sólo constituye un negocio altamente lucrativo sino que forma parte del ideario sexual cotidiano y colectivo de muchos hombres. Es producto de una cultura patriarcal permisiva con el comercio sexual que obstaculiza el cambio social hacia una sociedad más igualitaria. Por ello, el análisis que hacemos de la prostitución y el comercio sexual no puede circunscribirse a su lógica económica únicamente, a la supuesta libertad de elección de los actores, a la defensa de las tradiciones. Por el contrario, está basado en un contexto de violencia estructural, éticamente injusta, que se sostiene sobre un modelo de sexualidad patriarcal y en el dominio de los hombres sobre las mujeres vulnerables. El comercio sexual requiere un análisis desde la perspectiva de género, y la de los derechos humanos”. (Torrado y González, 2014).*

## 2. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

La fundamentación empírica de esta investigación se basó en un trabajo de campo, realizado entre Junio de 2014 y Mayo de 2015, para lo cual recurrí a la elaboración de un cuestionario, que se dirigió a jóvenes varones universitarios usuarios de prostitución de la ciudad de San Cristóbal de la Laguna (Tenerife). Para poder acceder a los mismos he tenido que acudir a la medición de las mujeres en situación de prostitución (que en gran parte de los casos fueron las que oficiaron de encuestadoras).

### 2.1

#### Definición del objeto de estudio

Este proyecto investigativo partió de una concepción crítico-feminista, asumiendo una perspectiva estructural acerca de la prostitución y concibiéndola como un tipo de violencia contra las mujeres, relacionada a un escenario social heteropatriarcal y capitalista.

Por este motivo he escogido focalizar el análisis de la prostitución en la figura del usuario-cliente, redefiniendo un objeto de estudio poco habitual dentro de esta temática, como son los consumidores de sexo de pago jóvenes y estudiantes universitarios, enlazando esta idea al contexto concreto de los estudiantes de la Universidad de La Laguna que son usuarios de servicios sexuales en pisos de la zona del cuadrilátero de esta ciudad.

### 2.2

#### Objetivo e hipótesis de la investigación empírica

El objetivo central de la investigación radicó en analizar el uso de servicios de prostitución en medio cerrado (pisos), en el área del cuadrilátero de la ciudad de San Cristóbal de La Laguna (Tenerife), por parte de varones estudiantes de la Universidad de esa ciudad.



He partido de la idea previa (en base a la revisión bibliográfica realizada) de que la prostitución femenina no se percibe por parte de los jóvenes como una forma de explotación sexual y de violencia contra las mujeres, y de esta presunción planteo las siguientes hipótesis:

- I El sexo de pago está siendo practicado por jóvenes varones universitarios como una alternativa de ocio.
- II La prostitución sirve de vehículo para ejercer un prototipo de relaciones sexuales donde el modelo es la sumisión femenina frente a dominación masculina.
- III Los jóvenes usuarios presentan una actitud mercantilista frente al fenómeno de la prostitución, y por lo tanto son partidarios de la regularización de la misma.

<b>Bloque 1:</b>	Datos de identificación e información general sobre los encuestados
<b>Bloque 2:</b>	Datos sobre la forma de contacto, frecuencia e importe gastado en servicios de prostitución
<b>Bloque 3:</b>	Modo de concurrencia, prácticas contratadas y motivaciones para recurrir a servicios de la prostitución
<b>Bloque 4:</b>	Opinión sobre la prostitución

#### 2.4.1. Datos de identificación e información general de los encuestados

El universo poblacional que constituyó la muestra ha estado compuesto por 20 varones estudiantes universitarios de la ciudad de La Laguna (Tenerife). La edad media de los encuestados fue de 24 años.

El 90% de los entrevistados era de nacionalidad española, y el resto miembros de países de la comunidad europea.

En su distribución por carreras destacaron los estudiantes de Ciencias Económicas (25%) y de Psicología (25%), seguidos por los estudiantes de Derecho (20%).

Sólo un 15% de los encuestados realizaba otra actividad además de estudiar, y en todos los casos se trataba actividades laborales a media jornada.

El 65% residía en la ciudad de La Laguna y el 20% en Santa Cruz, mientras que el resto se distribuían entre Tegueste y Los Cristianos.

Los datos de la ciudad de residencia presentaron una alta coincidencia geográfica con los de la ciudad habitual donde contrataban los servicios de prostitución, los cuales se realizaron en el 95% de los casos en la zona de La Laguna.

#### 2.4.2. Datos sobre la forma de contacto, frecuencia e importe gastado en servicios de prostitución

En un 50% de los casos la forma habitual usada para realizar los contactos para contratar servicios de

### 2.3

#### Metodología y proceso de investigación

El procedimiento seguido para poder acceder a los usuarios y recoger la información fue dificultoso y delicado, y he tenido que recurrir a las mujeres en situación de prostitución que reciben en pisos de la zona a estos hombres, y que fueron las mediadoras para la recogida de los datos en la gran mayoría de los casos.

### 2.4

#### Análisis e interpretación de datos: Resultados de la investigación

La recogida de datos se hizo utilizando un cuestionario como instrumento, el cual constó de 15 preguntas distribuidas en cuatro bloques temáticos, que son los siguientes:

prostitución es por medio de la red (internet y del teléfono móvil), seguido por un porcentaje del 35% de los encuestados que dicen hacerlo a través de amigos. Debido al alto impacto de las tecnologías informáticas y las redes sociales, sólo el bajo porcentaje restante (15%) dicen recurrir a formas más tradicionales de acercamiento, como el abordaje en la calle o los anuncios en prensa impresa.

Respecto al sitio habitual donde se consuman las relaciones, un 85% tienen lugar en medios cerrados (pisos y clubes de alterne), mientras que sólo en un 15% de los encuestados dicen haberlo hecho en medio abierto (la calle).

La totalidad de los encuestados señalaron que contratan servicios heterosexuales: un 95% con mujeres y el 5% restante con mujeres transgénero o transexuales.

La frecuencia con la cual acuden a servicios de prostitución presenta el mayor porcentaje (65%), en la opción de periodicidad quincenal.

En cuanto al importe gastado, también un 65% dijo invertir entre 300 y 400 euros semestrales, lo cual coincide con una contratación quincenal de servicios de aproximadamente 30 euros cada uno<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> El precio de los servicios sexuales en pisos de la zona del cuadrilátero en La Laguna oscila entre los 30 y 60 euros la hora.

### 2.4.3. Modo de concurrencia, prácticas contratadas y motivaciones para recurrir a servicios de la prostitución

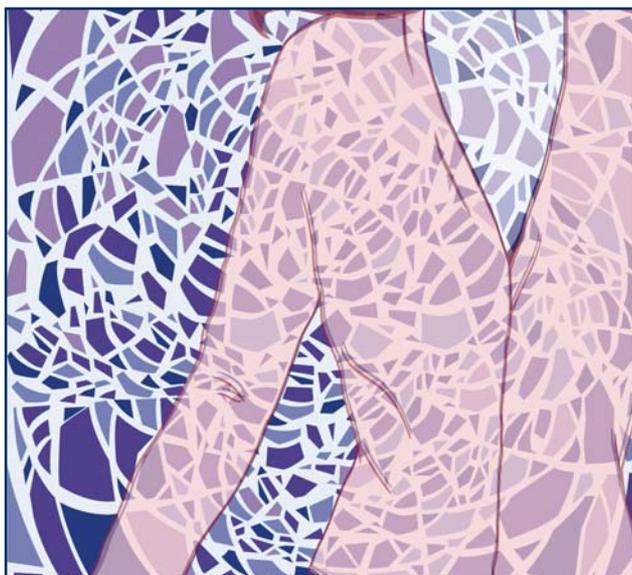
Respecto al modo habitual en que los encuestados concurren a los servicios de prostitución, sólo un 15% declaró hacerlo siempre solo, mientras que un 85% dijo hacerlo en compañía de un amigo o en grupo, y el 10% restante indicó que concurriría tanto solo como acompañado.

Las prácticas sexuales que dicen solicitar más habitualmente son sexo anal activo y sexo vaginal, seguidas de prácticas de sumisión activa y sexo grupal.

La principal motivación que estimula a los encuestados a recurrir a servicios de prostitución es la búsqueda de diversión o de entretenimiento (75%), seguida muy de cerca por el deseo de realizar fantasías sexuales (70%). Además, un alto porcentaje (55%) también ha esgrimido como un estímulo la supuesta pericia o habilidad de las prostitutas, a quienes catalogan como expertas sexuales. La insatisfacción afectiva y o sexual han sido las argumentaciones menos manifestadas.

### 2.4.4. Opinión de los encuestados sobre prostitución

Finalmente, en cuanto a la opinión de los encuestados sobre el fenómeno de la prostitución en relación a la situación legal o jurídica que debe adoptar, un 25% dijo que considera que se debe dejar como está actualmente, mientras que el 75% restante era partidario de su regularización como un trabajo normalizado.



<sup>8</sup> En este punto debo aclarar que si bien para muchas mujeres la penetración anal (y en algunos casos también la vaginal), es considerada como humillante o sentida como un acto de dominación, para esta investigación consideramos como prácticas de sumisión femenina aquellas relacionadas con prácticas sádicas, bondage, o las que en general provocan un daño físico en la receptora.

## 3. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

Esta aproximación exploratoria a los jóvenes universitarios usuarios de prostitución puede llegar a utilizarse como un indicador de la cultura sexual dominante en este colectivo, caracterizada por una opinión mercantilista sobre la prostitución y por su consideración de la misma como una forma de ocio que les permite compartir un espacio de entretenimiento junto a amigos y compañeros.

**Hipótesis (I).**- El sexo de pago está siendo practicado por jóvenes varones universitarios como una alternativa de ocio.

Esta hipótesis se ha confirmado, ya que siendo la edad media de los encuestados de 24 años, todos actualmente estudiantes universitarios, la mayoría admitió recurrir a la prostitución en busca de entretenimiento o de ocio, frente a una minoría que dice hacerlo por insatisfacción en sus relaciones afectivas.

**Hipótesis (II).**- La prostitución sirve de vehículo para ejercer un prototipo de relaciones sexuales donde el modelo es la sumisión femenina frente a dominación masculina.

Esta hipótesis no ha sido plenamente confirmada, ya que si bien entre las prácticas solicitadas por los usuarios destacaron actos de sumisión activa (75%), los porcentajes más altos dicen solicitar sexo vaginal (60%) y sexo anal activo (85%), además de sexo grupal con otros amigos (55%)<sup>8</sup>.

**Hipótesis (III).**- Los jóvenes usuarios presentan una actitud mercantilista frente al fenómeno de la prostitución, y por lo tanto son partidarios de la regularización de la misma.

Esta hipótesis ha sido confirmada, ya que la opinión del 75% de los jóvenes usuarios de prostitución fue que la que la misma debe de ser regularizada como un trabajo cualquiera, mientras que el 25% restante ni siquiera se planteó esta cuestión, opinando que se debe dejar tal como está actualmente. Ninguno de los encuestados expresó la necesidad de que se reduzca la actividad prostitucional.

## CONCLUSIONES

Durante el desarrollo de esta exploración he afirmado en múltiples ocasiones que los “clientes”, los usuarios de prostitución, siguen siendo dentro de este fenómeno los más guardados e invisibilizados. Estos prostituyentes son además los que deciden y fomentan la incorporación creciente de productos exóticos (asiáticas, del Este, latinas o negras, destinadas a aumentar una oferta étnica variada) y de la edad cada vez más reducida de las “mujeres-mercancía” que solicitan para consumir.



Frente a esta espantosa realidad, la actitud de los jóvenes estudiantes universitarios está lejos de rechazar el fenómeno de la prostitución y al contrario, lo conciben como una práctica más de consumo y como opción de ocio o entretenimiento.

Considero que gran parte de los análisis e investigaciones que ponen el foco en las mafias, los proxenetes y/o las mujeres prostituidas (a pesar de su buena intención) esquivan poner el foco en los usuarios, y esto implica en gran medida aliviar la responsabilidad que tienen aquellos que sustentan, promueven y refuerzan esta práctica.

Este trabajo se ha centrado en la figura del usuario de prostitución, y ha intentado destacar que en el análisis de este problema es necesario tener en cuenta las representaciones que en el imaginario social legitiman la prostitución y que dan lugar a que los jóvenes no se planteen que son ellos mismos quienes con su actitud fomentan esta injusticia social, reproduciendo con sus prácticas los ancestrales prejuicios patriarcales que atribuyen a los varones una especie de deseo irrefrenable y les enviste de derechos sobre el cuerpo de las mujeres, que son en definitiva los derechos de los poderosos sobre el cuerpo de los débiles.

La consideración del cuerpo de las mujeres como una mercancía cuya compra-venta no tiene trascendencia, y puede constituir parte de las transacciones habitua-

les entre varones, está muy naturalizada y parte del principio de que la mujer “naturalmente” ha de disfrutar con lo que el varón disfrute. De ahí que se piense que las mujeres que ejercen la prostitución son “expertas y con vocación por el oficio” y, en oposición, las mujeres “decentes” son insípidas, molestas, irritantes, mezquinas. Esta disociación aparece persistentemente en muchos ámbitos (cine, publicidad, pornografía, etc.), y en el imaginario popular. Pero el imaginario femenino y la violencia contra las mujeres no son genéticos, son transferidos y aprendidos, son fruto de entramados y cimentaciones históricas y sociales, lo que significa que son transformables. Podemos y debemos, por lo tanto, deslegitimar la violencia machista y una de sus más graves expresiones: la prostitución.

Con esta investigación he intentado contribuir a visibilizar la opinión y las motivaciones de los jóvenes estudiantes universitarios de la ULL<sup>9</sup> usuarios de sexo prostitucional, poniendo de relieve la necesidad de insistir desde todos los ámbitos, y con todos los medios, para desmitificar la ideología que sustenta el fenómeno de la prostitución.

<sup>9</sup> ULL Universidad de La Laguna

## BIBLIOGRAFÍA CITADA Y CONSULTADA

### LIBROS

- AMORÓS, C. (edit.) (2000). *Feminismo y Filosofía*. Madrid. Síntesis.
- (2005). *La gran diferencia y sus pequeñas consecuencias para la lucha de las mujeres*. Colección Feminismos. Cátedra. Madrid.
- (2008). *Mujeres e imaginarios de la globalización*. Argentina. Homo Sapiens Ediciones.
- APRAMP. (2005). *La prostitución. Claves básicas para reflexionar sobre un problema*. Madrid. Fundación Mujeres.
- BRIZ, M. Y GARAIZABAL, C. (Coords). (2007). *La prostitución a debate. Por los derechos de las prostitutas*. Madrid Talasa.
- CACHO, L. (2008). *Memorias de una infamia*. Barcelona. Debate.
- (2010). *Esclavas del poder. Un viaje al corazón de la trata sexual de mujeres y niñas en el mundo*. Barcelona. Debate.
- (2010). *Los demonios el Edén: El poder que protege a la pornografía infantil*. Barcelona. Debolsillo.
- COBO, R. (2011). *Hacia una nueva política sexual. Las mujeres ante la reacción Patriarcal*. Madrid. Los Libros de La Catarata.
- FREUD, S. (1912/1996). Sobre la más generalizada degradación de la vida amorosa. Incluido en *Obras Completas*. Tomo 11. Buenos Aires. Amorrortu.
- GIMENO, B. (2012). *La prostitución*. Barcelona. Edicions Bellaterra.
- GALINDO, M. y SÁNCHEZ, S. (2007). *Ninguna mujer nace para puta*. Buenos Aires. Lavaca Editora.
- GARRIDO GUZMÁN, L. (1992). *La prostitución. Estudio jurídico*.
- JEFFREYS, S. (1996). *La herejía lesbiana: perspectiva feminista de la revolución sexual*. Madrid. Cátedra.
- JULIANO, D. (2004). *La prostitución: el espejo oscuro*. Barcelona. Icaria.
- LERNER, G. (1986). *La creación del patriarcado*. Barcelona. Editorial Crítica.
- LIENAS, G. (2006). *Quiero ser puta. Contra la regulación del comercio sexual*. Barcelona. Ediciones Península.
- NÚÑEZ, A. (2009). *La trata de mujeres, niñas, niños, adolescentes y jóvenes es un delito de género*. UNIFEM. Bolivia. Disponible en: <http://www.unifem.org.br/sites/800/824/00000509.pdf>
- PATEMAN, C. (1995). *El contrato sexual*. Barcelona. Editorial Anthopos.



■ RUBIO AUREOLES, E. (1994). *Las parafilias. Antología de la sexualidad humana*. México. Consejo Nacional de Población.

■ VOLNOVICH, J.C. (2006). *Ir de putas: reflexiones acerca de los clientes de la prostitución*. Buenos Aires. Topía.

■ WALTER, N. (2010). *Muñecas vivientes*. Madrid. Turner. Versión on line disponible en: <http://www.tagusbooks.com/leer?li=1&isbn=9788415427414>

#### ARTÍCULOS

■ COBO, R. (2006). "Ponencia sobre la prostitución en nuestro país. Congreso de los Diputados. 20 de junio de 2006". Transcripción disponible en: <http://www.mujeresenred.net/spip.php?article638>

■ BRUFAO CURIEL, P. (2008). "Prostitución y políticas públicas: entre la reglamentación, la legalización y la abolición". Fundación Alternativas. Disponible en: <http://ibdigital.uib.es/greenstone/collect/portal-social/import/varis/varis0139.pdf>

■ DE LAS HERAS, M. V., BARAHONA, M. J., GARCÍA, L. M., & CORCHADO, A. I. (2006). "Estudio sobre la opinión y actitud de estudiantes universitarios sobre el fenómeno de la prostitución femenina." *Acciones e Investigaciones Sociales*. N° Ext. 1. Pág. 182. Disponible en: [https://sociales.unizar.es/sites/sociales.unizar.es/files/users/sociales/AIS/EX\\_AIS/heras.pdf](https://sociales.unizar.es/sites/sociales.unizar.es/files/users/sociales/AIS/EX_AIS/heras.pdf)

■ DE MIGUEL ÁLVAREZ, A.

■ (2008). "Feminismo y juventud en las sociedades formalmente igualitarias". *Revista de Estudios de Juventud*. N° 83. Págs. 29-45.

■ (2012). "La prostitución de mujeres, una escuela de desigualdad humana". *Revista Europea de Derechos Fundamentales*. N°19. Págs. 49-74.

■ Instituto Canario de Estadística ISTAC. (2011). "Mujeres y hombres en canarias 2011". Disponible en: [http://www.gobiernodecanarias.org/istac/galerias/documentos/C00055A/Mujeres\\_y\\_Hombres\\_en\\_Canarias\\_2011.pdf](http://www.gobiernodecanarias.org/istac/galerias/documentos/C00055A/Mujeres_y_Hombres_en_Canarias_2011.pdf)

■ MARTÍN GARCÍA, M. (2009) "La realidad compleja de la prostitución femenina: algunas reflexiones y/o pistas para acompañar procesos desde lo local". Ayuntamiento de Granada. Disponible en: <http://gepibbalears.files.wordpress.com/2012/03/4-manuel-martin.pdf>

■ PHINNEY, A. (2008). "Tráfico de mujeres y niñas/os para la explotación sexual en las Américas". Comisión Interamericana de Mujeres (Organización de los Estados Americanos –OEA–) y el Programa de Mujeres, Salud y Desarrollo (Organización Panamericana de la Salud –OPS–). Programa Mujer, Salud y Desarrollo, Organización Panamericana de la Salud. Disponible en: <http://portal.oas.org/Portal/>

[Topic/Comisi%C3%B3nInteramericanadeMujeres/Documents/Proyectos/Tr%C3%A1ficodeMujeres-yNi%C3%B1os/tabid/737/Default.aspx](http://Topic/Comisi%C3%B3nInteramericanadeMujeres/Documents/Proyectos/Tr%C3%A1ficodeMujeres-yNi%C3%B1os/tabid/737/Default.aspx)

■ RADL, R. (2012). "Percepción por parte de jóvenes adolescentes de la explotación sexual de las mujeres. Aspectos teóricos y metodológicos". Centro Interdisciplinar de Investigaciones y de Estudios de Género-CIFEX, Universidad de Santiago de Compostela. Federación Española de Sociología. Disponible en: <http://www.fes-web.org/congresos/11/ponencias/701/>

■ SÁNCHEZ VALLEJO, M. (2008, enero 15). "El Cliente de la nueva prostitución es más joven". *El País*. Disponible en: <http://elpais.com/diario/2008/01/15/>

■ SUÁREZ, A, y FREIRE, S. (2009). "Clientes de prostitución en Galicia: perfiles y narrativas discursivas". *Praxis sociológica* Vol. 13. Págs. 128-147.

■ TORRADO MARTÍN-PALOMINO, E. y GONZÁLEZ RAMOS, A. (2014): "Laissez faire, laissez passer": La mercantilización sexual de los cuerpos de las mujeres y las niñas desde una perspectiva de género", en *DILEMATA*, volumen 16, Madrid, octubre de 2014.

■ TORRES, S. (2009). "Primeras Jornadas Abolicionistas 2009". Facultad de filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires. Argentina. Disponible en: <http://jornadasabolicionistas2009.blogspot.com.es/2010/08/josephine-elizabeth-grey-butler.html>

#### LEYES

■ España. Ley 16/2003, de 8 de abril, de Prevención y Protección Integral de las Mujeres contra la Violencia de Género. Boletín Oficial del Estado, 8 de julio de 2003. N° 162. Págs. 26392-26402. Publicada en el Boletín Oficial de Canarias N° 86, de 7 de mayo de 2003.

#### PÁGINAS WEB

■ ANELA. Asociación Nacional de Empresarios de Locales de Alterne. <http://www.anela.es/>

■ APRAMP. Asociación para la reinserción de la mujer prostituida. <http://www.apramp.org>

■ INE (Instituto Nacional de Estadística). <http://www.ine.es>

■ Ministerio del interior. Gobierno de España. Web Oficial de la Guardia Civil. <http://www.guardiacivil.es/es>

■ Médicos de Mundo. <http://www.medicosdelmundo.org>

■ Plataforma estatal de mujeres por la abolición de la prostitución. <http://www.aboliciondelaprostitucion.org>

■ Psicoactiva.com: Filias y parafilias. <http://www.p psicoactiva.com/info/filias.htm>

## HUESCA E-mail: iamhu@aragon.es

- **ALTO GÁLLEGO**  
Secorum, 35. Teléfono 974 480 376 – 974 483 311. Sabiñánigo.
- **BAJO CINCA/BAIX CINCA**  
Avda. de Navarra, 1. Teléfono 974 472 147. Fraga.
- **CINCA MEDIO**  
Avda. del Pilar, 47. Teléfono 974 415 973 – 974 403 593. Monzón.
- **HOYA DE HUESCA**  
Ricardo del Arco, 6. Teléfono 974 293 031. Huesca.
- **LA JACETANIA**  
Ferrocarril, s/n. Teléfono 974 356 980. Jaca.
- **LA LITERA/LA LLITERA**  
Doctor Fleming, 1. Teléfono 974 431 022. Binéfar.
- **LOS MONEGROS**  
Avda. Huesca, 24 (pasaje comercial). Teléfono 974 570 701. Sariñena.
- **RIBAGORZA**  
Ángel San Blancat, 6. Teléfono 974 541 183. Graus.
- **SOBRARBE**  
La Solana, s/n. Teléfono 974 518 026. Aínsa.
- **SOMONTANO DE BARBASTRO**  
P.º de la Constitución, 2. Teléfono 974 310 150. Barbastro.

## TERUEL E-mail: iamteruel@aragon.es

- **ANDORRA-SIERRA DE ARCOS**  
Pº de las Minas, esquina C/ Ariño, 1. Teléfono 978 843 853. Andorra.
- **BAJO ARAGÓN**  
Ciudad Deportiva, 1 bajos. Teléfono 978 871 217. Alcañiz.
- **BAJO MARTÍN**  
Lorente, 45. Teléfono 978 820 126. La Puebla de Híjar.
- **CUENCAS MINERAS**  
Escucha, s/n. Teléfono 978 756 795. Utrillas.
- **GÚDAR-JAVALAMBRE**  
Hispanoamérica, 5. Teléfono 978 800 008. Mora de Rubielos.
- **JILLOCA**  
Avda. de Valencia, 3. Teléfono 978 731 618. Calamocho.
- **MAESTRAZGO**  
Ctra. del Pantano, s/n. Teléfono 978 887 574 – 978 887 526. Castellote.
- **MATARRAÑA/MATARRANYA**  
Avda. Cortes de Aragón, 7. Teléfono 978 890 882. Valderrobres.
- **SIERRA DE ALBARRACÍN**  
Catedral, 5. Teléfono 978 704 024. Albarracín.
- **TERUEL**  
San Francisco, 1, planta baja. Teléfono 978 641 050. Teruel.

## ZARAGOZA E-mail: iam@aragon.es

- **ARANDA**  
Castillo de Illueca. Teléfono 976 548 090. Illueca.
- **BAJO ARAGÓN-CASPE/BAIX ARAGÓ-CASP**  
Plaza Compromiso, 89. Teléfono 976 639 078. Caspe.
- **CAMPO DE BELCHITE**  
Ronda de Zaragoza, s/n. C. S. La Granja. Teléfono 976 830 175. Belchite.
- **CAMPO DE BORJA**  
Mayor, 17. Teléfonos 976 852 028 – 976 852 858. Borja.
- **CAMPO DE CARIÑENA**  
Avda. Goya, 23. Teléfono 976 622 101. Cariñena.
- **CAMPO DE DAROCA**  
Mayor, 60-62. Teléfono 976 545 030. Daroca.
- **CINCO VILLAS**  
Justicia Mayor de Aragón, 20, 1º. Teléfono 976 677 559. Ejea de los Caballeros.
- **COMUNIDAD DE CALATAYUD**  
San Juan El Real, 6. Teléfono 976 881 018. Calatayud.
- **RIBERA ALTA DEL EBRO**  
Arco del Marqués, 10. Teléfono 976 612 329. Alagón.
- **RIBERA BAJA DEL EBRO**  
Plaza de España, 1 bajos. Teléfono 976 165 506. Quinto.
- **TARAZONA Y EL MONCAYO**  
Avda. de la Paz, 31 bajos. Teléfono 976 641 033. Tarazona.
- **VALDEJALÓN**  
Plaza de España, 1. Teléfono 976 811 759. La Almunia de Doña Godina.
- **ZARAGOZA**  
Paseo María Agustín, 16, 5ª planta. Teléfono 976 716 720. Zaragoza.  
[www.aragon.es/iam](http://www.aragon.es/iam)

EL IAM ofrece Asesorías y Servicios gratuitos que trabajan de forma coordinada para conseguir una asistencia personalizada, integral y eficaz. Funcionan con cita previa.

## ASESORÍA JURÍDICA

En principio se orientó el servicio a la atención a mujeres maltratadas y agredidas sexualmente, pero actualmente se atiende todo lo relativo a la discriminación de la mujer en todos los campos de actuación jurídica.

## ASESORÍA PSICOLÓGICA

La atención y el trabajo se desarrolla de forma individualizada, ofreciendo ayuda a las mujeres, proporcionándoles tanto información como apoyo psicológico y dotándolas de recursos que les permitan afrontar los conflictos cotidianos.

El trabajo de prevención lo realiza fundamentalmente con la asistencia a reuniones de asociaciones de mujeres, charlas a las mismas sobre temas psicológicos y el desarrollo de cursos y seminarios específicos sobre autoestima, asertividad, habilidades sociales, etc.

## ASESORÍA LABORAL iamlaboral@aragon.es

El servicio se presta de manera presencial en las sedes del IAM de Huesca, Teruel y Zaragoza mediante:

- Asesoramiento sobre el mercado de trabajo para la inserción laboral.
- Información sobre la formación para el empleo.
- Asesoramiento jurídico-laboral.
- Jornadas y talleres para la mejora del empleo.
- Boletín electrónico emple@ragon de difusión trimestral a mujeres desempleadas.

## ASESORÍA EMPRESARIAL iamza@aragon.es

El servicio se presta de manera presencial en las sedes del IAM de Huesca, Teruel y Zaragoza mediante:

- Asesoramiento empresarial para la creación y el mantenimiento de empresas en Aragón.
- Asesoramiento Planes de Igualdad en Empresas.
- Acciones de motivación: jornadas, talleres y eventos de interés empresarial.
- Boletín electrónico inf@empresarias de difusión semanal de noticias de interés empresarial.

## ASESORÍA SOCIAL

Ofrece información y asesoramiento en los aspectos sociales y coordinación con las diferentes asesorías del IAM y con otras Instituciones. Este servicio se presta en todas las Comarcas del territorio aragonés.

## E SPACIO SERVICIO DE ATENCIÓN PSICOLÓGICA A HOMBRES CON PROBLEMAS DE CONTROL Y VIOLENCIA EN EL HOGAR

Atiende hombres residentes en la Comunidad Autónoma de Aragón, que hayan sido actores de malos tratos a mujeres y niños/as, en el marco de las relaciones familiares o similares, desarrollando con ellos un tratamiento psicológico adecuado. El objetivo es asegurar el bienestar psicológico de las mujeres víctimas de maltrato tanto en caso de separación como de mantenimiento de la relación y prevenir posteriores situaciones violentas.



# C O N T E N I D O

<b>Editorial</b> .....	<b>5</b>
------------------------	----------

## **DERECHO INTERNACIONAL EUROPEO**

<b>Trata de personas o esclavitud moderna. La importancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la trata de mujeres en el caso Rantsev. Claves jurídicas.</b> Por Ascensión Lucea. Doctora en Derecho. Programa de Doctorado de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de la Universidad de Zaragoza .....	<b>6</b>
<b>La jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos en materia de reagrupación familiar.</b> Por Araceli Martín Villegas. Doctora en Derecho. Universidad Rey Juan Carlos de Madrid .....	<b>20</b>

## **DERECHO ESPAÑOL**

<b>Envejecimiento activo, calidad de vida y cuidado de la mujer en España.</b> Por Marina Pérez Monge. Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Civil Universidad de Zaragoza .....	<b>29</b>
<b>El proceso de ingreso no voluntario en residencias de mayores.</b> Por María Jesús Germán. Doctora en Derecho. Abogada de la Fundación Rey Ardid .....	<b>35</b>
<b>Una panorámica sobre la violencia familiar y de género contra las mujeres mayores.</b> Por Jorge Gracia Ibáñez. Doctor en Derecho. Profesor visitante Escola de Criminología FDUP. Universidade Do Porto. Laboratorio de Sociología Jurídica, Universidad de Zaragoza .....	<b>43</b>

## **FORO DE DEBATE**

<b>Análisis de la demanda de prostitución por parte de varones estudiantes universitarios. Investigación realizada entre junio de 2014 y mayo de 2015.</b> Por Laura E. Pedernera. Licenciada en Pedagogía. Máster en Intervención Social y Comunitaria y Máster en Estudios de Género y Políticas de Igualdad por la Universidad de La Laguna .....	<b>51</b>
--	-----------